

Garantías mobiliarias sobre criptoactivos

Movable guarantees on cryptoassets

NINA JOHANNA CIFUENTES FLÓREZ¹

ORCID Id: <https://orcid.org/0009-0003-5228-1078>

Abogada. Universidad Militar Nueva Granada

Magíster en Derecho Comercial. Universidad Externado de Colombia. (Colombia)

Fecha de recepción: 20 de enero de 2025

Fecha de aceptación: 2 de mayo de 2025

Received: January 20, 2025

Accepted: May 2, 2025

DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v24n2.03>

RESUMEN

Colombia es el décimo país en el *ranking* mundial y el segundo en Latinoamérica, después de Venezuela, en adelantar operaciones en criptomonedas por cerca de 70.000 millones en criptoactivos al mes. Estas cifras atraen las miradas de varios sectores y entes de control a nivel local, como es el caso de la Superintendencia Financiera de Colombia, la Superintendencia de Sociedades y el Banco de la República, tres entidades que han buscado identificar la naturaleza jurídica que les aplica y en hallar la forma como las criptomonedas se integrarían a nuestro ecosistema normativo. Sin embargo, por ahora, dichas entidades no se han anticipado a regularlas y, en lo que atañe al Congreso de la República, los proyectos de ley presentados en materia de criptoactivos no culminaron su trámite legislativo, siendo el más reciente el proyecto identificado bajo el número 267 de 2022. Por lo tanto, a la fecha no se ha cumplido con el objetivo de promulgarse una ley que regule esta materia en el ordenamiento jurídico colombiano.

Los conceptos de la Superintendencia Financiera y del Banco de la República se han ocupado de contener los estímulos del sector financiero y consumidor al uso de los criptoactivos, limitando a las entidades financieras a tener

¹ Abogada especialista y magíster en Derecho Comercial con experiencia en elaboración de contratos, análisis de cifras, desarrollo y puesta en marcha de estrategias para manejo de cobranzas y recuperación de cartera en escenarios extrajudiciales y/o judiciales. Correo e: johanna.cifuentes@hotmail.com

inversiones en ellos y, a los usuarios, enviándoles un claro mensaje de que su uso es por cuenta y riesgo propio. Para estas dos corporaciones, los criptoactivos no son moneda de curso legal, no se encuentran autorizados por el Estado soberano y tampoco son divisas. Por tanto, y frente a estas circunstancias, los criptoactivos no pueden ser un mecanismo de pago, como tampoco en los términos de un mercado de valores se consideran como un valor.

Por su parte, el Consejo Técnico de la Contaduría Pública ha contribuido en el análisis de esta figura a tal punto que lo ha definido como activo de naturaleza digital. En el mismo sentido, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN se ocupó de analizarlas e hizo una aproximación desde el punto de vista tributario, conceptuando que las operaciones de los criptoactivos pueden ser parte del patrimonio y susceptible de renta presuntiva. Estas dos últimas posiciones han ayudado a que la Superintendencia de Sociedades, la Superintendencia Financiera y el Banco de la República las integren en sus conceptos. Así, se puede afirmar que hay un criterio común entre las entidades gubernamentales colombianas consistente en que los criptoactivos son un activo digital y no son una moneda de curso legal, no son valor ni son divisas.

Tomando como punto de partida ese criterio común a todos, esto es el de ser un activo, esta investigación propone estudiar si los criptoactivos pueden ser considerados como una garantía mobiliaria de acuerdo con la regulación colombiana.

Palabras clave: Criptoactivos, Garantías mobiliarias, *Blockchain*, Criptomonedas, Bienes de carácter incorporeal, *Exchange*, *Stablecoins*, Activos digitales, Finanzas descentralizadas DeFi, Markets in Crypto-assets Regulation siglas MiCA, Moneda digital, Moneda virtual.

ABSTRACT

Colombia is the tenth country in the world ranking and the second in Latin America, after Venezuela, to carry out cryptocurrency operations for nearly 70,000 million in crypto assets per month. These figures attract the attention of various sectors and control entities at the local level, such as the Financial Superintendence of Colombia, the Superintendence of Companies and the Bank of the Republic, three entities that have sought to identify the legal nature that applies to them and to find the way in which cryptocurrencies would be integrated into our regulatory ecosystem. However, for now these entities have not anticipated regulating them and, as far as the Congress of the Republic is concerned, the bills presented on cryptoassets have not completed their legislative process, the most recent being the project identified under the number 267 of 2022. Therefore, to date the objective of enacting a law that regulates this matter in the Colombian legal system has not been met.

The concepts of the Financial Superintendency and the Bank of the Republic have been concerned with containing the incentives of the financial and consumer sector to the use of cryptoassets, limiting financial entities to having investments in them and users, sending them a clear message that their use is at their own risk and expense. For these two corporations, cryptoassets are not legal tender, they are not authorized by the sovereign state and they are not currencies either. Therefore, and in the face of these circumstances, cryptoassets cannot be a payment mechanism, nor are they considered a value in the terms of a stock market.

For its part, the Technical Council of Public Accounting has contributed to the analysis of this figure to such an extent that it has defined it as an asset of a digital nature. In the same sense, the Directorate of National Taxes and Customs - DIAN, was in charge of analyzing them and made an approach from the tax point of view, conceptualizing that the operations of cryptoassets can be part of the assets and susceptible to presumptive income. These last two positions have helped the Superintendence of Companies, the Financial Superintendency and the Bank of the Republic to integrate them into their concepts. Thus, it can be stated that there is a common criterion among Colombian government entities that cryptoassets are a digital asset and are not legal tender, they are not securities, nor are they currency.

Taking as a starting point that criterion common to all, that is, being an asset, this research proposes to study whether cryptoassets can be considered as a security interest in accordance with Colombian regulation.

Keywords: Cryptoassets, Cryptocurrencies, Blockchain, Cryptocurrencies, Cryptocurrency, Crypto-Assets Regulation, Exchange, Stablecoins, Digital Assets, Decentralized Finance DeFi, Markets in Crypto-assets Regulation Acronym MiCA, Digital Currency, Virtual Currency, Virtual Currency.

INTRODUCCIÓN

En la literatura, erróneamente se confunde la referencia a las criptomonedas, por lo que desde ya conviene señalar cuál es su correcto tratamiento, siendo el género, los criptoactivos, tema al que nos referiremos en esta investigación, y dentro de las especies están, por ejemplo, las criptomonedas. En Colombia los pronunciamientos que se han emitido por parte de la autoridad monetaria y algunas entidades de vigilancia y control al explicar la naturaleza jurídica de estos activos digitales hacían referencia en un principio a criptomonedas como generalidad; sin embargo, con la evolución de su estudio, han precisado que el término correcto es *criptoactivos*. Analicemos a continuación los diferentes tipos de activos digitales.

Ahora bien, empezaremos por abordar qué es un activo digital, en oposición a un activo virtual. El primero hace referencia a cualquier elemento en formato digital, por ejemplo, las criptomonedas, los *tokens* no fungibles, el software, entre otros. Mientras que el activo virtual es la representación digital de un objeto o concepto, por ejemplo, los bienes virtuales en juegos o avatares en donde la propiedad y transferencia está controlada por la plataforma en la que coexisten y no pueden transferirse fuera del entorno virtual. En los activos digitales existen los siguientes tipos: las criptomonedas, *tokens* de utilidad (*utility tokens*), *Stablecoins*, *tokens* de juegos coleccionables, *tokens DeFi* (Finanzas Descentralizadas) y los *tokens* de gobernanza².

Los activos digitales pueden representar bienes muebles e inmuebles, o servicios y "pueden cumplir funciones de medios de pago, así como derechos de uso o representación de activos"³. El autor Padilla cita la clasificación de *tokens* dada por la FINMMA (*Swiss Financial Market Supervisory Authority*), siendo tres de acuerdo a su función: *tokens* de pago, *tokens* de utilidad y *tokens* activos, que para el caso que nos ocupa, los cryptoactivos se asemejan a los *tokens* de pago al poseer atributos que les permiten ser un medio de pago.

Para efectos del desarrollo de esta investigación, conviene a su vez explicar la diferencia entre moneda digital, moneda virtual y criptomoneda. La moneda digital es un medio de intercambio que opera como una moneda en su propio contexto; tal es el caso de los puntos por compras con tarjetas de crédito, o aquellos puntos acumulados en millas en las aerolíneas. Por su parte, la moneda virtual hace referencia al valor de intercambio usado en juegos en línea o para hacer compras dentro de la aplicación; tal es el caso de los Rappi Créditos o los Puntos Éxito. Finalmente, tenemos a las criptomonedas que nos han permitido acercarnos a la tecnología *blockchain* y la descentralización de las finanzas. Las criptomonedas son una forma de moneda digital que no tiene denominación de moneda oficial y no es controlada por una autoridad centralizada⁴.

En Colombia el panorama regulatorio para los cryptoactivos aún se encuentra en desarrollo. Si bien no existe una regulación específica que los defina o establezca un marco legal completo, en los últimos años han surgido pronunciamientos de diversas autoridades financieras que brindan algunas pautas generales. El Banco de la República, la Superintendencia Financiera

2 Antonio Villanueva, *¿Qué son los activos digitales? Tipos y ejemplos*. Finect, (2024) <https://www.finet.com/usuario/avillanuevae/articulos/que-son-los-activos-digitales>

3 Jorge Alberto Padilla Sánchez, "Principios y recomendaciones de regulación de cryptoactivos: propuesta para el caso colombiano". *Revista E-Mercatoria* 23 (2), (2024):139-173. <https://doi.org/10.18601/16923960.v23n2.04>

4 Carlos Romero, *Diferencias entre dinero digital, dinero virtual y criptomonedas*. Fintechgración, 2022. <https://www.fintechgracion.com/2018/04/diferencias-dinero-digital-dinero-virtual-criptomonedas/#:~:text=Las%20criptomonedas%20son%20una%20forma,lo%20est%C3%A1n%20las%20monedas%20virtuales.>

y la Superintendencia de Sociedades han emitido comunicados en los que recomiendan un enfoque cauteloso al invertir en criptoactivos, ya que debido a su alta volatilidad no los reconocen como una moneda y, por el contrario, los definen como un activo que representa un valor y que bien puede ser parte de una transacción en su comercialización.

Para el desarrollo de esta investigación partiremos de dos supuestos. El primero, como ya se ha indicado, se hará alusión al término general de *criptoactivos* y, el segundo, que los criptoactivos no son un bien de naturaleza ilícita. Esta última afirmación se sustenta en que no han sido expresamente declarados en la regulación colombiana como ilegales. Cabe destacar el papel protagónico de la Superintendencia Financiera en el estudio de los criptoactivos, pues a través de su proyecto piloto La Arenera ha explorado, en un entorno controlado, el análisis de las operaciones con criptomonedas. Este hecho sugiere que dicha Superintendencia no estaría liderando este tipo de iniciativas si las operaciones con criptoactivos estuvieran prohibidas por su naturaleza ilícita o ilegal.

En ese sentido, el artículo 6° de la Constitución Política impone una responsabilidad a los particulares por infringir la Constitución y las leyes, mientras a los servidores públicos, además de lo anterior, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

En este sentido, los particulares pueden hacer todo lo que no está expresamente prohibido para ellos, mientras que los servidores públicos pueden hacer sólo aquello que se encuentra expresamente autorizado. Bajo tal panorama, pese a que no existe una norma que autorice o regule expresamente las transacciones utilizando criptoactivos entre los particulares, y a pesar de las advertencias que ha dado tanto la Superintendencia Financiera como el Banco de la República sobre su uso mismo, en tanto no exista una prohibición expresa para su implementación, en Colombia es posible realizar transacciones y operaciones utilizando criptoactivos⁵.

Esta es una postura que compartimos, toda vez que conforme a lo anterior deberá por ahora presumirse la licitud de los criptoactivos, máxime cuando no hay normatividad que señale lo contrario. Ahora bien, en caso de que los criptoactivos sean usados para defraudar a terceros, conviene así definirse, es decir regular para indicar cuáles serían tales eventos o circunstancias de manera tipificada, porque dicho análisis corresponderá a la conducta que los involucra, mas no a la naturaleza misma del criptoactivo.

5 Valeria Martínez Molano y María José Prada Gómez, "Panorama Jurídico y Económico de los criptoactivos en Colombia". Academia Colombiana de Jurisprudencia, Enero-Junio de 2021, <https://urosario.edu.co/sites/default/files/2023-11/tic-tank-articulo-panorama-juridico-economico-criptoactivos-colombia.pdf>

Los interrogantes sobre la naturaleza ilícita de los criptoactivos y su posible uso en actividades ilícitas como el financiamiento del terrorismo o el lavado de activos podrían abordarse, en gran medida, con la regulación del mercado de criptoactivos en Colombia. Mientras algunos consideran que regular en exceso puede tener un efecto adverso al limitar la libertad y flexibilidad de los criptoactivos⁶, para el autor Jorge Padilla es más que necesario para la protección del sistema financiero, dada la interconexión que pueden tener los cripto y el lavado de activos, por lo que hace varias recomendaciones a partir de la propuesta de la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO) y el Financial Stability Board (FSB), concluyendo que es necesario que la regulación en materia de criptoactivos en Colombia esté alineada por las recomendaciones de estas dos organizaciones internacionales⁷.

Lo cierto es que en Colombia se ha intentado en cuatro oportunidades legislar en materia de criptoactivos, pero no se ha logrado. Se trata de cuatro proyectos de ley que actualmente se encuentran archivados y sobre los cuales se puntualizarán algunas cuestiones relevantes en este estudio⁸.

Consideramos que la regulación respecto de las transacciones autorizadas que podrían realizarse con los criptoactivos y cómo operarían los diferentes mecanismos de control es necesaria, porque los pronunciamientos actuales del Banco de la República y las superintendencias Financiera y de Sociedades son insuficientes para atender el rápido crecimiento de este sector y sus implicaciones. Algunos de los beneficios potenciales de la regulación de los criptoactivos que podemos resaltar son los siguientes:

1. Mayor transparencia y seguridad para los inversores: una regulación clara establecería reglas para la operación de las plataformas de intercambio de criptoactivos, protegiendo a los inversores de fraudes y manipulaciones del mercado.
2. Prevención de actividades ilícitas: la regulación permitiría a las autoridades identificar y perseguir el uso de criptoactivos para actividades ilícitas como el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo.

6 Andrés Camilo Castelblanco Moreno, "Constitución de Garantías mobiliarias sobre Criptomonedas. *Revista Nueva Época*, (59), (2022):9-33. DOI: 10.18041/0124-0013/nuevaepoca.59.2023.11635

7 Jorge Alberto Padilla Sánchez, "Principios y recomendaciones de regulación de criptoactivos: propuesta para el caso colombiano". *Revista E-Mercatoria* 23 (2), (2024):139-173. <https://doi.org/10.18601/16923960.v23n2.04>

8 Proyectos de ley:
028 de 2018: "Por el cual se regula el uso de las monedas virtuales o criptomonedas y las formas de transacción con éstas en el territorio de Colombia y se dictan otras disposiciones".
268 de 2019 "Por la cual se regulan los Servicios de Intercambio de Criptoactivos ofrecidos a través de las Plataformas de Intercambio de Criptoactivos".*
097 de 2019 "Por la cual se regulan los Servicios de Intercambio de Criptoactivos ofrecidos a través de las Plataformas de Intercambio de Criptoactivos".
267 de 2022 "Por la cual se regulan los Servicios de Intercambio de Criptoactivos ofrecidos a través de las Plataformas de Intercambio de Criptoactivos".

3. Estímulo a la innovación: un marco legal claro brindaría mayor seguridad jurídica a las empresas que operan en el sector de los criptoactivos, fomentando la innovación y el desarrollo de nuevos productos y servicios.

En definitiva, lograr la aprobación de una ley en materia de criptoactivos representaría un avance significativo en el desarrollo de un ecosistema de criptoactivos seguro, transparente y responsable en Colombia.

Es importante hablar de los criptoactivos en Colombia por cuanto no hay regulación y apenas contamos con algunos conceptos, oficios y circulares de la Superintendencia Financiera, la Superintendencia de Sociedades y el Banco de la República que datan de los años 2014 a 2020. No obstante, es una realidad a la que jurídicamente es necesario responder con un marco general que brinde seguridad legal para romper la incertidumbre y duda que este asunto pueda generar, así que resulta un desafío regulatorio que no merece procrastinación. Ahora bien, considerando que en Colombia los criptoactivos no pueden ser moneda y por el contrario se les ha identificado como una categoría de activo digital, el problema jurídico planteado en esta investigación que se suma a la falta de regulación propone darles a los criptoactivos el uso de garantía mobiliaria.

Las criptomonedas, en especial el Bitcoin, son un fenómeno que merece varios estudios y que despierta la atención. Con la escasa regulación en Colombia, pero tomando como punto de partida que se considera a los criptoactivos como un bien, esta investigación quiere responder al interrogante sobre si los criptoactivos pueden ser respaldo de obligaciones como una garantía, pudiendo tipificarse en la denominación que para el efecto indica la Ley de Garantías Mobiliarias (en adelante LGM)⁹, análisis que partirá desde el estudio de la naturaleza jurídica de los criptoactivos en Colombia, para luego aproximarse a observarlas como una garantía.

Recordemos que la LGM, en su sentido general, busca apalancar el crédito en Colombia dando un amplio marco de bienes que pueden ser objeto de garantía como respaldo del cumplimiento de las obligaciones contraídas con los acreedores. Considerando a este como el objetivo de la LGM y, teniendo en cuenta que en Colombia los criptoactivos son activos digitales, esta investigación tiene como objetivo principal proponer otro uso que se le pueda dar a los criptoactivos, siendo el de una garantía mobiliaria en los términos en que pueden ser definidos en el artículo 6 de la Ley 1676 de 2013. Este asunto será puesto a prueba en esta investigación.

Con el objetivo de determinar la viabilidad de considerar a los criptoactivos como garantía mobiliaria en el marco legal colombiano, se establecen

9 Ley 1676, 2013, Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias. Agosto 20 de 2012. (Colom.).

los siguientes objetivos específicos: primero, la revisión de bibliografía que explique la naturaleza jurídica de los criptoactivos, para lo cual se tomará en consideración la legislación o pronunciamientos que al respecto se han dado en Colombia, incluyéndose los pronunciamientos por parte del Banco de la República, la Superintendencia Financiera, la Superintendencia de Colombia, el Consejo Técnico de la Contaduría Pública y la DIAN.

Conociendo que es escasa la regulación de los criptoactivos en Colombia, como segundo frente de trabajo, será necesario hacer una aproximación a los pronunciamientos que existan en esta materia en otras legislaciones, de tal suerte que puedan contribuir a resolver el problema de esta investigación. Al respecto, hablaremos de MiCA como el más reciente reglamento del mundo cripto, legislado para la Unión Europea y cuya entrada en vigencia tendrá dos momentos: en julio de 2026 será el plazo límite para que entre a regir en lo que respecta a proveedores de servicios de criptoactivos, sin perjuicio de que cualquier país miembro de la Unión Europea lo adopte de manera previa a la fecha límite, y en junio de 2024, que entró a regir en lo relacionado a emisores de criptoactivos con un mecanismo estabilizador de precios.

Dentro del desarrollo de la bibliografía se analizarán los aspectos de objeto, registro y ejecutabilidad de la garantía mobiliaria, y cómo estos aspectos pueden tener un uso diferente, en especial sobre los criptoactivos que son el centro de esta investigación.

El tercer frente necesario para el desarrollo de esta investigación será la entrevista de algunas personas que están en el sector económico, entre las cuales se propone a un representante de Confecámaras y al equipo de riesgo del Banco Davivienda. Ello, a fin de tener una aproximación sobre la manera como estos expertos ven desde sus roles a los criptoactivos y su viabilidad de considerarlas como una garantía mobiliaria, su conveniencia, riesgo y administración. La experiencia y conocimientos de estos expertos aportarán valiosas ideas para complementar el análisis jurídico y académico.

Con el desarrollo de dichas actividades, la metodología propuesta para esta investigación es de carácter cualitativo, mediante la cual se quiere comprender a profundidad los aspectos de criptoactivos y de garantías mobiliarias para poder ponerlos en un solo renglón académico que permita comprender el fenómeno de los criptoactivos y darles un uso diferente en el marco de la LGM.

Desde el punto de vista de la metodología jurídica, podemos decir que el método empleado en el desarrollo de esta investigación es de carácter socio-lógico-jurídico, el cual fue acompañado de un trabajo de campo mediante la aplicación de entrevistas a personas vinculadas a Confecámaras y al equipo del área de riesgo del Banco Davivienda, quienes por su proximidad a los asuntos relacionados a las garantías mobiliarias contribuyeron a orientar el curso de esta investigación, sus aportes se orientaron al objeto, registrabilidad, análisis de la valoración e idoneidad de la garantía.

La justificación del porqué se lleva a cabo esta investigación es para analizar el tema novedoso de los criptoactivos pero dándole un uso diferente y desde la proximidad de un asunto afín, como lo son las garantías mobiliarias. Como se indicará en este estudio, los criptoactivos tienen cada vez un mayor uso, en especial por parte de las Pymes, situación que pone de presente un objetivo adicional a esta investigación desde el punto de vista económico, pudiéndose considerar que la garantía mobiliaria sobre criptoactivos puede responder a respaldo económico al menos de un sector de la economía.

1. NATURALEZA JURÍDICA, REGULACIÓN E INTENTOS DE REGULACIÓN DE LOS CRIPTOACTIVOS EN COLOMBIA Y OTRAS EXPERIENCIAS JURÍDICAS

1.1. DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CRIPTOACTIVOS EN COLOMBIA DE ACUERDO CON LAS PRINCIPALES AUTORIDADES INVOLUCRADAS

En Colombia, algunas de las autoridades que se han pronunciado en materia de moneda digital son la Superintendencia Financiera, la Superintendencia de Sociedades y el Banco de la República. Estas entidades se han manifestado a través de conceptos, en los cuales se ha analizado el fenómeno de los criptoactivos. A continuación, analizaremos la posición de cada una de ellas:

1.1.1. Concepto del Banco de la República de Colombia

El Banco de la República¹⁰ ha sido claro en señalar que los criptoactivos no son considerados como una moneda, por cuanto la única unidad monetaria y de cuenta que constituye medio de pago de curso legal con poder liberatorio ilimitado, es el peso colombiano. A su criterio, los criptoactivos no son divisa, activos financieros o valor, por lo que, en esa medida, no pueden ser utilizados por el sistema financiero con poder liberatorio o ser transados en mercados de valores. Tal posición la ha recogido de varias consultas que en tal sentido ha recibido, en particular esta postura de la entidad yace en los conceptos JDS-19261 del 08 de octubre de 2018, JDS-CA-13581 del 21 de junio de 2019, C20-209917 del 04 de diciembre de 2020 y C20-162943 del 28 de diciembre de 2020.

Por otra parte, y respecto a la terminología que debe dárseles a las criptomonedas, el Banco de la República adopta una recomendación de referirse a estas como criptoactivos, recogiendo de esta manera la propuesta

10 Concepto C20-162943 de 2020, [Banco de La República] JDS-20348 Concepto de la Secretaría de la Junta Directiva, 28 de diciembre de 2020. (Colom.).

del *Financial Action Task Force* (FATF, 261b) luego de la reunión sostenida en Buenos Aires en marzo de 2018^[11].

En oposición a quienes ven a las criptomonedas como una moneda, para el autor Gerardo Hernández¹², miembro de la Junta directiva del Banco de la República, las criptomonedas carecen de atributos esenciales para ser reconocidas como moneda o dinero, siendo la principal razón que no son consideradas de curso legal. En el mismo sentido, las criptomonedas no son emitidas por un gobierno soberano, sumado a que sus precios altamente volátiles conllevan especulación, lo que constituye un riesgo para el mercado. Gerardo Hernández, en su exposición señala como implicaciones de política en materia de criptoactivos que puntualmente en el riesgo financiero que “el precio de los CA es altamente volátil y puede generar enormes ganancias y, en consecuencia, también enormes pérdidas para sus tenedores. Como ocurre con otros activos altamente riesgosos, es importante que sus inversionistas comprendan adecuadamente los atributos financieros de dichos activos”. Creemos que en respuesta a la volatilidad de los criptoactivos han surgido las *stablecoins* o monedas estables, en donde el riesgo de volatilidad se disminuye al estar su valor atado al comportamiento de una moneda oficial o activo.

Así las cosas, la posición del Banco de la República¹³ en cinco temas de discusión en torno a los criptoactivos lleva a varias conclusiones. En primer término, las criptomonedas no son un medio de pago y, por lo tanto, no tienen la posibilidad de extinguir obligaciones dinerarias¹⁴ de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano. En segundo lugar, que no son reconocidos como divisas según lo señalado por el Fondo Monetario Internacional, por cuanto no son emitidos por un gobierno soberano. Ambas precisiones llevan a concluir que los criptoactivos carecen de atributos esenciales para ser considerados como moneda o dinero. Por último, que las billeteras en las que se encuentran las criptomonedas son descentralizadas, por lo que las dinámicas de extraterritorialidad se dificultan para el sujeto de vigilancia y control. Ello, aunado al hecho de que ninguna criptomoneda está respaldada

11 Banco de la República, *Documento técnico – Criptoactivos*, 2018, <https://www.banrep.gov.co/es/publicaciones-investigacion/documento-tecnico-criptoactivos>

12 Gerardo Hernández Correa, “Cinco temas de discusión en torno a los criptoactivos”. CLEC VI. Congreso Latinoamericano de Economía y Banca Quito, Ecuador. 2016, https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/ghernandez_criptoactivos_09_2018.pdf

13 Banco de la República, *Documento técnico – Criptoactivos*, 2018, <https://www.banrep.gov.co/es/publicaciones-investigacion/documento-tecnico-criptoactivos>

14 “La obligación dineraria supone la existencia de un elemento liberador denominado dinero (o moneda), que bajo una lógica económica, es considerado el principio y fin de las relaciones de intercambio mercantil; por un lado quien entrega el número de unidades monetarias (dinero), recibe a cambio un bien o un servicio; y por el otro, quien entrega el bien o presta el servicio, recibe la cantidad de unidades monetarias pactadas.” Blog De Derecho de los Negocios. Universidad Externado de Colombia, consultado el 15 de enero de 2025, <https://dernegocios.uexternado.edu.co/negociacion/la-obligacion-dineraria-y-las-criptomonedas-como-instrumento-sustitutivo-de-pago/>

con garantía del Estado o de forma privada y no le hace obligatorio el cumplimiento de un seguro de depósito.

1.1.2. Concepto del Consejo Técnico de la Contaduría Pública – CTCP

El Consejo Técnico de la Contaduría Pública – (en adelante CTCP) sostiene que las criptomonedas no son dinero, divisa ni valor¹⁵.

Tal análisis lo hace a partir de un ejercicio de laboratorio en el que se someten a prueba las posibles categorías de activos en que pueden ser clasificadas las criptomonedas; así pues, analizó los criterios de propiedad de inversión, efectivo o equivalente en efectivo, activo financiero, propiedades de inversión e inventarios.

Analicemos en detalle lo anterior:

1. Efectivo o equivalente a efectivo: el CTCP hace referencia a la definición de efectivo en la NIC 7, siendo "efectivo disponible y depósitos a la vista" y en la NIC 32 se indica que "la moneda (efectivo) es un activo financiero porque representa un medio de pago". A partir de estas definiciones, señala que si bien el término criptomoneda sugiere que se trata de una moneda, en realidad no necesariamente son efectivo para los fines contables. En cuanto a equivalente en efectivo, el CTCP señala que no cumplen con tal definición por cuanto no tienen una vida a corto plazo y por el contrario tienen cambios de valor a corto plazo. Concluye así indicando que las criptomonedas o monedas digitales como medio de pago no tienen una aceptación generalizada y carecen de respaldo de un Banco Central, por lo que no pueden ser consideradas como efectivo o equivalente en efectivo.
2. Activo financiero: el CTCP explica que para ser considerado un activo financiero debe estar presente un derecho contractual en cabeza del tenedor del activo que supone la facultad de recibir efectivo u otro activo financiero de otra entidad o de llevar a cabo operaciones de intercambio de activos o pasivos financieros. Para el CTCP, la criptomoneda no se crea a partir de una relación contractual, sino del proceso de minería, estando más cerca de representar un producto intangible que un instrumento financiero. Concluye señalando que las criptomonedas no cumplen con las definiciones de instrumento financiero y activo financiero en los términos de la NIC 32 y NIIF 9.

15 Concepto 2018-47 [Consejo Técnico de Contaduría Pública]. Criptomonedas o monedas virtuales, 2 de mayo 28. (Colom.).

3. Propiedades de inversión: para el CTCP con fundamento en la NIC 16, las criptomonedas no tienen una forma física, no son tangibles, por lo que se excluyen de ser catalogadas como propiedad, planta y equipo. Bajo el análisis de la NIC 40, tampoco pueden ser señaladas como propiedad de inversión al no cumplir con su definición que es el de un terreno o un edificio, o ambos para obtener rentas, apreciación de capital.
4. Inventarios: el CTCP señala que de acuerdo a la NIC 38, los activos intangibles pueden ser contabilizados como inventarios; sin embargo, para el efecto debe analizarse cómo se usa el activo en el negocio y de esa manera determinar si le aplica la NIC 38 relacionada con activo intangible o la NIC 2 relacionada con inventario, por cuanto la NIC 38 tiene como exclusión de activo intangible aquellos que posea una entidad para su venta en el curso ordinario de sus actividades. Así las cosas, serán diferentes aquellas entidades que tienen criptomonedas como venta en el curso ordinario de sus actividades, respecto de aquellas que las tengan para fines de inversión o como medio de pago.
5. Activo y Activos intangibles: desde el marco técnico sobre normas de información financiera el CTCP afirma que las criptomonedas cumplen con la definición de activo, dado que: a) es un recurso obtenido del que se espera en el futuro obtener beneficios económicos, b) el beneficio económico puede llegar o salir de la entidad y c) el elemento tiene un costo o valor que pueda ser medido confiabilidad.
6. A su vez, el CTCP estudia la definición de activos intangibles; de conformidad con la NIC 38, "un activo identificable de carácter no monetario y sin apariencia física" analiza de manera separada los elementos de la definición: identificable, activo, no monetario, sin sustancia física y concluye que las criptomonedas se pueden clasificar en esta categoría. No obstante, al analizarse el tratamiento contable que se les debe dar, a la luz de las Normas Técnicas Contables Internacionales señala que no se ubica claramente en la clasificación de la NIC 38 y NIC 8 que corresponde a los activos intangibles. Esto, debido a que si bien es cierto que se trata de un activo, no proporciona información financiera relevante y útil, por lo que en este ejercicio de tratar de ubicarla en el registro contable adecuado, el CTCP propone la creación de una nueva unidad de cuenta en la que se pueda ubicar a las criptomonedas, cuyo nombre puede ser criptoactivos o activos virtuales.

1.1.3. Concepto de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN

Por su parte, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (en adelante DIAN), en su más reciente Concepto Unificado 18075 de 2023 recoge la

doctrina relacionada con criptoactivos y revoca sus conceptos u oficios anteriores. Mediante esta nueva disposición, señala que los criptoactivos en materia tributaria "(i) son considerados como bienes inmateriales o incorpóreos, susceptibles de ser valorados, (ii) forman parte del patrimonio, y (iii) pueden conducir a la obtención de ingresos", en materia fiscal serán tratados como activos intangibles, lo mismo aplica para los NFT (por sus siglas *non fungible tokens*).

Al ser los criptoactivos un activo, las personas deberán incluirlos anualmente para efectos de declaración de renta dentro de su patrimonio (artículo 261 del Estatuto Tributario) con un valor patrimonial correspondiente a su costo fiscal como lo señala el artículo 267 del Estatuto Tributario

La DIAN introduce los conceptos de los diferentes criptoactivos de acuerdo con su propósito y naturaleza: los de valores negociables "tokenizados", *security tokens*, *utility tokens*, *asset tokens* y *tokens* con finalidad de pagos (estabilizados y no estabilizados), entre otros. También es cierto que se mantiene en la postura en que tradicionalmente se pronunció en conceptos anteriores al señalar que las criptomonedas no son una moneda en Colombia, carecen de poder liberatorio, por lo que su tratamiento debe ser el de un activo intangible y en cuanto a los NFT también deberá darse el tratamiento de activo intangible.

Respecto a la disyuntiva de la extraterritorialidad o descentralización que puede tener el manejo de criptoactivos, en criterio de la DIAN se rompe cuando se obliga a que los criptoactivos sean declarados en Colombia bajo el argumento de que su explotación o aprovechamiento se da en el país cuando se configuren a) monetización de los criptoactivos a moneda de curso legal o b) sean usados como un mecanismo de pago (concepto 18075 de 2003, numeral 1.2.1.3 parágrafo); sin embargo, pese a lo anterior, el concepto de la DIAN es muy claro al señalar que las personas naturales o jurídicas deberán en su patrimonio incluir los criptoactivos en su declaración de renta anual y en lo que atañe al aumento de precio de estos activos, el ingreso gravable sólo será determinado hasta cuando se dé su enajenación. Así mismo, la ganancia o pérdida ocasional estará determinada por la temporalidad en que la persona tuvo en su patrimonio los criptoactivos, con lo cual si fue poseído por más de 2 años genera ganancia o pérdida ocasional y si fue menos de 2 años, causa renta o pérdida ordinaria.

1.1.4. Concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia – SFC

La Superintendencia Financiera (en adelante SFC) (Carta Circular 29 de 2014) se ha ocupado de contener los estímulos de las entidades financieras y el consumidor, al uso de esta moneda digital. En concreto, se ha tendido a

limitar a las entidades financieras a tener inversiones en ellas y a los usuarios, enviándoles un claro mensaje que su uso es por cuenta y riesgo propio. Para la SFC, las criptomonedas no son moneda de curso legal, no se encuentran autorizadas por el Estado soberano y tampoco son divisas y, por tanto, frente a estas circunstancias las criptomonedas no pueden ser un mecanismo de pago, como tampoco son valor en los términos de un mercado de valores.

La SFC en su Carta Circular 78 de 2016 reiteró sus dos mensajes a las entidades vigiladas, indicando 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 con monedas virtuales". En cuanto al mensaje al público en general, este se orienta a invitar a la educación frente al riesgo que se asume en estas operaciones, recordando que las monedas virtuales no están amparadas por ninguna garantía privada o estatal y por tanto las operaciones que se realizan no se encuentran bajo el amparo de ningún seguro de depósito.

Además de los pronunciamientos anteriores, la SFC ha hecho un trabajo de exploración y pedagogía en materia de criptoactivos; es así como en su página web destina un espacio para informar sobre la naturaleza jurídica de los criptoactivos, riesgos y hace un compilado de documentos y pronunciamientos emitidos por la SFC y por el Banco de la República, siendo a la fecha de elaboración de este escrito los que hemos analizado¹⁶.

En contraposición, y pese a todas las advertencias de la Superintendencia Financiera de Colombia de instruir a la ciudadanía en que el uso de las criptomonedas es por cuenta y riesgo del agente, la realidad es que su uso es cada vez más frecuente. De hecho, un reciente estudio señala que Colombia es una de las naciones donde más se negocia bitcoin,¹⁷ pues el país se ubica en el décimo lugar en el *ranking* mundial y el segundo en Latinoamérica en adelantar operaciones en criptomonedas por cerca de 70.000 millones en criptoactivos al mes, lo cual demuestra la adopción de este activo y la posibilidad de darle paso a esta investigación en explorarla como una opción de garantía mobiliaria a la luz de la Ley 1676 de 2013, de tal suerte que se pueda considerar nuevas maneras de apalancar la economía usando a los criptoactivos como garantía en operaciones de crédito, máxime considerando que las Pymes son las que más uso le dan, de acuerdo con lo revelado por el diario *La República*¹⁸. Dicho medio indica que ya hay al menos 1.000 comer-

16 Superintendencia financiera, *Criptoactivos*, 2024, <https://www.superfinanciera.gov.co/publicaciones/10090492/sala-de-prensapublicaciones-criptoactivos-10090492/>

17 Rafael González, "Colombia es el décimo país en el mundo con más transacciones en criptoactivos", *La República*, 27 de marzo 2023, sec. Tecnología. <https://www.larepublica.co/especiales/pagos-digitales/colombia-es-el-decimo-pais-en-el-mundo-con-mas-transacciones-en-criptoactivos-3576519>

18 Rafael González, "Colombia es el décimo país en el mundo con más transacciones en criptoactivos", *La República*, 27 de marzo 2023, sec. Tecnología. <https://www.larepublica.co/especiales/>

cios que reciben como método de pago los criptoactivos. Ello supone que hay una importante adopción de los criptoactivos y resulta ser un mercado por explotar para las empresas para que los mismos sean fuente de pago y garantía y, por consiguiente, un nuevo horizonte jurídico a tratar por parte del regulador.

1.1.5. Concepto de la Superintendencia de Sociedades de Colombia

La Superintendencia de Sociedades hizo un pronunciamiento mediante el oficio 220-196196 de 2020 del 20 de septiembre de 2020 frente a los criptoactivos. En él responde al interrogante planteado con relación a si los criptoactivos pueden ser objeto de aporte en sociedades. Para desarrollar la respuesta, la Superintendencia hace un recuento de las diferentes entidades que se han pronunciado al respecto, entre ellos: el Banco de la República, la Superintendencia Financiera, la Unidad de Regulación Financiera, la DIAN, la Unidad de Información y Análisis Financiero y el Consejo Técnico de la Contaduría Pública. Luego de compartir las conclusiones del Banco de la República ya mencionadas en el concepto C20-162943, agrega que los criptoactivos no son efectivo ni equivalente en efectivo, no existe obligación de recibirlos como medio de pago, no son activos financieros ni propiedad de inversión en términos contables y, por lo tanto, no es posible aportarlos como especie al capital de una sociedad comercial colombiana.

Más tarde, y en oposición al concepto que emitió la Superintendencia de Sociedades¹⁹, la misma corporación, en concepto 100-237890 de fecha 14 de diciembre de 2020, cambió su doctrina para ahora aceptar que los criptoactivos sí pueden ser considerados un aporte en especie al capital de una sociedad comercial colombiana. Llega a esta conclusión luego de analizar los artículos 132 y 398 del Código de Comercio, a partir de los cuales reconoce a los criptoactivos como bienes inmateriales. Dicha afirmación se apoya también en los conceptos del CTCP y la DIAN que ya se mencionaron.

Así las cosas, y luego de analizar las posiciones de las principales autoridades que se han pronunciado respecto de la naturaleza jurídica de los criptoactivos, se puede concluir que: 1) la terminología recomendada para referirse a las criptomonedas es criptoactivos, 2) las autoridades monetarias consideran a los criptoactivos como un bien intangible y 3) las criptomonedas son un activo.

pagos-digitales/colombia-es-el-decimo-pais-en-el-mundo-con-mas-transacciones-en-criptoactivos-3576519

19 Oficio 220-196196 de 2020 [Superintendencia de Sociedades]. Los Criptoactivos no pueden ser objeto de aporte en sociedades, 30 de septiembre 2020. (Colom.).

Definir la naturaleza jurídica de las criptomonedas resulta un gran reto para Álvaro Ayala Aristizábal²⁰, quien hace un análisis que va en el mismo sentido de las literaturas ya mencionadas en este texto relacionadas con los pronunciamientos de la Superintendencia Financiera, la Superintendencia de Sociedades y el Banco de la República. Así, coincide con las definiciones que estas corporaciones le dan, de tal suerte que de esta nueva fuente de literatura, se puede concluir:

- a. Las criptomonedas cumplen una función económica susceptible de ser valorada, por lo que se considera que es un activo.
- b. Las criptomonedas son una modalidad de activos virtuales con transferencia *peer to peer*.
- c. Al ser un activo digital es susceptible de derecho real de propiedad.

1.2. INTENTOS DE REGULACIÓN, REGULACIÓN DE REFERENCIA Y DOCTRINA

1.2.1 Intentos de regulación en Colombia

Pese a los pronunciamientos de algunas de sus autoridades, en Colombia aún no se cuenta con una ley que regule los criptoactivos. En consulta a la página de la Cámara de Representantes, se puede constatar que ha habido 4 intentos de regulación, todos archivados.

Algunas diferencias entre cada uno de los proyectos son:

1. Proyecto de ley 028 de 2018 – Presentado el 25 de julio de 2018
 - a. Hacía referencia en su texto inicial a la terminología de criptomonedas, pero en el texto final propuesto corrige adoptando el término de criptoactivos, por lo que se puede apreciar la evolución en adoptar la terminología correcta de criptoactivos, el cual se logra mantener en los proyectos que le sucedieron.
 - b. En su capítulo III (art. 10), otorgaba en su texto inicial la facultad general de inspección, control y vigilancia en lo relacionado a operaciones con criptomonedas al Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones de Colombia (en adelante MinTic) y respecto a relaciones de tipo de protección de Estatuto del consumidor a la Superintendencia de Industria y Comercio. Sin embargo, en el texto finalmente presentado, propone que la función de inspección, vigilancia y control en operaciones de criptoactivos se otorgue a la SFC.

20 Álvaro Ayala Aristizábal, "Naturaleza jurídica de las criptomonedas a la luz de los pronunciamientos de *soft law* en Colombia". *Revista Jurídica Piélagas*, 20(1), (2021). DOI: doi.org/10.25054/16576799.2822

- c. En general, este proyecto establecía un marco para la regulación de criptomonedas en Colombia, definiendo qué son y proporcionando principios básicos para su regulación. No estableció un registro único a cargo de las Cámaras de Comercio.
- 2. Proyecto de ley 268 de 2019 – Presentado el 08 de mayo de 2019.
 - a. Prohíbe operaciones de multinivel con criptoactivos (art 6).
 - b. Ordena la creación del Registro Único de Plataformas de Intercambio de Criptoactivos (RUPIC) y otorga su administración a las Cámaras de Comercio (art 9-10).
 - c. Delega la facultad de Inspección, vigilancia y control en el MinTic (art 16).
 - d. Introduce medidas específicas para la prevención del lavado de dinero y la financiación del terrorismo, relacionadas con el conocimiento del cliente, política de seguridad informática y detección de actividades sospechosas (art 12).
- 3. Proyecto de ley 097 de 2019 – Presentado el 29 de julio.
 - a. Mantiene gran parte del texto de la versión anterior, agrega dos prohibiciones adicionales a los prestadores de servicios de intercambio de criptoactivos, relacionadas con operaciones de multinivel y captación masiva sin explicación financiera razonable.
 - b. Introduce la clasificación de los criptoactivos en tres clases: activos digitales puros, activos digitales de participación comercial y activos digitales de consumo (art. 5).
 - c. Indica que las empresas prestadoras de servicios de criptoactivos debe tener un registro de validación de identidades, un riguroso estudio del cliente que permita su identificación y prevención de lavado de activos, así como deber de información en sitio de consulta pública con las tasas representativas de transferencia de mercado (art. 7).
 - d. Ordena la creación del Registro Único de Plataformas de Intercambio de Criptoactivos (RTUPIC) (art. 9).
- 4. Proyecto de ley 267 de 2022 Senado y 139 de 2021 Cámara – Presentado el 21 de julio de 2021.
 - a. En general, el texto mantiene el espíritu del proyecto 268 de 2019 con lo agregado del proyecto 097 de 2019 que ya se mencionó. En su artículo 4, agrega tres requisitos adicionales para prestar servicio de intercambio de criptoactivos: cumplir lo relacionado con la protección de datos personales, implementar medidas de conocimiento del cliente y debida diligencia y contar con un manual de operaciones que detalle los parámetros internos de la plataforma de prestación del servicio aprobado por la entidad supervisora.
 - b. Mantiene el requisito para las empresas prestadoras de servicios de criptoactivos su obligación de registrarse en las Cámaras de Comercio para efectos de publicidad e información para usuarios (art. 4).

- c. Concede un plazo de 6 meses para que el Gobierno Nacional defina cuál será la entidad a cargo de las funciones de inspección, control y vigilancia (art. 12).

Conviene señalar que a nuestro criterio el proyecto de ley colombiano resulta escaso en comparación con MiCA, reglamento europeo que analizaremos más adelante. Por ahora, un aspecto que podemos señalar es el relacionado con la dificultad de designar a la entidad que ejerza las facultades de inspección, control y vigilancia sobre criptoactivos. En los proyectos analizados, se observa la designación de MinTic y a la SFC y finalmente en el último proyecto decide otorgar un plazo de 6 meses para que se concrete la entidad a cargo.

No obstante lo anterior, observamos a su vez, un especial interés por parte de la SFC, que tuvo una participación protagónica en los asuntos relacionados con criptoactivos aproximándose a comprender su funcionamiento, lanzándose con La Arenera, que fue el *sandbox* regulatorio, con lo cual buscó en un ambiente controlado monitorear el funcionamiento de criptoactivos. Entendemos que la participación del MinTIC puede resultar de valor, cuando se trate de analizar la complejidad tecnológica o asuntos más relacionados con la arquitectura de los criptoactivos más que su operación en el mercado. Y en lo relacionado con la Superintendencia de Sociedades, tendría explicación bajo el entendido de que los criptoactivos, al menos en Colombia, no son considerados moneda, valor ni divisa, por lo que bajo ese planteamiento, la SFC no tendría competencia a menos que el regulador se la otorgue bajo algún planteamiento que aquí no hayamos considerado.

Otros aspectos que nos gustaría dejar señalados como oportunidad de mejora de los proyectos de ley presentados son los siguientes: facilitar la colaboración entre Estados para evitar la evasión de impuestos y lavado de activos; la expresa mención de la separación de inversión de los criptoactivos de los clientes y de los prestadores de servicios de criptoactivos, con el propósito de proteger a su vez a los inversionistas; precisión en señalar su ámbito de aplicación o dividirse por asuntos para contemplar en él a los criptoactivos altamente volátiles, respecto de los criptoactivos estables y, finalmente, la apertura de su uso a las entidades financieras vigiladas por la SFC. Recordemos que fueron algunos bancos en alianzas con plataformas de intercambio de criptoactivos, los que participaron de La Arenera como parte del ejercicio de aprendizaje y exploración del mercado de criptoactivos.

1.2.2. Regulación de referencia: Markets in Crypto-assets Regulation – MiCA

Para el caso de Colombia, la producción normativa en torno a los criptoactivos es limitada, por lo que se abordarán varios de los interrogantes de esta

investigación con una regulación de referencia promulgada en Europa. Se trata de la *Markets in Crypto-assets Regulation* (en adelante MiCA). Esta regulación del Parlamento Europeo y del Consejo es la legislación más completa en la actualidad en regulación de criptoactivos, emitida el 31 de mayo de 2023 y cuya entrada en vigor fue el 30 de diciembre de 2024.

El MiCA aborda inicialmente la regulación de los criptoactivos, estableciendo 3 categorías: 1) "fichas de dinero electrónico", para referirse a aquellos cuyo objetivo es estabilizar su valor, haciendo referencia a una moneda oficial, lo que traduce en que ven a los criptoactivos como dinero electrónico y lo usan como mecanismo de pago, 2) "fichas referenciadas a activos", cuyo objetivo es estabilizar su valor haciendo referencia a otro valor o derecho o combinación de estos, incluidas monedas oficiales y 3) demás criptoactivos incluidas fichas de consumo²¹.

Para el MiCA, regular los criptoactivos es una manera de dar el paso en oportunidades a servicios digitales innovadores. En sus consideraciones, el legislador menciona que su no regulación desencadena riesgos y desconfianza de este mercado, lo cual obstaculiza el desarrollo de instrumentos alternativos de pago, o nuevas fuentes de financiación de las empresas. Contempla dos posibles roles que pueden asumir las entidades interesadas en ofrecer servicios de criptoactivos y los denomina bajo el nombre de proveedor de servicios de criptoactivos²²: un primer rol para quienes prestan servicios de plataformas de negociación, canje, custodia, administración y transferencia de criptoactivos, y el segundo rol, para quienes presten servicios de colocación de criptoactivos, recepción, transmisión de órdenes por cuenta de los clientes, ejecución de órdenes, asesoría en materia de criptoactivos y gestión de carteras de criptoactivo.

Los proveedores de servicios de criptoactivos tienen varias responsabilidades derivadas del desarrollo de su gestión, pero su rol contribuye con el adecuado orden que debe tener la actividad propia de un regulador interesado en fijar un marco normativo que controle y mitigue riesgos derivados de la actividad de criptoactivos. Los proveedores deben cumplir un riguroso listado de requisitos para ser autorizados para operar dentro del territorio de la Unión Europea; entre ellos, velar por la educación financiera a los titulares de criptoactivos, la responsabilidad de detallar y dejar constancia de los riesgos que asumen sus clientes en el mercado de criptoactivos, propender por tener adecuado soporte tecnológico con la fortaleza que evite ser víctima

21 "Markets in Crypto-Assets Regulation (MiCA)", ESMA, considerandos número 9, consultado 10 de enero 2025, <https://www.esma.europa.eu/esmas-activities/digital-finance-and-innovation/markets-crypto-assets-regulation-mica>

22 Markets in Crypto-Assets Regulation (MiCA)", ESMA, considerandos número 12, consultado 10 de enero 2025, <https://www.esma.europa.eu/esmas-activities/digital-finance-and-innovation/markets-crypto-assets-regulation-mica>

de ciberataques y en todo caso debe responder por los bienes que le han encomendado los clientes, y llevar un registro de las operaciones adelantadas porque, según la norma, tales registros constarán en el "Libro Blanco", el cual debe reunir los requisitos que exige el reglamento. Finalmente, tiene como deber, evitar que el mercado sea usado como blanqueo de capitales y en todo caso debe reportar a la autoridad competente operaciones sospechosas²³.

La honestidad, imparcialidad y profesionalismo son algunos de los comportamientos esperados por el MiCA para los emisores criptoactivos (considerandos Número 23) y en caso de incumplimiento de sus deberes les aplica la normas de la responsabilidad civil que logre demostrarse de los malos manejos en su operación²⁴.

También existe un capítulo de medidas cautelares y sanciones que busca revestir al ente de vigilancia y control de herramientas para intervenir y proteger las inversiones de los titulares, sin que ello obste para que el proveedor de servicios de criptoactivos tenga la responsabilidad de salvaguardar los intereses de los usuarios y mantener aparte los criptoactivos de su propiedad respecto de las inversiones de los clientes (art 89).

De esta manera, poniendo de referente la legislación europea en materia de criptoactivos respecto del estado actual del tema en Colombia, consideramos que regular este mercado puede traer beneficios frente a las preguntas que se han desarrollado en el curso de esta investigación y relacionadas con el desconocimiento del tema, su volatilidad, la posibilidad de que los criptoactivos sean usados para el lavado de activos, su uso como dinero o bien, entre otros asuntos. El hecho de observar el dinamismo legislativo en otras jurisdicciones permite ver la necesidad de que Colombia dé ese paso, permitiéndole explotar un nuevo mercado que pueda llegar a ser una nueva forma de financiación y dar, con mayor certeza, la posibilidad de conocer casos de criptoactivos como garantía mobiliaria. Regular trae consigo seguridad y confianza.

Los criptoactivos son una realidad en Colombia y ya se hacía referencia en esta investigación a que Colombia es el séptimo país a nivel mundial en adelantar operaciones en criptomonedas por cerca de 70.000 millones en criptoactivos al mes²⁵, lo que constituye un fenómeno que ocupa un espacio en la economía.

23 "Markets in Crypto-Assets Regulation (MiCA)", ESMA, considerandos número 14, consultado 10 de enero 2025, <https://www.esma.europa.eu/esmas-activities/digital-finance-and-innovation/markets-crypto-assets-regulation-mica>

24 "Markets in Crypto-Assets Regulation (MiCA)", ESMA, considerandos número 24, consultado 10 de enero 2025, <https://www.esma.europa.eu/esmas-activities/digital-finance-and-innovation/markets-crypto-assets-regulation-mica>

25 "Colombia, una de las naciones donde más se negocia bitcoin", *Portafolio Economía*, 22 de febrero 2021, sec. Finanzas. <https://www.portafolio.co/economia/finanzas/bitcoin-en-colombia-una-de-las-naciones-donde-mas-se-negocia-la-criptomonedas-549372>

Para el caso de Colombia están dadas las conclusiones sobre el tratamiento jurídico adecuado que debe dárseles a los criptoactivos a partir de los pronunciamientos del Banco de la República, la Superintendencia Financiera y la Superintendencia de Sociedades. Estos pronunciamientos, esencialmente, determinan que los criptoactivos no son divisa, no son valor y no son moneda de curso legal; por el contrario, permiten concluir que son un activo digital y que, como tal, su valor está atado a la especulación y confianza de quienes invierten en ellos, por lo que cada quien asume el riesgo de participar en este mercado, entendiendo que el Estado colombiano no asume ninguna labor de investigación, seguimiento y control a este tipo de operaciones.

1.3. SITUACIÓN FÁCTICA DEL USO DE CRIPTOACTIVOS EN OTROS PAÍSES Y AVANCES EN SU REGULACIÓN

La adopción de los criptoactivos por los Estados no es tarea fácil. Nydia Remolina y Aurelio Gurrea²⁶ plantean los desafíos que tienen los países al analizar las criptomonedas, siendo algunos de ellos: su volatilidad, lavado de activos, niveles de inversión, régimen tributario, protección al consumidor, regulación cambiaria, divisa o moneda, mecanismo de pago, entre otros. De esta forma, es posible advertir que, a hoy, aún quedan muchas incógnitas sin resolver o muchos temores derivados en principio de su volatilidad, su carácter de descentralizado, sin un banco central que confiera respaldo y seguridad. Es precisamente de ahí que en legislaciones como la nuestra no se tenga reconocida como moneda y sea vista como un bien. A pesar de ello, es una realidad su crecimiento y la rápida penetración que ha logrado en el mercado; esto le ha permitido un crecimiento de manera exponencial logrando que más usuarios se sumen a transar con criptoactivos, motivo este último que configura un interés en el problema planteado en esta investigación, dado que es un bien incorporeal que ha ganado una seguridad dentro de la comunidad de quienes transan con criptoactivos y, por tanto, un interés que se advierte gana más participantes en el mercado. Veamos la experiencia de algunos Estados:

1.3.1. Experiencia en América

Actualmente en Colombia, las criptomonedas no se encuentran reguladas en la normatividad. Como ya se ha mencionado, en el caso colombiano existen

26 Nydia Remolina, Aurelio Gurrea Martínez, *Fintech, Regtech y Legaltech: Fundamentos y desafíos regulatorios*. Madrid: Tirant lo blanch, 2022.

pronunciamientos que concluyen que los criptoactivos no son una moneda circulante, no son valor ni divisas.

En oposición a lo anterior, países como El Salvador han reconocido al Bitcoin como una moneda digital. Así lo hizo saber el 09 de junio de 2021 en su Asamblea Legislativa en donde aprobó con el Decreto No 57, La Ley del Bitcoin, por la cual reconoce al *bitcoin* como una moneda de curso legal.

En un principio, adoptar el *bitcoin* como moneda de curso legal para El Salvador fue motivo de señalamientos dirigidos a su presidente Nayib Bukele. Las fuertes críticas encontraban su sustento en que para el año 2021 el precio del bitcoin tuvo una caída que ponía en incertidumbre si la decisión de adoptar tal moneda era una buena alternativa para El Salvador. Sin embargo, la historia ha cambiado y los resultados obtenidos en lo corrido del año 2024 y las proyecciones para el cierre del año 2024 y 2025, muestran un panorama exitoso para El Salvador. Se espera que al cierre del año 2025 pueda pagar su deuda al Fondo Monetario Internacional, claro está, siempre que el bitcoin se coticie para ese momento en USD 100.000. Teniendo en cuenta que al cierre de mayo de 2024 está cotizando al USD 62.000, las probabilidades dan para que alcance la cotización esperada, con lo cual podría ser independiente financieramente. De esta manera, El Salvador se encamina en el objetivo de promover la inclusión financiera, facilitar los pagos de remesas y atraer la innovación financiera²⁷.

Por su parte, en los Estados Unidos de Norte América (en adelante Estados Unidos o EE.UU.), la Comisión de Comercio de Commodities (CFTC) se refirió al bitcoin y las monedas virtuales anunciando que no son monedas extranjeras, no cumplen con los requisitos para negociación de derivados financieros y llega a la conclusión de que su naturaleza es el de una mercancía²⁸.

En Ecuador el uso de las criptomonedas fue prohibido a través de una reforma legislativa al Código Monetario y Financiero en el año 2014, instrucción que en el año 2018 fue confirmada por el Banco Central de Ecuador. El país mostró su hostilidad al uso de las criptomonedas en razón a que se encontraba fuera de su control y prohibió cualquier forma de uso, hoy en día las plataformas de intercambio registradas que han mantenido su presencia en Ecuador trabajan de manera limitada²⁹.

27 Zoltan Vardai, "El Salvador lanza sitio web de monitoreo de tesorería de Bitcoin". *Cointelegraph*. 13 de mayo de 2024. Recuperado de <https://es.cointelegraph.com/news/el-salvador-bitcoin-treasury-website>.

28 Miguel Ángel, García Ramos, Ricardo Rejas Muslera. "Análisis del desarrollo normativo de las criptomonedas en las principales jurisdicciones: Europa, Estados Unidos y Japón. IDP". *Revista de Internet, Derecho y Política*, (35), (2022), pp. 1-13, DOI: doi.org/10.7238/idp.v0i35.391466.

29 Marín, Valencia, "Panorama actual del bitcoin. Una descripción práctica y jurídica de las criptomonedas en Colombia y Ecuador". *FORO, Revista de Derecho*, (2021): pp. 49-71. <https://doi.org/10.32719/26312484.2021.36.3>

De acuerdo con una publicación de la revista *Forbes México*, del 13 de septiembre de 2021, para el último año, la adopción global de las criptomonedas fue de un 881% y, de manera sorprendente, no se destacan entre los primeros lugares Europa, Japón o Estados Unidos, países sobre los cuales se hizo la reflexión sobre su marco normativo. Los primeros lugares, referidos a donde es más frecuente el uso de criptomonedas, son ocupados por Vietnam, India y Pakistán. Colombia ocupa el puesto número 11 y es el tercer país de Latinoamérica que, al cierre del año 2020, adopta de manera más frecuente o habitual los criptoactivos, con lo cual estamos frente a un fenómeno cuya velocidad les toma distancia a los marcos normativos y gana participantes en cantidades exponenciales.

1.3.2. Experiencia en Asia

Por su parte, en Japón las criptomonedas bitcoin y *ethereum* son consideradas como una moneda y son un método de pago legal, mas no son monedas de curso legal. No obstante, existen rigurosos controles derivados de la reglamentación de la Ley de Moneda Virtual y normas complementarias vigentes en Japón, en la que se exige al intercambiador de divisas y empresas que intercambian con bitcoin un cuidadoso estudio de sus clientes, así mismo la protección de datos, prevención del lavado de activos y seguridad contra piratería informática³⁰.

1.3.3. Experiencia en Europa

En el caso de Europa, se emitió el reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo el 31 de mayo de 2023 para regular a los mercados de criptoactivos, que por sus siglas se conoce como MiCA. A partir de este, se define al criptoactivo como un activo virtual susceptible de ser transferido y ser usado como medio de pago e inversión. Igualmente, reconoce la persona como proveedora de servicios activos a aquella que pueda realizar intercambio, transferencia de activos virtuales, así como el servicio financiero que puedan prestar en una oferta o venta de un activo virtual, las billeteras electrónicas como aquel prestador de servicios de guarda y custodia de claves criptográficas, almacenamiento y transferencia de monedas virtuales e incluye directrices para la prevención del lavado de activos mediante el denuncia de operaciones sospechosas y la limitación del anonimato en transacción con criptoactivos.

30 Miguel Ángel García Ramos, Ricardo Rejas Muslera, "Análisis del desarrollo normativo de las criptomonedas en las principales jurisdicciones: Europa, Estados Unidos y Japón. IDP". *Revista de Internet, Derecho y Política*, (35), (2022): pp. 1-13, DOI: doi.org/10.7238/idp.v0i35.391466.

2. ANÁLISIS DE LA POSIBILIDAD DE CONSTITUIR GARANTÍA MOBILIARIA SOBRE CRIPTOACTIVOS TENIENDO EN CUENTA EL CARÁCTER DE BIEN

2.1. CARÁCTER DE BIEN DE LOS CRIPTOACTIVOS

A lo largo de esta investigación, y a partir de los pronunciamientos ya mencionados de las autoridades colombianas, se sostiene que los criptoactivos se integran en el marco jurídico mediante su reconocimiento como bienes, en su condición de bienes incorporeales.

Esta clasificación se encuentra definida en los artículos 653, 664 y 665 del Código Civil colombiano.

Por una parte, con respecto a su calificación como bien, es oportuno recordar que este se distingue del concepto de cosa en la medida en que el primero es entendido como aquel que es susceptible de ser apropiado e ingresar a un patrimonio; el bien es la especie, en tanto la cosa es el género; el bien es objeto de derecho, en tanto la cosa es un concepto pre jurídico y neutro, será bien corporal, si además de apreciarse por cualquiera de los cinco sentidos, es susceptible de apropiación por un sujeto de derecho y le implica un enriquecimiento patrimonial³¹.

Este primer aspecto se puede confirmar a partir de lo expuesto por la Dian en el Concepto Unificado 18075 de 2023 al que ya se hizo referencia y en el que manifestó sobre los criptoactivos que son bienes incorporeales que hacen parte del patrimonio y pueden conducir a la obtención de ingresos, su carácter económico constituye un ingreso gravable, por lo que las personas naturales se encuentran obligadas a declararlos en su renta anual.

Por su parte, la doctrina ve a los criptoactivos desde la perspectiva del derecho tributario como bienes incorporeales, susceptibles de valoración económica. Esta afirmación coincide con la postura del Banco de la República, al señalar que los criptoactivos tienen la calidad de bienes. En la revista del Instituto Colombiano de Derecho Tributario³², se señaló que para explicar la naturaleza jurídica de las criptomonedas se debe acudir al artículo 653 del Código Civil, pues a partir de la definición que trae esta norma se concluye que las criptomonedas hacen parte de los bienes incorporeales. Agrega que los criptoactivos son un bien que hace parte del patrimonio y, por ende, puede ser parte del cobro del impuesto sobre renta e impuesto al patrimonio y sujeto de renta presuntiva.

31 Raúl Humberto Ochoa Carvajal, *Bienes*. Bogotá: Temis, 2006, pp. 5-8.

32 Julián Zambrano Sánchez et al., "Aspectos tributarios de las transacciones en criptomonedas: el caso de los bitcoins". *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, Instituto Colombiano de derecho Tributario, 80 (43), 2019, p. 28.

Zambrano Sánchez³³ coincide con la postura de la Superintendencia Financiera y el Banco de la República frente a la naturaleza jurídica de las criptomonedas. El autor indica que estas no son una moneda de curso legal, no son una divisa, no son propiamente dinero, en razón a que no ha sido reconocida como tal por la autoridad monetaria en Colombia. Sin embargo, para quienes participan en dicho mercado, contiene varias de las características que la aproximan al concepto de una moneda o dinero como medio de pago; estas son: (i) la aceptación por parte del grupo de personas que participan en dicho mercado, (ii) su condición de activo y (iii) la confianza que les permite considerar que les representa un valor.

En cuanto a su carácter incorporeal, el Código Civil colombiano indica que son aquellos que no pueden ser percibidos por los sentidos; consisten en derechos, como los créditos y las servidumbres activas (art 653); son derechos reales o personales (art 664), esto es el derecho que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona (art 665).

Esto es confirmado a partir de los conceptos de la CTCP en los que se califica a los criptoactivos como activos intangibles en la medida en que se aproxima a la definición de la NIC 38 "un activo identificable de carácter no monetario y sin apariencia física".

Es así como los criptoactivos, desde el derecho civil, se enmarcan en el ordenamiento jurídico colombiano en la categoría de bien incorporeal.

2.2. BIENES SUSCEPTIBLES DE GARANTÍA MOBILIARIA Y EXCLUSIONES SEGÚN LA LEY 1676 DE 2013 (LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS)

En primer lugar, para explorar la posibilidad de constituir garantías mobiliarias sobre criptoactivos, debemos establecer si se pueden considerar comprendidos dentro de los bienes susceptibles de servir como garantía de acuerdo con la Ley de garantías mobiliarias.

En este sentido, observamos que dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Garantías Mobiliarias (en adelante LGM), esta normativa señala que será aplicable, entre otros, a todo tipo de acciones, derechos u obligaciones sobre bienes incorporeales (art. 2). En efecto, considerando que los criptoactivos en Colombia son bienes de carácter incorporeal, sobre los que recae un derecho de propiedad susceptible de ingresar a un patrimonio, su adecuación típica es la indicada en el numeral 6 del artículo 6 de la LGM, al ser bienes susceptibles de ser utilizados como una garantía mobiliaria, siendo además los criptoactivos, el activo subyacente.

33 Julián Zambrano Sánchez et al., "Aspectos tributarios de las transacciones en criptomonedas: el caso de los bitcoins". *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, Instituto Colombiano de derecho Tributario, 80 (43), 2019, p. 49.

Sin embargo, el análisis no se limita a esto, pues también resulta necesario establecer si los criptoactivos pueden estar comprendidos dentro de los bienes excluidos del régimen de garantías mobiliarias.

En este sentido, se observa que la LGM contempla en su artículo 4 los bienes excluidos del régimen de garantía mobiliaria, entre los cuales señala, en el inciso primero, "aquellos cuya venta, permuta, arrendamiento o pignoración o utilización como garantía mobiliaria esté prohibida por ley imperativa o de orden público". De acuerdo a lo que ya habíamos afirmado en materia de criptoactivos, por ahora deberá presumirse la licitud de estos teniendo en cuenta que no existe una prohibición expresa para realizar transacciones y operaciones utilizando criptoactivos, con lo cual no se encuentran dentro de los bienes excluidos que contempla la LGM.

En cuanto a las demás excepciones, aquella sobre la cual podría discutirse su aplicabilidad es la contemplada en el numeral cuarto del artículo 4 de la LGM que señala lo siguiente: "depósitos de dinero en garantía, cuando el depositario es el acreedor" (art 4, núm. 4). Teniendo en mente las discusiones alrededor de la naturaleza de los criptoactivos, es decir si pueden –o no– considerarse dinero de acuerdo con la legislación colombiana, puede optarse por dos posturas. La primera de ellas que consiste en que, toda vez que los criptoactivos no son considerados como moneda de curso legal y, por consiguiente, podrían entenderse como un bien, no sería aplicable la excepción contemplada en el numeral 4 del artículo 4. Otra postura es aquella según la cual, debido a las características de los criptoactivos en relación con su fácil convertibilidad a dinero, el depósito de estos, cuando el depositario es el acreedor, podría encajar en la excepción prevista la norma. Adicionalmente, esto supondría una serie de vicisitudes frente a la restitución de lo depositado, pues al no tratarse de una moneda con poder liberatorio de acuerdo con el derecho positivo, lo restituido deberá reunir las mismas características del criptoactivo objeto de depósito³⁴.

De acuerdo con lo anterior, considerando que la naturaleza jurídica del criptoactivo es el de un bien incorporeal, puede ser objeto de garantía en favor de un acreedor. Más adelante, pondremos a prueba los mecanismos de ejecución que regula la LGM.

Para la doctrina, hablar de criptomonedas conlleva considerar que la garantía recae sobre activos circulantes. Este concepto lo que indica es que supone mantener un inventario o *stock* de bienes de la misma naturaleza, la pignoración es meramente abstracta³⁵, a diferencia de las garantías que recaen sobre un bien particular que no tiene la vocación de ser reemplazado.

34 Artículo 2253: "El depositario es obligado a la restitución de la misma cosa o cosas individuales que se han confiado en depósito, aunque consistan en dinero o cosas fungibles, salvo el caso del artículo 2206".

35 Édgar Villanueva Triana, *Alcance de la Denominación de la Garantía Mobiliaria como Contrato Principal*. Universidad Santo Tomas, 2002 <http://hdl.handle.net/11634/47435>

Ejemplos de activos circulantes son los inventarios, cosechas y para este estudio los criptoactivos. Sin embargo al constituirse una garantía sobre bienes de esta naturaleza supone que en un escenario de ejecución, el acreedor podrá ir por su garantía pero hasta el monto en que se haya pactado en el contrato de garantía y por lo mismo no podrá apropiarse en mayor cantidad o cuantía, en el mismo sentido si al ejecutarse se encuentra con que la garantía ha desaparecido o se transformó en otro bien, a menos que se haya anunciado en el contrato que la garantía incluirá los bienes derivados y atribuibles, el acreedor se quedará sin su garantía como opción de pago.

2.3. DE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS Y LOS CRIPTOACTIVOS

La garantía mobiliaria parte de los principios básicos de la prenda en el que un deudor o un tercero grava alguno de sus bienes muebles a título de garantía a cambio de un crédito. Para la formalización de esta garantía se lleva a cabo la celebración de un contrato en el cual las partes pactan los términos de dicha garantía, siendo algunos aspectos importantes, el objeto sobre el cual recae el contrato, su tiempo, mecanismos de ejecución y por supuesto el registro. El contrato de garantía mobiliaria es un contrato autónomo que ante el incumplimiento de una obligación de pago previa, podrá ejecutarse cuando se incumplan las obligaciones respaldadas.

Para Villanueva³⁶ la ley de Garantía Mobiliarias (Ley 1676 de 2013) tiene como punto de partida la prenda, por lo tanto si bien introduce la posibilidad de ampliar los bienes objeto de la garantía, esta solo introduce unas pautas administrativas y ejecutivas dado que las reglas propiamente relacionadas con la prenda ya estaban reguladas en los códigos Civil y de Comercio y, para lo relacionado con su registro, crea un sistema centralizado de reporte y consulta, el cual hoy en día es administrado por Confecámaras.

Comprendemos que si bien es cierto la LGM pudo haber tenido un punto de arranque a partir de la figura de la prenda, su concepto y ámbito de aplicación es más amplio. Algunos aspectos que podemos resaltar son:

1. Amplitud de bienes susceptibles de garantías.
2. Mecanismos más expeditos de ejecución de garantía y que contribuya a la descongestión de los despachos judiciales.
3. Publicidad y un único registro que salvaguarde la prelación del acreedor que registró primero en el tiempo.
4. Bajo costo para el registro de la garantía.
5. Aceptación del pacto comisorio.

36 Édgar Villanueva Triana, *Alcance de la Denominación de la Garantía Mobiliaria como Contrato Principal*. [online]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/11634/47435>

En su artículo 1º, la Ley 1676 de 2013 resalta su finalidad, la cual es facilitar el acceso al crédito mediante la ampliación de bienes, derechos o acciones que puedan ser objeto de garantía. Si bien para la fecha de expedición de esta norma el concepto de criptomonedas ya era una realidad en el mundo gracias a un artículo del año 2008^[37] probablemente en la concepción del legislador colombiano al expedir la Ley 1676 de 2013 no imaginó que tal amplitud de las garantías pudiese abarcar a un fenómeno digital que acelera su crecimiento en el mundo.

2.4. MONEDAS ESTABLES (*STABLECOINS*)

Y FINANZAS DESCENTRALIZADAS (*DEFI*)

Ahora bien, ante la especulación en torno a los criptoactivos que surge en el mercado de los criptoactivos, las *stablecoins*, se trata de monedas que buscan estabilizarse haciendo referencia a otro valor o derecho, ejemplo el dólar, y son justamente estos criptoactivos, los que el MiCA denomina como "fichas referenciadas a activos". Estas monedas también usan la tecnología de *blockchain* o cadena de bloques para operar, tienen además como atributo que son manejadas en plataformas que entre otros servicios ofrecen préstamos, seguros y transferencia de criptoactivos.

Las autoridades en materia de regulación en Colombia le han apostado a un ambiente controlado bajo un escenario de pruebas, es el caso del *Sandbox* La Arenera de la Superintendencia Financiera que ha permitido tener la trazabilidad de punta a punta sobre las transacciones adelantadas. Este ejercicio ha consistido en la alianza de los bancos y los *exchanges* que son las plataformas de compra y venta de criptoactivos. Las operaciones autorizadas son de *cash in* y *cash out*, lo que se traduce en convertir dinero en criptoactivos o convertir los criptoactivos en dinero; estas operaciones requieren que los recursos pasen por la banca tradicional, de ahí que la prueba de la Arenera sea la alianza de las plataformas de intercambio de criptoactivos (*exchange*) para que puedan ofrecer sus servicios y la banca tradicional.

Si bien en Colombia se ha avanzado con el ambiente controlado de la Superintendencia Financiera, queda demostrado que hay legislaciones que se han ocupado en regular este mercado y con la alianza de las plataformas de intercambio de criptoactivos y la tecnología que avanza cada día, encuentran nuevas maneras de controlar y generar la trazabilidad de las transacciones, así como un registro de los prestadores de servicios de criptoactivos autorizados. Esto da mayor seguridad a quienes invierten en este mercado, sin que

37 Es importante resaltar que la autoría de este artículo se atribuye al nombre de Satoshi Nakamoto. Sin embargo, a la fecha su identidad es un misterio y más bien se atribuye dicho nombre al seudónimo de la persona o grupo de personas que idearon la tecnología *blockchain* y con ella la puerta de entrada a las criptomonedas (Cointelegraph, 2024).

se pierda de vista que es una inversión, por lo que se debe revisar el apetito del riesgo y no invertir sin una adecuada educación financiera.

Sin embargo, lo cierto es que el mercado y la tecnología van a pasos agigantados haciendo que el componente jurídico quede varias líneas atrás. Hablar de criptoactivos es hablar de DeFi, que por sus siglas hace referencia a finanzas descentralizadas (*Decentralized Finance*), el cual es el fenómeno que rompe los sistemas tradicionales de finanzas administradas por los bancos. Se trata de la posibilidad y libertad de administrar las criptomonedas por su propietario en plataformas que le permiten adquirir servicios, apalancarse financieramente y dejar sus criptoactivos como garantía. Estas plataformas perfectamente diseñadas a través de algoritmos y contratos inteligentes (*smart contracts*) permiten ejecutar las órdenes de los titulares en la rapidez que el tubo normal de estudio de crédito de una entidad financiera pueda tomar algo más de tiempo. De ahí el acertado comentario del equipo de riesgo de Davivienda durante la entrevista desarrollada para esta investigación, al afirmar que debe buscarse la manera de llevar al banco al mercado de los criptoactivos y no intentar hacerlos encajar en el sistema tradicional de la banca. Pero, la pregunta que surge es si aún cabe la posibilidad por fuera de las DeFi de entregar los criptoactivos como garantía mobiliaria, evento en el cual ¿cómo sería la realidad de su ejecución en los términos de la Ley de Garantías Mobiliarias?

2.5. MATERIALIDAD DE LA GARANTÍA MOBILIARIA EN CRIPTOACTIVOS

De manera previa habíamos hablado de las DeFi, recogiendo tal punto, encontramos que hay dos maneras posibles de celebrar una garantía mobiliaria sobre criptoactivos y que permita suponer que pueden llegar a garantizar las obligaciones de sus titulares. En una existen dos extremos: el titular del criptoactivo y, de otra parte, la plataforma. Esta es la manera como viene operándose a través de las finanzas descentralizadas (DeFi), cuya ejecución se pacta desde la aceptación del servicio a través de la firma del contrato inteligente y que, gracias a la tecnología, permite de manera muy rápida advertir el incumplimiento y ejecutar conforme a las órdenes dadas al algoritmo desde la firma del contrato. La segunda forma incluye una relación tripartita, un deudor garante, un acreedor garantizado y la plataforma (*el exchange*).

Andrés Castelblanco³⁸ propone en un flujograma la posibilidad de constituir garantías mobiliarias sobre criptoactivos, en el que existe de origen un contrato de mutuo y como garantía, los criptoactivos. De manera previa se le hace una notificación a la billetera, que para el caso que expone es Binance,

38 Andrés Camilo Castelblanco Moreno, "Constitución de Garantías mobiliarias sobre Criptomonedas". *Revista Nueva Época*, (59), (2022):9-33. DOI: 10.18041/0124-0013/nuevaepoca.59.2023.11635

y cuyo propósito tiene generar una marcación en el sistema sobre dichas criptomonedas a fin de publicitar su carácter de garantía de una obligación y de esta manera advertir a compradores. Tal marca, según el autor, no tiene el carácter de embargo, pues no se puede restringir su comercialidad, es de advertencia a posibles compradores de forma tal que su negociabilidad sea conscientemente informada. El acreedor tiene la tenencia de los criptoactivos según la propuesta de Castelblanco, de modo que ante un eventual incumplimiento del deudor, el acreedor ejecute y, en caso contrario, de cumplimiento de la obligación entre acreedor y deudor garante, este último podrá "recuperar las criptomonedas en manos de quien se encuentre"³⁹.

Para el objeto de esta investigación, un primer problema que se presenta es el monitoreo de la existencia de la garantía del acreedor y la rapidez con que ejecute su garantía para que pueda llegar a ella y apropiarse como mecanismo de pago ante el incumplimiento de la obligación principal. Sin embargo, este problema puede ser sorteado si la garantía recae sobre aquellos criptoactivos que se administran en las billeteras electrónicas, ya que ellas son las que custodian la *wallet* o llave de acceso a las claves, de modo que es allí donde debemos notificar para iniciar la ejecución de la garantía ante un eventual incumplimiento. Una situación de referente ocurrió en Tucumán (Argentina)⁴⁰, en donde un juzgado ordenó a la billetera Binance la medida cautelar de embargo de las cuentas a nombre de un empresario investigado por presunta estafa piramidal.

Otra situación que podemos señalar ocurrió con la decisión de la Suprema Corte de Nueva York el 7 de julio de 2022, que en favor de los intereses del accionante Exchange LCX ordenó notificar a una llave de acceso (*wallet*) y la creación de un *token* no fungible (NFT) para proteger los intereses del accionante a quien le habían hurtado unos fondos virtuales. Con esta medida cautelar se impidió el traslado de los recursos que se encontraban en el monedero y, de esta manera, se salvaguardó el patrimonio de las partes inmersas en el proceso⁴¹.

El estudio adelantado por la Superintendencia de Industria y Comercio bajo el nombre *Estudio económico "las garantías mobiliarias en la promoción de la competencia y el acceso al crédito en Colombia"*⁴², concluye que es más común observar

39 Andrés Camilo Castelblanco Moreno, "Constitución de Garantías mobiliarias sobre Criptomonedas". *Revista Nueva Época*, (59), (2022):9-33. DOI: 10.18041/0124-0013/nuevaepoca.59.2023.11635

40 Portafolio, "Colombia, una de las naciones donde más se negocia bitcoin", *Economía*, 22 de febrero 2021, sec. Finanzas. <https://www.portafolio.co/economia/finanzas/bitcoin-en-colombia-una-de-las-naciones-donde-mas-se-negocia-la-criptomoneda-549372>

41 Juan Sebastián Lozano Parra. *Acerca del decreto de medidas cautelares a las carteras virtuales y NFTs: nuevas situaciones jurídico-procesales*. Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2022. Recuperado de <https://icdp.org.co/acerca-del-decreto-de-medidas-cautelares-a-las-carteras-virtuales-y-nfts-nuevas-situaciones-juridico-procesales/>

42 Alexander Correa, *Estudio económico "las garantías mobiliarias en la promoción de la competencia y el acceso al crédito en Colombia"*, Delegatura para la Protección de la Competencia Superintendencia de Industria y

en las entidades financieras la aceptación de garantías mobiliarias que recaen sobre maquinaria y equipo industrial no agrícola, maquinaria y equipo industrial agroindustrial y vehículos automotores. En oposición, serán las menos comunes aquellas sobre derechos económicos derivados del ejercicio de la opción de compra cuando se trata de contratos *leasing*, sobre cuenta control, sobre derechos económicos por la venta futura de inmueble, sobre marca y nombre comercial, entre otros. Sin embargo, ello no obsta para que frente a un análisis de riesgo de crédito se pueda llegar a considerar admisibles los criptoactivos como garantía mobiliaria, pues ella no contraría los requisitos definidos por la ley y es un campo aún por conquistar con algunos aromas de certidumbre como la que dio la medida cautelar de la Corte de New York a una billetera, situación esta que pone sobre la mesa la posibilidad de ejecutar una garantía sobre un criptoactivo.

Situaciones como las descritas nos dejan ver la capacidad de lograr materializar una medida cautelar sobre criptoactivos y muestra el interés de los jueces, al menos en los casos citados, de impartir justicia dentro de un mundo nuevo para muchos, como lo son los criptoactivos.

2.6. ASPECTOS A CONSIDERAR DENTRO DEL CONTRATO DE GARANTÍA MOBILIARIA SOBRE CRIPTOACTIVOS

La precisión en los aspectos que se pacten en el contrato por las partes, a nuestro juicio, permitirá trazar un mejor camino en el evento en que se haga necesario iniciar la ejecución del contrato de garantía mobiliaria y solventar situaciones anticipándose a escenarios en donde lo que se quiere es que se resuelva conforme a lo pactado por las partes, por supuesto dentro del marco normativo; es por ello que queremos plantear a continuación algunos aspectos a considerar a la hora de redactar el contrato de garantía mobiliaria sobre criptoactivos.

Sea que tengamos un contrato convencional, o si este es llevado a un contrato inteligente, en la cláusula relacionada al objeto se recomienda que se señale que se constituye de manera irrevocable y en favor del acreedor garantizado sobre los criptoactivos del deudor garante pudiendo ser a su vez sobre los derechos económicos que tenga el deudor garante sobre estos, más sus bienes derivados y atribuibles, derivados de la relación negocial entre este y la plataforma de transacción de criptoactivos. De esta manera nos estamos anticipando a que si el bien en sí mismo es transformado, el producto de este sea también parte de la garantía del acreedor.

En el instante en que dicho contrato se celebre, la instrucción irrevocable por parte del deudor a la plataforma de intercambio de criptoactivos –*exchange*– debe ser una notificación inmediata para que le sea vinculante, de tal suerte que ante la declaratoria de incumplimiento entre el deudor garante y su acreedor garantizado, este último de aviso a la plataforma de intercambio de criptoactivos bajo el procedimiento antes señalado, y este, a su vez proceda a ejecutar las instrucciones que inicialmente se le impartieron y que en principio deben responder a suspender la transaccionalidad de los criptoactivos en favor del deudor garantizado o por instrucción de este, hasta la puesta a disposición del acreedor garantizado de los criptoactivos disponibles. De no pactarse la suspensión de la transaccionalidad entre las partes, se puede dar cabida a que el deudor diluya la garantía del acreedor.

Otro aspecto que pueden pactar las partes es el sistema de valoración de los criptoactivos y el valor de su recibo; para el efecto es preciso señalar que la LGM, ante la ausencia de dicho pacto entre las partes, señala que se escogerá un perito por sorteo de la lista que disponga la Superintendencia de Sociedades (art. 60) quien será el encargado de pronunciarse sobre el valor de los bienes. En aras de evitar tal situación, recomendamos que desde el contrato se pacte entre las partes el sistema de valoración y el valor de su recibo.

Para desarrollar este punto, conviene recordar que el pacto comisorio es una figura aceptada por la LGM, institución por la cual se permite que el acreedor, ante un incumplimiento por parte de su deudor, se pague la obligación apropiando el bien para lo cual se hace necesario que se pacte de manera previa su valoración so pena de que se valore por perito, como ya se ha indicado. Sin embargo, tal apropiación también puede ir en detrimento del acreedor, quien puede sufrir un menoscabo en sus intereses al recibir un activo cuyo valor le cause un empobrecimiento, razón por la que adquiere real importancia su valoración y máxime en criptoactivos como se propone en esta investigación y entendiendo que dichos activos se han caracterizado por su alta volatilidad y especulación de su valor en el mercado. Al respecto, como ya se ha señalado, algunos criptoactivos pueden tener un marco de referencia sobre su valor y son más estables como las monedas estables (*stablecoins*); en otros casos, su valor no se encuentra atado a otro bien o moneda, por lo que su valor lo regula la fluctuación o cotización, para citar el bitcoin.

Planteamos que en materia de valoración de criptoactivos las partes pacten que el acreedor los reciba a un porcentaje, por ejemplo al 60% de su valor cotizado al cierre del día. Esto le permitirá eventualmente al acreedor tener un margen ante la posible reventa de los criptoactivos y además ejecutar otras posibles garantías con que cuente en su favor y a cargo del deudor. ¿Porque no señalar el valor de mercado? Justamente por la alta fluctuación de su valor, al menos por ahora mientras los criptoactivos tengan ese dinamismo en el mercado, cuando sean más estables podrá pactarse de manera diferente el porcentaje, porque el porcentaje de su recibo es un supuesto y

serán las partes las que determinen en cada relación comercial si se dará tal castigo no a su precio.

Aceptar los criptoactivos como una garantía obedece a una evaluación de riesgo por parte del acreedor, quien finalmente deberá determinar si cuenta o no con un mercado secundario para su venta. Bonilla ya lo advertía al señalar que el aumento de la aceptación de nuevos bienes como garantía depende de que en la práctica se logren mecanismos de liquidez, y como el mercado mismo lo regula, por lo que será el acreedor quien en su evaluación de riesgo reciba estos bienes y a su cargo está el interés de desarrollar mecanismos de valoración, para aquellos bienes sin un mercado secundario líquido. Pues bien, a esta postura señalamos que si bien los criptoactivos son volátiles, se mantiene su mercado de negociabilidad, por lo que pactar su valor al precio de su cotización al día del inicio de la ejecución puede ser una manera de valorarla, las partes pactarán en su contrato si hay un porcentaje inferior a este valor por el cual el acreedor acepte recibirla, será la evaluación del acreedor de aceptar o no a los criptoactivos como una garantía. Pero la valoración y porcentaje de recibo que planteamos a nuestro juicio le permitirá al acreedor tener un margen ante la posible reventa de los criptoactivos y además ejecutar otras posibles garantías con que cuente en su favor y a cargo del deudor.

2.7. ANÁLISIS DE LOS MECANISMOS DE EJECUCIÓN DE GARANTÍA MOBILIARIA SOBRE CRIPTOACTIVOS

Abordando ahora la ejecutabilidad de la garantía mobiliaria sobre criptoactivos, es necesario analizar cada uno de los mecanismos contemplados en la Ley de Garantías Mobiliarias (LGM) y evaluar su viabilidad en este contexto particular.

1. Pago directo: las partes deben pactar que el acreedor garantizado pueda, en el evento de incumplimiento de las obligaciones que dieron origen al contrato de garantía mobiliaria sobre los derechos económicos, ejecutar por este mecanismo de pago directo de conformidad con lo previsto en el artículo 60 de la Ley de Garantías Mobiliarias. Para ello, proponemos que se pacte en el contrato que luego de agotar la inscripción del formulario de ejecución en el Registro de Garantías Mobiliarias se proceda a notificar al proveedor de servicios de criptoactivos (el *exchange*) informando sobre el incumplimiento y, ante esta notificación, no se requerirá la autorización del deudor garante, escenario en el cual una vez notificado al proveedor de servicios de criptoactivos, el acreedor garantizado será en adelante el titular de los derechos económicos y de sus bienes derivados y atribuibles, por lo que a partir de ese momento el proveedor de servicios de criptoactivos deberá realizar el pago directamente al acreedor garantizado.

Así las cosas, bajo este mecanismo de ejecución, la LGM permite que el acreedor garantizado para pagarse con el bien y si además se pactó que la garantía se extiende a sus bienes derivados y atribuibles, tal apropiación del bien comprenderá incluso la transformación del criptoactivo inicial. Creemos que este mecanismo de ejecución es el más rápido y eficiente para el tipo de activos que estamos analizando y que serán los que permitan apropiarse con inmediatez para el pago y/o abono de las obligaciones; sin embargo, será al arbitrio del acreedor elegir el mecanismo que va a usar en un eventual incumplimiento. Nuestra recomendación es que en el contrato se dejen señalados los tres mecanismos de ejecución como formas de pacto entre las partes para su ejecución, y sea según el caso, y a evaluación del acreedor, el que vaya a usar.

2. Ejecución especial de la garantía: el art. 62^[43] de la LGM señala los casos en que podrá darse aplicación a este mecanismo. En nuestra opinión, para los criptoactivos en la manera en que hemos expuesto, les aplica el número primero, que a su tenor reza: "Por mutuo acuerdo entre el acreedor y el garante contenido en el contrato de garantía, en sus modificaciones o en acuerdos posteriores. Dicho acuerdo podrá incluir un mecanismo especial para llevar a cabo la enajenación o apropiación por el acreedor del bien sobre el cual recae la garantía, para lo cual se deberá cumplir con las disposiciones relativas a los contratos de adhesión y cláusulas abusivas contenidas en el Estatuto del Consumidor".

Algunas consideraciones adicionales que pueden incluirse en el contrato de Garantía Mobiliaria para este mecanismo son: las partes deberían pactar el domicilio de la Cámara de Comercio que escogerán si el acreedor garantizado opta por este mecanismo de ejecución, pudiendo ser el del domicilio contractual y de manera subsidiaria, la notaría. En atención a la posibilidad de pactar en el contrato la enajenación de los bienes⁴⁴,

- 43 Artículo 62: La ejecución especial de las garantías mobiliarias procederá en cualquiera de los siguientes casos:

1. Por mutuo acuerdo entre el acreedor y el garante contenido en el contrato de garantía, en sus modificaciones o en acuerdos posteriores. Dicho acuerdo podrá incluir un mecanismo especial para llevar a cabo la enajenación o apropiación por el acreedor del bien sobre el cual recae la garantía, para lo cual se deberá cumplir con las disposiciones relativas a los contratos de adhesión y cláusulas abusivas contenidas en el Estatuto del Consumidor.
2. Cuando el acreedor garantizado sea tenedor del bien dado en garantía.
3. Cuando el acreedor tenga derecho legal de retención del bien.
4. Cuando el bien tenga un valor inferior a los veinte (20) salarios mínimos legales mensuales.
5. Cuando se cumpla un plazo o una condición resolutoria de una obligación, siempre que expresamente se haya previsto la posibilidad de la ejecución especial.
6. Cuando el bien sea perecedero.

- 44 Decreto 1835 de 20115. Artículo 2.2.2.4.2.17. Enajenación. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 62 y el artículo 71 de la Ley 1676 de 2013, el acreedor garantizado y el deudor garante podrán pactar en el contrato de garantía, en sus modificaciones o en acuerdos posteriores, un procedimiento especial de enajenación. En su defecto se aplicará el procedimiento de enajenación previsto en el artículo 69 de la mencionada ley (...).

proponemos que el deudor garante y el acreedor puedan pactar que ante el evento de incumplimiento se le faculte a la billetera (*exchange*) para que dé inicio al mecanismo de enajenación plateado por las partes, de manera tal que ante el solo aviso por parte del acreedor a la billetera, esta salga a la venta de los criptoactivos por el plazo que se haya pactado en el contrato, de suerte que con la venta a la tasa de mercado, se traduzca en dinero que permita pagar las obligaciones de que son objeto el contrato de garantía mobiliaria y que se encuentran incumplidas por parte del deudor. Consideramos prudente señalar en el contrato de garantía mobiliaria que si el acreedor opta por el uso de este mecanismo y la billetera se rehúsa a hacer los pagos o traslados al acreedor de los criptoactivos, quede este último facultado para solicitar al juez la orden dirigida al proveedor de servicios de criptoactivos para la entrega inmediata de los criptoactivos en favor del acreedor garantizado.

Creemos que este mecanismo de ejecución por la naturaleza de los bienes en que recae, pero en especial por la rapidez que el mecanismo anterior ofrece (el de pago directo), resulta tardío, de modo que no sería un mecanismo que le permita al acreedor pagarse y antes bien al dar aviso del inicio de su ejecución y mientras el juez se pronuncia y acciona las actividades a su cargo, puede dar pie para que el deudor dé inicio a acciones defraudatorias trasladando o enajenando los criptoactivos y dejando al acreedor sin su garantía.

Ejecución Judicial: al igual que el mecanismo anterior, optar por este mecanismo puede poner en riesgo la garantía del acreedor y ser un mecanismo que en su ejecución llegue tarde⁴⁵ a la materialización del traslado de los criptoactivos en favor del acreedor o su posible venta a un tercero que permita suponer el pago como abono de las obligaciones a cargo del deudor y en favor del acreedor garantizado, por cuanto los tiempos que toman los jueces y la celeridad con que se pueden transferir los criptoactivos hacen que el accionar de la justicia sea lento, respecto de la rapidez que se requiere para esta naturaleza de activos. Sin embargo, en lo que sí puede llegar eventualmente a tener participación el rol del juez es ante la necesidad de solicitar como medida cautelar el embargo de derechos en criptoactivos a cargo de un titular, de la misma manera como se mencionó ocurrió en Estados Unidos y Argentina.

Otra alternativa que puede evaluarse ante la posibilidad de considerar los criptoactivos como garantía mobiliaria además de lo ya mencionado, es

45 No obstante, es posible revisar frente al mecanismo de ejecución especial de la garantía y pago directo la viabilidad de la solicitud del decreto de una medida cautelar dentro del trámite de una prueba extraprocesal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 589 del Código General del Proceso. Esto, de encontrarse necesaria la práctica de pruebas en relación con la obligación garantizada previo a la ejecución de la garantía mobiliaria.

de manera residual ante la admisión a concurso del deudor, lograr una mejor prelación. Por supuesto no será una ventaja significativa, pero puede ser un escenario para revisar que puede ser materia de trabajo de otra investigación.

Algunos temores relacionados con los criptoactivos están estrechamente relacionados con el acceso a las claves y la negativa del deudor a dar acceso a las mismas. Al respecto, Sicard⁴⁶ plantea una alternativa para el acceso a las claves que no dista de nuestra propuesta, sugiere la entrega de credenciales de acceso a un ente ajeno a las partes de la operación negocial y propone a las Cámaras de Comercio en su calidad de tercero calificado en salvaguardar la información de modo que ante el eventual incumplimiento y a requerimiento del juez del concurso pueda la Cámara de Comercio poner a disposición y de conformidad con la suerte del proceso.

Nuestro planteamiento propone que el mismo prestador de servicio de criptoactivos, quien además deberá cumplir los requisitos de registro y autorización para operar en el territorio colombiano conforme lo señale la ley de criptoactivos colombiana, tenga el atributo de atender la instrucción que previamente han pactado acreedor y deudor.

Recordemos que de manera previa mencionamos esta relación tripartita y que no escapa a circunstancias que existen en el mundo cripto. Hoy en día, se prestan servicios digitales en donde las plataformas permiten que los criptoactivos sean la garantía ante el impago por los servicios prestados, lo que supone la aceptación previa del usuario a que sus criptoactivos sean garantía de pago en el instante en que acepta los términos y condiciones. Nuestra propuesta plantea que en ese primer momento contractual se introduzca el clausulado de la LGM y permitir dotar a esta operación y a estos bienes, los criptoactivos la opción de ser una garantía mobiliaria. Nuestra propuesta además señala que puede darse una situación en la cual ya no solo se trata de una relación bilateral, el usuario y la plataforma prestadora de servicios de criptoactivos, esta última en la que además concluye su condición de acreedora, que es de la manera como se viene operando en el mercado digital, sino introducir un tercer actor, el acreedor, quien por una relación distinta acepta como garantía los criptoactivos y que haciéndose partícipes los tres del contrato de garantía mobiliaria se obligan a ejecutarlo conforme los hayan acordados las partes. De esta manera, el prestador de servicios de criptoactivos se obliga a la notificación del acreedor del incumplimiento a bloquear la transaccionabilidad de los criptoactivos y atenerse a lo regulado en el contrato.

Comprendemos que la naturaleza misma de los criptoactivos es eliminar la intermediación y permitir que el usuario maneje sus bienes; es por ello

46 J. Sicard, "Criptoactivos como mecanismo defraudatorio de los acreedores en el proceso de liquidación judicial. Una proposición normativa", en *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 22, no 1, (2023), p. 140.

que vemos necesaria en la construcción de contrato de garantía mobiliaria la participación de manera tripartita del prestador de servicios de criptoactivos, el acreedor y el deudor. Vemos necesario que desde la originación del acuerdo, se pacte que pese a la preservación de las claves del deudor a su billetera, éste autorice de manera irrevocable que ante el aviso de un incumplimiento dicha billetera sea bloqueada, permitiéndole legalmente al prestador de servicios acatar la instrucción contenida en el contrato y ejecutar conforme han pactado las partes. De esta manera, no se está violando los derechos del deudor por qué obedece a su voluntad por cuanto desde el inicio autorizó con su instrucción irrevocable.

2.8. APOORTE DE LAS ENTREVISTAS APLICADAS A ESTA INVESTIGACIÓN

Para el desarrollo de esta investigación, se aplicó una entrevista a una persona vinculada a Confecámaras, la cual fue atendida por la Gerencia de Registro. El detalle de la entrevista obra en anexo 1 en la que se buscó encontrar información de valor para esta investigación.

Según los registros de Confecámaras, al corte del cierre del mes de agosto de 2022 no existe registro de garantía mobiliaria que recaiga sobre un criptoactivo o criptomoneda. Sin perjuicio de que sobre estos activos se encuentre limitación para su registro, a la fecha no ha habido ninguna iniciativa para el registro de estos bienes.

Para Confecámaras es importante considerar los criterios de admisibilidad e idoneidad de la garantía, así como aplicar los criterios dados por la Circular Básica Contable y Financiera y la Circular 32 de 2015 de la Superintendencia Financiera en materia de valorable, liquidable y recuperable, aspectos que le son aplicables a los acreedores con entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera.

Al respecto, estas circulares explican los criterios a considerar de una garantía en materia de su valor y eficacia, así:

- Valoración de garantías: teniendo en cuenta que estamos hablando de criptoactivos, el mecanismo de valoración que podría ajustarse es el relacionado a aquellos derechos que recaen sobre contratos (numeral 6 del capítulo II). En estos eventos, el mecanismo corresponde al registrado en los estados financieros del deudor en el momento del otorgamiento del crédito y ante la ausencia de este factor de evaluación podría aplicarse el numeral 7 del capítulo II de la circular, en el cual el mecanismo de valoración es por avalúo técnico.
- Idoneidad de las garantías: la idoneidad está dada por la seguridad para su perfeccionamiento, cuyo valor pueda establecerse con criterios técnicos y objetivos, que permita jurídicamente un eficaz pago de la obligación

garantizada y la posibilidad de que su realización sea razonablemente adecuada. La posibilidad de realización se evalúa bajo los factores de naturaleza, valor, cobertura y liquidez de las garantías.

Por parte del equipo de riesgo de expertos en administración de riesgo de crédito del Banco Davivienda que fueron objeto de entrevista, para el análisis de este problema de investigación concluyen que es necesaria la regulación de las criptomonedas y que, si bien son el futuro, terminan siendo un bien líquido con bastante incertidumbre.

Para estos expertos, salir del esquema tradicional de banca para llevarla al mundo del metaverso resulta un desafío y realizan algunas advertencias dentro del tema de los criptoactivos. Estas son: 1) considerar admisible una garantía de este naturaleza ante la posibilidad de anonimato que puede llegar a dar dentro de la *blockchain*; 2) tratar de encajar en la ecuación, cuando lo que se busca con las criptomonedas es justamente hacer desaparecer el Banco como intermediario, y 3) acelerar las transacciones con contratos inteligentes y hacer ejecuciones *online* ante un eventual incumplimiento. Para este equipo, las criptomonedas y los criptoactivos son un negocio que está creciendo exponencialmente y que en un término de no más 10 años posiblemente se conozca una mejor manera de coexistir y hacerlo parte del ecosistema de la banca o, quizás, ver "cómo transformamos la banca para que quepan ese tipos de activos", lo que es igual a llevar a la banca al metaverso, dado que el mundo cripto es un propio ecosistema que está creciendo y probablemente no se adapte a la banca tradicional. Entonces, le corresponde es a la banca transformarse para ganar un lugar en ese nuevo mundo. Estos son algunos de los riesgos que *a priori* advierten deben considerarse para ser mitigados, pero muchos de ellos con regulación, pueden dar el grado de certidumbre de conquistar este nuevo territorio.

Partiendo del pronunciamiento de Confecámaras frente a la valoración de las garantías a la luz de la Circular Básica Contable y Financiera de la Superintendencia Financiera en materia de valoración de garantías, al indagar con el equipo de expertos encuestados del Banco Davivienda estos concluyeron que el regulador es muy claro en definir una garantía idónea, por lo que salvo que el regulador se pronunciara respecto a los criptoactivos, por lo pronto, en un escenario conservador, estarían en el renglón de otras garantías idóneas y en términos de calificación de Pérdida dado el Incumplimiento (PDI), la calificación y/o provisión, que será la que determine el regulado

CONCLUSIONES

La postura de los pronunciamientos hasta hoy emitidos en Colombia en materia de criptoactivos lleva a concluir que no son una moneda de curso legal, por lo que no es obligatorio su admisión con un medio de pago, no son

activos financieros y a las entidades financieras y bancos les está prohibido llevar a cabo operaciones con criptoactivos, salvo la excepción del ejercicio de prueba La Arenera adelantado por la Superintendencia Financiera. Tampoco son una divisa y, en tal sentido, tampoco es posible que sean usadas en el mercado de valores para su transacción. Sin embargo, sí son bienes de naturaleza inmaterial, susceptible de ser valorados.

Los países enfrentan un gran desafío en materia de regulación para mitigar el riesgo de lavado de activos, eliminar el anonimato de las transacciones, tolerar la volatilidad y dar un marco general de uso en cada territorio. El *Markets in Crypto-assets Regulation* – MiCA es el más reciente reglamento en materia de criptoactivos que ha tratado de abordar los diferentes frentes en relación con los criptoactivos en la Unión Europea. En su compilado normativo, ha definido los tipos de criptoactivos, los requisitos de quienes quieran operar en el territorio como prestador de servicios de criptoactivos y sus obligaciones derivadas de la prestación de tales servicios. Dentro de las obligaciones a su cargo se encuentran: la educación financiera, el estudio del cliente y un libro blanco que será las veces de libro de registro de transacciones. Su entrada en vigencia en el año 2024 será un referente a nivel mundial. Colombia, por su parte, ha llevado al Congreso de la República en cuatro oportunidades sendos proyectos de ley para reglamentar el mercado de criptoactivos en Colombia, lo cual es necesario e indispensable para imprimirle certidumbre al mercado, incentivar el uso de esta tecnología y lograr con la colaboración de los prestadores de servicios de criptoactivos (*exchanges*) y demás países vía colaboración, el intercambio de información con la correspondiente protección de los datos personales que permitan a los estados combatir el lavado de activos.

La tecnología *blockchain*, base de los criptoactivos, ofrece seguridad, pero aún existe el riesgo de ciberataques. Por ello, la propuesta de MiCA de imputar responsabilidad civil a los prestadores de servicios tecnológicos por deficientes medidas de seguridad es una promesa de valor que tranquiliza e incentiva la inversión en estos mercados.

Considerar a los criptoactivos como una garantía mobiliaria desde el punto de vista de definición de bienes sobre los que puede recaer como lo define la Ley 1676 de 2013 es una alternativa. Sin embargo, los retos derivados de su valoración y su ejecución son un desafío. Desde el punto de vista de su valoración puede ser una realidad respecto de las monedas estables – *stablecoins*, por cuanto su valoración es menos volátil y su patrón de referencia está atada a otro valor o derecho, como por ejemplo el dinero o metales como el oro, sin que ello no obste para que pueda evaluarse respecto a los demás criptoactivos, para lo cual la recomendación es que el acreedor financiero pacte un porcentaje de recibo inferior, pudiendo ser el 60% del valor al día de su ejecución.

Ahora, frente al tema de la ejecución de la garantía mobiliaria, hay dos posibles maneras de hacerlo. Una es la que ya está en uso de alguna manera a través de las finanzas descentralizadas en las que el titular del criptoactivo puede recibir bienes y servicios a cambio de garantizar su pago con sus criptoactivos, con lo cual, ante el incumplimiento, se ejecuta a través de los contratos inteligentes la apropiación o débito correspondiente. Ante esta situación, algunas reflexiones pueden ser las siguientes: de cara a las entidades financieras, es un mercado en el cual pueden a su vez competir, pero se requiere que el regulador así los autorice. Hasta el momento, los conceptos emitidos por la Superintendencia Financiera y el Banco de la República limitan a las entidades a llevar a cabo operaciones con criptoactivos; la tecnología de nuevo demuestra su velocidad relegando al jurídico y la normatividad.

Una alternativa para la constitución de garantías mobiliarias sobre criptoactivos es la figura tripartita. En este esquema, el acreedor garantizado, el deudor garante y el proveedor de servicios de criptoactivos se involucran en un acuerdo. El deudor garante instruye irrevocablemente al proveedor de servicios de criptoactivos para que, en caso de incumplimiento, ejecute la orden dada por el deudor a favor del acreedor garantizado, previa notificación de este último.

Los criptoactivos en las diferentes plataformas bajan las barreras de entrada y es una alternativa para apalancamiento financiero, adoptarlos como una garantía mobiliaria es un *plus* que permitirá dinamizar un pequeño porcentaje de la economía.

Los resultados de la investigación indican que los criptoactivos no son moneda de curso legal en Colombia, pero sí son bienes inmateriales susceptibles de ser valorados. La propuesta de considerarlos como garantía mobiliaria presenta desafíos legales y prácticos, como la ejecución de la garantía y la trazabilidad de los criptoactivos. Se requieren investigaciones adicionales para profundizar en estos aspectos y determinar la viabilidad de esta propuesta en el contexto colombiano.

BIBLIOGRAFÍA

Avance Jurídico Casa Editorial Ltda. *Compilación jurídica de la DIAN – Concepto 18075 de 2023 DIAN*. © Avance Jurídico Casa Editorial Ltda., Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN. 2023 https://normograma.dian.gov.co/dian/compilacion/docs/oficio_dian_18075_2023.htm#NF2

Ayala Aristizábal, Álvaro. "Naturaleza jurídica de las criptomonedas a la luz de los pronunciamientos de *soft law* en Colombia". *Revista Jurídica Piélagus*, 20(1). (2021). DOI: doi.org/10.25054/16576799.2822

Banco de la República *Concepto de la Secretaría de la Junta Directiva C20-162943* (2022). Diciembre 28.) <https://www.banrep.gov.co/es/c20-162943>

- Banco de la República *Concepto de la Secretaría de la Junta Directiva JDS-20348*. (s. f.). <https://www.banrep.gov.co/es/banco/junta-directiva/conceptos/jds-20348>
- BBC News Mundo. *Bitcoin en El Salvador: qué busca la inédita y controvertida ley que redobla la apuesta de Bukele por las criptomonedas* (enero 19 2023). <https://www.bbc.com/mundo/noticias-64253175>
- Bonilla, Fernando. "El equilibrio contractual en la relación de las garantías mobiliarias: a propósito de la Ley 1676 de 2013". *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 13, no 2, julio-diciembre, 2014, pp. 131-160.
- Carvajal, R. H. *Bienes* (Sexta Edición). Editorial Temis S.A. 2024 <https://acrobat.adobe.com/id/urn:aaid:sc:VA6C2:17e7e03f-24dd-44f7-8ac6-fa20e9a8a96a>
- Castelblanco, A. C. "Constitución de Garantías mobiliarias sobre Criptomonedas". *Revista Nueva Época*, (59), (2022): 9-33. DOI: 10.18041/0124-0013/nuevaepoca.59.2023.11635
- Compilación jurídica de la DIAN – *Oficio 20436 de 2017 DIAN*. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN. 2017 https://normograma.dian.gov.co/dian/compilacion/docs/oficio_dian_20436_2017.htm
- Consejo Técnico de la Contaduría Pública CTCP. *Concepto 2018-472*. (28 de mayo de 2018). <https://www.superfinanciera.gov.co/loader.php?lServicio=Tools2&lTipo=descargas&lFuncion=descargar&idFile=1054773>
- Correa, Alexander. (2011, octubre). *Estudio Económico "Las garantías mobiliarias en la promoción de la competencia y el acceso al crédito en Colombia"*. Superintendencia de Industria y Comercio. 2011. <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Informe%20Acceso%20Credito.pdf>
- De Derecho de los Negocios. "La obligación dineraria y las criptomonedas como instrumento sustitutivo de pago". *Blog de Derecho de los Negocios*. 2018. <https://dernegocios.uexternado.edu.co/negociacion/la-obligacion-dineraria-y-las-criptomonedas-como-instrumento-sustitutivo-de-pago/>
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN. *Oficio 314 | CIJUF*. (2018, 7 marzo). <https://cijuf.org.co/normatividad/oficio/2018/oficio-314.html>
- Forbes México. *Adopción global de criptomonedas aumenta 881%*. Forbes México. 2021. <https://www.forbes.com.mx/adopcion-global-de-la-criptomonedas-aumenta-881>
- García Ramos Lucero, Miguel Ángel; Rejas Muslera, Ricardo. "Análisis del desarrollo normativo de las criptomonedas en las principales jurisdicciones: Europa, Estados Unidos y Japón". *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 2022, n.º 35, pp. 1-13, DOI: doi.org/10.7238/idp.v0i35.391466.

Godoi, G. Satoshi Nakamoto. "El enigma de Bitcoin y el impacto de revelar su identidad". *Cointelegraph*. 2024. <https://es.cointelegraph.com/news/satoshi-nakamoto-the-enigma-of-bitcoin-and-the-impact-of-revealing-his-identity>

Henao, D. A. O. "Conozca cómo va el proceso y los avances de regulación del activo, *bitcoin* en el país". *La República*. 2024. <https://www.larepublica.co/especiales/el-ano-del-bitcoin/como-va-el-proceso-de-regulacion-del-bitcoin-en-colombia-3779034#:~:text=En%20Colombia%20se%20han%20pasado,de%202023%20en%20el%20Congreso>

Henao, D. A. O. "CryptoMarket dice que 15% de los colombianos utiliza divisas digitales para transacciones". *La República*. 2024. <https://www.larepublica.co/internet-economy/uso-de-divisas-digitales-de-los-colombianos-3798816#:~:text=Colombia%20es%20el%20tercer%20pa%C3%ADs,Am%C3%A9rica%20Latina%20despu%C3%A9s%20de%20Venezuela>

Hernández Correa, G. *Cinco temas de discusión en torno a los criptoactivos*. CLEC VI. Congreso Latinoamericano de Economía y Banca Quito, Ecuador. 2016. https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/ghernandez_criptoactivos_09_2018.pdf

La Moncloa. *España adelanta la aplicación del primer Reglamento del mundo sobre el mercado de criptoactivos*. 2023 <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/asuntos-economicos/Paginas/2023/261023-reglamento-europeo-mercado-criptoactivos.aspx#:~:text=El%20Reglamento%20MiCA%20es%20la,proveedores%20de%20servicios%20de%20criptoactivos>.

Lozano Parra, J. S. *Acerca del decreto de medidas cautelares a las carteras virtuales y NFTs: nuevas situaciones jurídico-procesales*. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 2022, <https://icdp.org.co/acerca-del-decreto-de-medidas-cautelares-a-las-carteras-virtuales-y-nfts-nuevas-situaciones-juridico-procesales/>

Martínez Molano, V. y Prada Gómez, M. J. (s. f.). "Panorama Jurídico y Económico de los criptoactivos en Colombia". *Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 373 (Enero-Junio de 2021). <https://urosario.edu.co/sites/default/files/2023-11/tic-tank-articulo-panorama-juridico-economico-criptoactivos-colombia.pdf>

Ochoa Carvajal, R. H. (2006). *Bienes*. Temis. 2006: 5-8. <https://acrobat.adobe.com/id/urn:aaid:sc:VA6C2:17e7e03f-24dd-44f7-8ac6-fa20e9a8a96a?viewer%21megaVerb=group-discover>

Padilla, J. A. S. (2024). "Principios y recomendaciones de regulación de criptoactivos: propuesta para el caso colombiano". *Revista E-mercatoria*, 23(2), (2024):139-173. <https://doi.org/10.18601/16923960.v23n2.04>

Portafolio. "Colombia, una de las naciones donde más se negocia bitcoin. Portafolio. co. 2021 <http://www.portafolio.co/economia/finanzas/bitcoin-en-colombia-una-de-las-naciones-donde-mas-se-negocia-la-criptomoneda-549372>

Proyecto de ley N° 028, 2018 *"Por el cual se regula el uso de las monedas virtuales o criptomonedas y las formas de transacción con éstas en el territorio de Colombia y se dictan otras disposiciones"*. Leyes Senado. 2018 <https://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/cuatrenio-2018-2022/2018-2019/article/28-por-el-cual-se-regula-el-uso-de-las-monedas-virtuales-o-criptomonedas-y-las-formas-de-transaccion-con-estas-en-el-territorio-de-colombia-y-se-dictan-ot>

Proyecto de ley N° 097, 2019 *"Por la cual se regulan los Servicios de Intercambio de Criptoactivos ofrecidos a través de las Plataformas de Intercambio de Criptoactivos"*. Leyes Senado. 2019. <https://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/cuatrenio-2018-2022/2018-2019/article/269-por-la-cual-se-regulan-los-servicios-de-intercambio-de-criptoactivos-ofrecidos-a-traves-de-las-plataformas-de-intercambio-de-criptoactivos>.

Proyecto de ley N° 267, 2022 *"Por el cual se regula el uso de las monedas virtuales o criptomonedas y las formas de transacción con éstas en el territorio de Colombia y se dictan otras disposiciones"*. Leyes Senado. 2022 <https://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/cuatrenio-2022-2026/2022-2023/article/282-por-la-cual-se-regulan-los-servicios-de-intercambio-de-criptoactivos-ofrecidos-a-traves-de-las-plataformas-de-intercambio-de-criptoactivos>

Proyecto de ley N° 268, 2019 *"Por la cual se regulan los Servicios de Intercambio de Criptoactivos ofrecidos a través de las Plataformas de Intercambio de Criptoactivos"*. Leyes Senado. 2019. <https://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/cuatrenio-2018-2022/2018-2019/article/269-por-la-cual-se-regulan-los-servicios-de-intercambio-de-criptoactivos-ofrecidos-a-traves-de-las-plataformas-de-intercambio-de-criptoactivos>

Remolina, N., & Gurrea Martínez, A. *Fintech, Regtech y Legaltech: Fundamentos y desafíos regulatorios*. Tirant lo blanch. 2022.

Romero, Carlos. *Diferencias entre dinero digital, dinero virtual y criptomonedas*. Fintechgración. 2024 <https://www.fintechgracion.com/2018/04/diferencias-dinero-digital-dinero-virtual-criptomonedas/#:~:text=Las%20criptomonedas%20son%20una%20forma,lo%20est%C3%A1n%20las%20monedas%20virtuales>.

Sicard, J. "Criptoactivos como mecanismo defraudatorio de los acreedores en el proceso de liquidación judicial. Una proposición normativa". *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 22, no 1, (2023): 115-150.

Superintendencia de Sociedades. *Oficio 100-237890 Asunto: Criptoactivos - Su utilización en actos de comercio - Aporte en Especie*. (2020, diciembre 14) <https://www>.

supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_100-237890_DE_2020.pdf

Superintendencia de Sociedades. *Oficio 220-196196 Asunto: Los Criptoactivos no pueden ser objeto de aporte en sociedades*. (2020, septiembre 30) https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-196196_DE_2020.pdf

Superintendencia Financiera de Colombia. *Carta Circular 78 de 2016*. Nueva Legislación. (2021, noviembre 16). http://www.nuevaleislacion.com/files/susc/cdj/conc/ccirc_sf_78_16.pdf

Superintendencia Financiera de Colombia. *Circular Externa 032 de 2015*. Departamento de Derecho Financiero y Bursátil. (2015, septiembre 24). <https://observatorio-financieroybursatil.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/7/2020/12/Circular-externa-032-Superfinanciera-.pdf>

Valencia Marín, F. D. V. "Panorama actual del bitcoin. Una descripción práctica y jurídica de las criptomonedas en Colombia y Ecuador". *Foro, Revista de Derecho/FORO, Revista de Derecho*, 49-71. (2021) <https://doi.org/10.32719/26312484.2021.36.3>

Vardai, Z. "El Salvador lanza sitio web de monitoreo de tesorería de bitcoin". *Cointelegraph*. 2024. <https://es.cointelegraph.com/news/el-salvador-bitcoin-treasury-website>

Villanueva, A. (2024, 7 mayo). *¿Qué son los activos digitales? Tipos y ejemplos*. Finect. Recuperado de <https://www.finect.com/usuario/avillanuevae/articulos/que-son-los-activos-digitales>

Villanueva, E. F. *Alcance de la Denominación de la Garantía Mobiliaria como Contrato Principal*. 2002 <http://hdl.handle.net/11634/47435Ocho>

Zambrano Sánchez, J.; Yepes Ruiz, S.; Osorio Marín, S. A.; López Pérez, M. C.; Rodríguez Arredondo, C. C.; Carazo Parra, D. F. y López Montoya, J. D. "Aspectos tributarios de las transacciones en criptomonedas: el caso de los bitcoins". *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, 80 (43), 28. 2019.