



Revista de derecho fiscal

ISSN: 1692-6722

ISSN: 2346-2434

Universidad Externado de Colombia

Ojeda Pinto, Yoner

Regulación jurídica y tributaria de los *security tokens*: una tarea pendiente

Revista de derecho fiscal, núm. 23, 2023, Julio-Diciembre, pp. 7-21

Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/16926722.n23.01>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=684375932002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org



Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto



Regulación jurídica y tributaria de los *security tokens*: una tarea pendiente

Legal and Tax Regulation of Security Tokens: An Outstanding Assignment

Regulação Legal e Fiscal dos Security Tokens: Uma Tarefa Pendente

YONER OJEDA PINTO*

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Máster *Cum Laude* de la Universidad de Lausana y candidato a doctor en Derecho de esa misma institución. Actualmente, se desempeña como docente investigador de la Universidad Externado de Colombia. yonerojeda@gmail.com
DOI: <https://doi.org/10.18601/16926722.n23.01>

Resumen

Los *security tokens* son un activo digital emergente en los mercados financieros a los que, a pesar de sus características descentralizadas, se les está aplicando el mismo marco legal y tributario que a los valores tradicionales por parte de los Gobiernos. La falta de regulaciones específicas y adaptadas a su naturaleza podría plantear dificultades significativas en el seguimiento y verificación de estos activos, lo que aumenta el riesgo de evasión fiscal y clasificación inadecuada de los ingresos obtenidos.

Palabras clave: tributación de criptoactivos, *security tokens*, *tokens* de utilidad, *treaty shopping*, tributación internacional.

Abstract

Security tokens are an emerging digital asset in financial markets that, despite their decentralized nature, are being subjected to the same legal and tax framework as traditional securities by governments. The lack of specific and adapted regulations for their nature could pose significant challenges in the tracking and verification of these assets, increasing the risk of tax evasion and misclassification of income.

Keywords: Cryptocurrency taxation, security tokens, utility tokens, treaty shopping, international taxation.

Resumo

Os tokens de segurança são um ativo digital emergente nos mercados financeiros que, a pesar de suas características descentralizadas estão sendo aplicados pela mesma estrutura legal e tributária dos títulos tradicionais pelos governos. A inexistência de regulamentação específica adaptada à sua natureza pode colocar dificuldades significativas no acompanhamento e verificação destes bens, o que aumenta o risco de evasão fiscal e classificação inadequada dos rendimentos obtidos.

Palavras-chave: tributação das criptomonedas, *security tokens*, *tokens* de utilidade, *treaty shopping*, tributação internacional.

Introducción

El actual siglo ha estado marcado por una revolución tecnológica, en la que muchas de las actividades que originalmente requerían activos físicos han sido reemplazados por activos virtuales. En la última década, el mercado de valores ha pasado de estar concentrado en Wall Street a ser operado a través de dispositivos electrónicos en todo el mundo. A su

vez, algunos activos han comenzado a reemplazar instrumentos económicos esenciales para la economía mundial, los cuales se consideraban imprescindibles, como es el caso del dinero FIAT.

Debido a la creciente dependencia de los sistemas de información, algunos inversores están migrando progresivamente del uso de instrumentos de inversión comunes, como acciones y deuda, al uso de activos digitales debido a los múltiples beneficios que ofrecen. Sin embargo, a causa de que la mayoría de los cambios han ocurrido súbitamente, gran parte de los sistemas legales no han respondido de manera adecuada. Esto ha resultado en la obsolescencia de muchas de las herramientas centrales utilizadas para el control tributario, al tiempo que crean incertidumbre legal.

En la actualidad, los activos digitales más populares y ampliamente utilizados son las criptomonedas, los *tokens* de utilidad y los *security tokens*, cada uno de los que tiene sus propias características especiales que los hacen particularmente atractivos. Las criptomonedas, así como los *tokens* de utilidad, son los instrumentos que han atraído más interés entre los inversores y, por lo tanto, entre los Gobiernos.

En ese sentido, gran parte de las regulaciones y la doctrina se han enfocado especialmente en estos activos, mientras que los *security token* han recibido menos atención, a pesar de su potencial importancia en el futuro de las economías mundiales. De hecho algunos autores consideran que este instrumento no debería representar una preocupación para los entes reguladores, mucho menos debería ser de interés para los sistemas tributarios, debido a que estos están sometidos a las regulaciones aplicables a los activos subyacentes (Winter, 2020).

No obstante, esta postura es inapropiada debido a que la dinámica de creación, transferencia y trazabilidad de los *security tokens* no responde a la misma dinámica de los activos tradicionales, lo cual se identificará en la medida que este instrumento sea usado con más recurrencia. En efecto, se espera que estos criptoactivos sea uno de los principales mecanismos para canalizar las inversiones durante las próximas décadas (Lambert, Liebau y Roosenboom, 2022), por tanto, los sistemas normativos deben estar adaptados para garantizar su adecuado uso y trazabilidad.

Este documento busca poner en evidencia que las regulaciones colombianas, así como la de la mayoría de países, requieren regular los aspectos legales y tributarios aplicables a los *security tokens*, so pena a que este instrumento sea usado como un mecanismo de elusión fiscal, así como también para darle un *status legal* y brindar seguridad jurídica a las transacciones que se hagan con este instrumento.

En vista de la limitada literatura al respecto, sumado a la falta de claridad por parte de las entidades reguladoras, este trabajo también busca presentar y examinar los principales conceptos aplicables para permitir una mejor comprensión de las diferencias entre los distintos tipos de activos digitales.

Consecuentemente, con el propósito de llevar a cabo este análisis, primero, examinaremos los diferentes tipos de criptoactivos y cómo los *security tokens* están emergiendo como uno de los mecanismos de inversión más atractivos. Después, describiremos cuál es

el tratamiento legal y tributario en Colombia y en la mayoría de países. Finalmente, examinaremos cómo la falta de regulación al respecto pone en jaque a los sistemas tributarios, así como podría representar un riesgo para la inversión.

I. Delimitación conceptual

Para comprender qué son los *security token* y cómo se diferencian de otros mecanismos virtuales utilizados para llevar a cabo transacciones comerciales es importante examinar diversos términos que se utilizan frecuentemente de manera intercambiable. Esta precisión conceptual es importante y necesaria para poder tener regulaciones apropiadas al respecto. De hecho, en casos como el de Colombia, la Dirección de Impuestos y Aduanas (DIAN) tiende a confundir el término de *criptoactivos* con *criptomonedas*, tal como se pudo observar en el Oficio DIAN 100192467 del 14 de octubre de 2022, en el que la autoridad tributaria recopila los oficios aplicables a los criptoactivos. Sin embargo, realmente hizo una recopilación de los pronunciamientos aplicables a las criptomonedas. No realizar esta diferenciación conceptual general que se desconozcan la realidad económica y jurídica de cada instrumento.

Si bien no existe una definición unánime para cada uno de estos conceptos, en este trabajo se examinan algunos elementos generales que se utilizan comúnmente para distinguirlos y que podrían ser tenidos en consideración por los entes reguladores.

A. Activos digitalizados

Cualquier individuo, empresa y entidad gubernamental posee un conjunto de bienes, derechos y otros recursos que pueden ser convertidos, en algún momento, en un valor monetario. Dependiendo de los derechos y las obligaciones que derivan de la propiedad de estos bienes, se clasifican como activos o pasivos. En este sentido, un bien es un activo cuando tiene derecho a un recurso de valor que puede ser convertido en efectivo o puede proporcionar un beneficio económico a su propietario, mientras que es un pasivo cuando implica una obligación presente o futura de dar algo que tiene o puede tener un valor económico.

Los activos se clasifican de diversas maneras, incluyendo, pero no limitados a, efectivo o equivalentes de efectivo, como certificados de depósito o cuentas corrientes, así como bienes personales como tierra, edificios, vehículos, tecnología, o inversiones como bonos, fondos mutuos, acciones o préstamos.

Antes de la era de la información, los activos generalmente se caracterizaban por ser tangibles o requerir un elemento tangible que encarnara el derecho sobre ellos, además, a menudo se requería a una persona o entidad a cargo de su custodia. Sin embargo, desde la aparición de la tecnología, se han creado e incorporado exponencialmente diversos activos en sistemas digitales que dispensan con los aspectos de tangibilidad y custodia. Tal fenómeno ha llevado a la creación de una nueva categoría llamada activos digitales, que incluye cualquier cosa en formatos digitales y cuyos derechos pueden ser convertidos en

efectivo o pueden proporcionar un beneficio económico, algunos ejemplos son documentos de Word, aplicaciones, animaciones, *software*, criptomonedas, *tokens* de *blockchain*, pinturas digitales, libros electrónicos, sitios web, *podcasts*, entre otros.

B. Criptoactivos

Durante los últimos dos siglos, la criptografía ha desempeñado un papel importante, su estudio se afinó durante la Segunda Guerra Mundial, tanto para alterar las comunicaciones como para descifrar mensajes ocultos. De hecho, algunos historiadores consideran que la victoria aliada en la Segunda Guerra Mundial es atribuible a sus sistemas criptográficos (Hodges, 2003). Desde entonces, estos sistemas se han vuelto progresivamente más complejos e indescifrables, así como importantes, hasta el punto de que el actual orden económico y social del mundo depende en gran medida de su correcto funcionamiento.

Las computadoras e internet han transformado radicalmente la forma en que las personas transmiten, guardan y analizan la información, por tanto, el intercambio de información se ha vuelto mucho más rápido y eficiente. Sin embargo, estos procesos han venido acompañados de altos riesgos de fuga, por lo que se han desarrollado técnicas criptográficas de TI para cifrar dicha información. Los activos digitalizados (cuya definición revisamos previamente) que emplean estas técnicas en sus procesos de generación, distribución y custodia se denominan criptoactivos. Esto se hace con la finalidad de generar confianza en las transacciones económicas a las que están asociados. En general, existen tres tipos de criptoactivos: criptomonedas, *tokens* de utilidad y *security tokens*.

1. CRIPTOMONEDAS

Al igual que el dinero FIAT, una criptomoneda es una forma de dinero que no tiene valor intrínseco y que puede ser utilizada como medio para el intercambio de bienes y servicios, así como unidad de valor. Sin embargo, a diferencia del dinero FIAT, las criptomonedas no son moneda legal respaldada por el Estado emisor ni son puestas en circulación, garantizadas, acreditadas y controladas por un Gobierno o institución financiera. Su generación, control y custodia ocurren a través de una base de datos totalmente descentralizada, generalmente una cadena de bloques que utiliza sistemas criptográficos avanzados para asegurar las transacciones y que sirve como base de datos pública de transacciones financieras.

El auge emergente de las criptomonedas ha llevado a la popularización de los activos criptográficos en general, más notablemente con la creación y lanzamiento del *bitcoin* en 2009, que ha sido objeto de considerables controversias debido a los potenciales problemas socioeconómicos que podría conllevar el tener una moneda completamente descentralizada sin valor intrínseco. En efecto, se ha producido una extensa documentación sobre el tema, que ha abordado algunos de los problemas más importantes que surgen y sugerencias de posibles remedios (Danton, 2014).

2. *TOKENS* DE UTILIDAD

En tanto que las criptomonedas son un medio de intercambio de bienes y servicios, los *tokens* de utilidad sirven como unidades que, a pesar de utilizar sistemas de criptografía y tecnología de *blockchain* comparables, sirven como medio para adquirir acceso a un bien o servicio. En consecuencia, quien posea un *token* de utilidad tiene derecho de acceso ofrecido por la persona o empresa que lo pone en circulación. Por ejemplo, si una persona desarrolla un nuevo sistema de *software* que optimiza una actividad específica, esta puede circular *tokens* de utilidad para que las personas que desean acceder a dicho sistema puedan adquirirlo. También podría suceder que esta persona tenga una idea brillante, pero no tenga el capital para ejecutarla, en este caso, esta persona podría lanzar una oferta inicial de monedas (ICO) para obtener el capital y, a cambio, el sistema proporciona algunos *tokens* que le brindarán un futuro acceso al proyecto.

Aunque su propósito principal es otorgar acceso, una gran parte de los compradores los perciben como una oportunidad de inversión con la expectativa de un alto uso de los *tokens* y un aumento en su circulación, lo que incrementa su precio, permitiendo al comprador obtener grandes ganancias al vender los *tokens*. Bajo este escenario, quien adquiere realmente no está buscando hacer uso del bien o servicio, sino especular con su valor.

En efecto, durante el 2020, muchos especuladores compraron *tokens* de utilidad con la finalidad de obtener una rentabilidad futura. Este uso alternativo de estos criptoactivos hace que hoy día sea difícil diferenciarlos de los *security tokens* como los veremos más adelante.

3. *SECURITY TOKENS*

A diferencia de los *tokens* de utilidad, los *security tokens* están diseñados específicamente para fines de inversión, ya que representan activos subyacentes físicos reales como acciones, flujos de ganancias, bonos, empresas o derechos a pagos de intereses o dividendos.

En ese sentido, este instrumento es similar a los activos de inversión financieros tradicionales que normalmente conocemos, excepto que toda la información es controlada, administrada y protegida a través de una *blockchain* completamente descentralizada.

Por ejemplo, para una inversión en el mercado de capital tradicional, la transferencia se realiza normalmente a través de un corredor autorizado, regulado y controlado por el Gobierno, además, la información de la transacción se anota en un documento con el que se genera un certificado. Sin embargo, con los *security tokens*, la transferencia se realiza en una plataforma construida en *blockchain* en la que toda la información se registra sin la participación de intermediarios, lo que reduce costos, tiempo y burocracia.

Al igual que los *tokens* de utilidad, estos criptoactivos pueden ser circulados a través de ofertas públicas, las cuales se llaman ofertas de *security tokens* (STO). No obstante, a diferencia de las ICO, las STO normalmente tienen que cumplir con los mismos requisitos financieros aplicables a las ofertas públicas de los activos subyacentes, debido a que no tienen regulaciones propias.

Las normativas actuales de los instrumentos tradicionales, como bonos y acciones, no responden las necesidades y dinámicas de funcionamiento de los criptoactivos. En efecto, la creación de *tokens* es mucho más expedita y sobre un mismo activo se pueden realizar un sin fin de transacciones de manera simultánea en diferentes partes del mundo.

En efecto, para evitar el cumplimiento de estos reglamentos, y teniendo en cuenta la versatilidad de los *tokens*, muchos proyectos de STO son registrados como ICO. Así ocurrió, por ejemplo, con los *tokens* Kin que fueron ofrecidos de utilidad por la compañía Kik Messenger en 2017. Sin embargo, la Comisión de los Mercados de Valores de Estados Unidos recalificó la operación como una oferta pública de valores y determinó que no cumplió con las regulaciones estatales de emisión.

Si bien hay casos en los cuales existe la intención de camuflar STO como ICO, lo cierto es que existen muchos más casos en los cuales debido a la versatilidad de los instrumentos y la inexistencia de regulación al respecto, quien hace la oferta no sabe la verdadera naturaleza de su operación, lo cual genera incertidumbre jurídica al respecto.

II. Tratamiento legal y tributario de los *security tokens*

A. Caracterización legal

La caracterización y tributación de los activos criptográficos sigue siendo un tema sin una regulación estándar a nivel internacional, a pesar de que varias instituciones y expertos han destacado la necesidad de tener un sistema regulador coherente y uniforme para brindar seguridad jurídica y claridad tanto para los contribuyentes como para las administraciones públicas (Demertzis y Wolff, 2018).

A diferencia de las criptomonedas y los *tokens* de utilidad, los *security tokens* tienen un marco legal ligeramente más claro, ya que derivan su valor de un activo externo que se puede negociar en el mercado de capital tradicional. En Colombia, al igual que en gran parte de los países, los *security tokens* están sujetos a las mismas reglas aplicables a los valores tradicionales sin adoptar un marco regulador separado que responda a las características especiales de este tipo de activo.

Dado que los *tokens* de seguridad pueden representar diferentes tipos de activos, se debe realizar un análisis de la relación jurídica y económica entre el emisor y el inversor, así como de la relación económica entre el inversor y el activo para determinar la caracterización del instrumento. Con base en este análisis, el tratamiento legal y tributario aplicable al *security token* será el correspondiente al instrumento financiero tradicional que tenga las características más similares.

Por ende, para determinar la caracterización legal no existen unas reglas claras, sino que se desprende de un análisis lógico el cual podría no ajustarse a la realidad. Especialmente, teniendo en cuenta que la versatilidad de los criptoactivos hace que estos incorporen elementos de diversas naturalezas, los cuales se podrían alejar de las características propias de los instrumentos financieros comúnmente usados.

B. Tratamiento tributario

Los economistas prevén que el futuro de la digitalización de las inversiones radica en el uso emergente de los *security tokens* (Lambert, Liebau y Roosenboom, 2022), dado que es un medio atractivo para adquirir acciones u otros activos, que permite que el mercado de valores se vuelva mucho más democrático y accesible al público en general al eliminar muchos de los costos de transacción.

Tradicionalmente, invertir directamente en grandes fondos de capital o bienes raíces requiere altas sumas de dinero, lo que restringe a algunos inversores potenciales de ingresar al mercado y también reduce el atractivo para otros inversores que no desean concentrar su riesgo en una sola inversión. Por esta razón, los *security tokens* están surgiendo como un medio para facilitar las inversiones, ya que permiten digitalizar y fragmentar cualquier activo y, por lo tanto, hacerlos accesibles a grupos objetivo más amplios.

Desde un punto de vista económico y para fines tributarios, los *security tokens* son tratados como bienes de capitales, al igual que las acciones o bonos. Por tanto, el pago que recibe o recibirá el inversor de tokens depende de los rendimientos financieros obtenidos por el emisor durante un cierto periodo de tiempo.

Al igual que ocurre con los demás activos, en caso de conflicto entre la realidad legal y la realidad económica dentro de la relación entre el inversor de *tokens* y el emisor, prevalece la realidad económica para fines tributarios.

En este sentido, se considera participación en capital si una *start-up* que busca obtener ingresos para financiar un proyecto decide crear *security tokens* cuya titularidad otorga derecho al voto, sumado a participación dentro de los rendimientos de la compañía. En este caso, aunque la relación formal entre las partes es un acuerdo de crédito, desde la perspectiva económica es claro que se trata de un acuerdo de capital, ya que las características de los derechos de voto y los ingresos variables según el rendimiento de la compañía son inherentes a las acciones en lugar de a los préstamos.

Las tasas aplicables, deducciones y beneficios dependen de cada país, y el tratamiento suele ser el mismo que el aplicable al activo subyacente. Por ejemplo, en el caso de *security tokens* que representan acciones, si se aplicara el modelo de la OCDE para evitar la doble tributación, la tasa sobre los dividendos en principio sería hasta del 15 % en el país de origen, es decir, el país donde se encuentra la *start-up*.

La misma lógica de interpretación aplicable para determinar si un *security tokens* representa una acción, se utiliza para establecer si un *security tokens* reproduce otro tipo de activo de inversión como bonos, préstamos, derechos de fideicomiso, inversiones en carteras de proyectos, entre otros.

Sin embargo, determinar el tipo real de activo representado es una tarea mucho más compleja a lo que la tributación internacional está acostumbrada, toda vez que debido un amplio margen de flexibilidad de estos *tokens*, los instrumentos híbridos podrían llegar a niveles muchos más complicados, para los cuales las normas actuales podrían ser obsoletas.

1. TRATAMIENTO TRIBUTARIO EN COLOMBIA

En Colombia, si bien la normatividad no prevé estos instrumentos y la DIAN ha cometido una serie de imprecisiones al no diferenciar los diversos tipos de criptoactivos, de la lectura de los oficios de dicha institución, junto con las disposiciones normativas del Estatuto Tributario (ET), se pueden desprender unas conclusiones respecto a la tributación de los *security tokens*:

- Los residentes en Colombia deben registrar como patrimonio en su declaración de renta los *security tokens* que tenga al 31 de diciembre de cada año gravable. Para determinar el valor fiscal del activo, se debe seguir lo dispuesto en el artículo 21-1 ET.
- Los *security tokens* son considerados activos intangibles cuya declaración depende de cómo se reconocen contablemente, lo cual puede ser como un activo fijo o inventario. Esto dependerá de que su venta se encuentre enmarcada dentro del giro ordinario.
- Las ganancias que se obtengan por la venta de los *security tokens* son consideradas como ganancia ocasional siempre y cuando estos hayan hecho parte del activo fijo por más de dos años.

El aumento del valor de los *security tokens* se considera un ingreso gravable para el impuesto sobre la renta siempre y cuando se realice su enajenación, para los obligados a llevar contabilidad, o se reciba efectivamente el ingreso, para los no obligados.

A pesar que se podrían enunciar muchas más conclusiones respecto al tratamiento tributario de los *security tokens* bajo el ordenamiento colombiano, se puede observar que es el mismo tratamiento que tienen los instrumentos tradicionales, no hay nada especial que tenga en cuenta las características propias de estos activos.

1. PROBLEMAS EMERGENTES

La falta de comprensión, claridad y regulación de los *security tokens* conlleva dos problemas fundamente. Por un lado, no existe seguridad jurídica respecto al tratamiento que recibirán los ingresos que se perciban, pues, como lo mencionamos antes, el tratamiento legal y tributario depende del activo subyacente, debido a la versatilidad de estos instrumentos, en muchos casos, es impredecible saber cuál será la categorización legal que le asignará la administración. Ante esta falta de claridad, es necesario que se adopte un enfoque sólido y preciso para garantizar una mayor protección a los inversores.

Por otro lado, los vacíos legales facilitan esquemas legales y tributarios agresivos para eludir el cumplimiento u obtener beneficios que normalmente no estarían disponibles para ellos mediante los instrumentos tradicionales. En efecto, mientras los Gobiernos no establezcan una regulación clara al respecto, se verán sometidos a, por lo menos, los siguientes problemas:

- La simulación de proyectos STO como ICO para eludir el cumplimiento de las regulaciones financieras aplicables.
- El uso abusivo de los tratados para evitar la doble imposición (*treaty shopping*).
- Dificultades en la clasificación de los ingresos.

C. *Security tokens o utility tokens*

Como se mencionó, no existe una claridad conceptual para el uso de cada uno de estos términos. En países como Colombia, de hecho, estos términos no están incluso mencionados por el ordenamiento jurídico.

Esta falta generalizada ha conducido a que sea relativamente fácil para algunas empresas presentar *security tokens* como *tokens* de utilidad para evadir el cumplimiento con las regulaciones financieras, ya que estos últimos no están sometidos a regulación y control alguno. Como solución a este problema, algunos países han presentado unos enfoques para diferenciar los *tokens* de utilidad de los *security tokens*. Estos enfoques están comúnmente basados en los tests tradicionales utilizados para identificar si un instrumento es un *security*.

El método más conocido es la prueba de Howey, que fue creada en 1946 en un litigio entre la Comisión de Bolsas y Valores de Estados Unidos (SEC, por sus siglas en inglés) y la compañía Howey. Desde entonces, la SEC ha aplicado cuatro criterios para saber si un instrumento es un *security*, los cuales se aplican por analogía a los *security tokens* en la actualidad. Estos son:

- Las personas invierten dinero.
- Este dinero va hacia un negocio o empresa. Este dinero debe ser recibido y debe estar mayormente bajo el control del negocio detrás.
- La ganancia proviene de los esfuerzos de un promotor o una tercera parte.
- Las personas que adquirieron el instrumento tienen la expectativa de obtener una ganancia.

Pese a ser un intento pragmático de solucionar este problema emergente, estos tests resultan insuficientes, extensos y no responden a las necesidades actuales, ya que su aplicación resulta en que todos o casi todos los *tokens* caen en la categoría de *security tokens*, prácticamente ignorando la existencia de aquellos que son de utilidad.

Al revisar cada uno de los criterios, se puede observar que los *tokens* normalmente cumplen con cada uno, independientemente de si son efectivamente *security tokens* o de utilidad. El primer requisito se cumple en casi todos los casos, ya que para comprar cualquier *token* (*security* o de utilidad) generalmente se requiere pagar con dinero. De manera similar, el segundo requisito se cumple en casi todos los casos, ya que el dinero siempre va a la empresa o negocio detrás. El tercer requisito siempre se cumple, ya que los *tokens* requieren permanentemente que los desarrolladores los mantengan, actualicen y desarrollen el proyecto detrás. Por último, el cuarto requisito tiende a ser un poco más controvertido y en realidad es el único de la lista que podría utilizarse en algunos casos para diferenciar *tokens* de utilidad de *security tokens*. Sin embargo, este criterio no responde adecuadamente a la dinámica actual, ya que el hecho de que los usuarios vean un *token* de utilidad como una inversión (lo que a menudo es el caso) no debería cambiar la naturaleza e intención inicial del *token*.

En consecuencia, se requiere que las autoridades reguladoras creen un marco legal claro que permita establecer unos criterios claros de diferenciación. El uso inapropiado

de *tokens* de utilidad no puede ser una justificación para ignorar su realidad, son parte de la evolución económica y su falta de reconocimiento solo genera confusión. Un sistema moderno debería ser la forma de abordar estos abusos, en lugar de sistemas basados en tests de más de medio siglo de antigüedad que se dirigen a activos de una naturaleza y organización significativamente diferentes.

1. *TREATY SHOPPING*

Una de las características principales de los *tokens* de seguridad es que son gestionados, transferidos y controlados a través de un sistema descentralizado de *blockchain*, lo que permite que su circulación sea mucho más rápida y poco perceptible vis a vis los activos negociados a través de los mercados financieros tradicionales. Por lo tanto, es mucho más fácil mover activos de un país a otro, lo que facilita la creación de estructuras de planificación fiscal agresivas o abusivas con el objetivo de obtener beneficios tributarios que no son aplicables a esos activos o transacciones en principio.

En consecuencia, las administraciones tributarias se enfrentarán a problemas con estructuras como el *treaty shopping*, que buscan reducir los impuestos aplicables a los ingresos obtenidos gracias a los *security tokens*. Debido a la simplicidad, velocidad y descentralización de la transferencia de estos activos, es posible que algunas personas o empresas comiencen a crear compañías de pantalla o manipular su estatus de residencia para obtener beneficios de los tratados de doble tributación que no estarían disponibles para ellos si actuaran directamente.

Aunque el *treaty shopping* es un problema recurrente, principalmente debido a la debilidad de la prueba de residencia en los tratados de doble tributación, parece previsible que de darse un auge de los *security tokens* aumente aún más este problema, ya que la información sobre los *tokens* se almacena en un sistema descentralizado y encriptado, lo que dificulta el control de posibles abusos de los tratados.

Por ejemplo, el enfoque de beneficiario final será mucho más limitado y complicado de aplicar porque los sistemas que consolidan la información son descentralizados, lo que dificulta la trazabilidad efectiva de las transacciones que se realizan. Por tanto, no sería sorprendente que algunas empresas o individuos aprovechen estas circunstancias para abusar de los tratados internacionales.

Consecuentemente, es imprescindible que los Gobiernos adopten una regulación la cual les permita la trazabilidad de las transacciones con el propósito de determinar los beneficiarios finales de los ingresos generados por los *security tokens*.

2. DIFICULTADES EN CLASIFICACIÓN DE LOS INGRESOS

Una de las ventajas de los *security tokens* es la versatilidad que ofrecen en comparación con los activos financieros tradicionales. Aunque su valor se basa en activos subyacentes reales y físicos, la digitalización y el sistema de *blockchain* permiten combinar diferentes

tipos de activos en el mismo *token*, consolidando así diferentes características de cada uno de los bienes que representan.

Aunque esto es en principio ventajoso, tanto para los inversores como para el desarrollo de las economías, también representa un gran desafío para las administraciones fiscales debido a la dificultad para determinar a qué categoría corresponde cada uno de los ingresos obtenidos. Además, la falta de claridad afecta a los inversores que están expuestos a posibles sanciones por no declarar adecuadamente sus ingresos.

La incertidumbre sobre la naturaleza de los ingresos que podrían generarse al emitir *security tokens* con las características de diversos activos, combinada con el crecimiento de este tipo de instrumentos digitales, es probable que conduzca, a su vez, a un aumento en las divergencias en la aplicación de los tratados para evitar la doble tributación por parte de los Estados contratantes, resultando en un aumento en el número de procedimientos de acuerdo mutuo. Para evitar tal escenario, es imperativo trabajar en un marco legal integral y moderno que permita tener claridad sobre la categorización legal, consecuentemente tributaria, que tendrán los ingresos que se perciban vía este instrumento.

Conclusiones

El mundo de los activos digitales es relativamente nuevo y muchos aspectos necesitan ser explorados y desarrollados, lo que representa un desafío difícil para los Gobiernos. La tecnología está evolucionando rápidamente más allá de la capacidad de las normas para adaptarse, lo que ha dado lugar a un número creciente de brechas legales que generan incertidumbre y oportunidades para eludir las regulaciones.

Mientras que los organismos internacionales todavía están discutiendo las medidas para controlar los primeros activos digitales que entraron en el mercado hace más de una década (en particular las criptomonedas), los desarrolladores e inversores están trabajando en nuevos tipos de activos digitales con características completamente diferentes.

Los mercados financieros se están moviendo hacia un nuevo activo digital, *security tokens*. Debido a las similitudes que estos activos tienen con los valores tradicionales, los Gobiernos han decidido aplicar el mismo marco legal y tributario, ignorando las particularidades asociadas con su naturaleza basada en datos descentralizados. La ausencia de una regulación específica y adaptada para los *tokens* de seguridad podría crear grandes dificultades dada la inminente explosión en el uso de estos activos como mecanismo de inversión.

Uno de los problemas que ya ha surgido es la inadecuada diferenciación de los *tokens* de utilidad de los *security tokens*, lo que podría llevar a muchas empresas a ser sancionadas, como ocurrió con Kik Messenger. La prueba Howey implementada por los Estados Unidos no es una adecuada solución para la realidad económica actual toda vez que su aplicación lleva a la clasificación de casi todos los *tokens* como *security tokens*, ignorando la existencia de aquellos de utilidad.

La falta de regulación genera riesgos potenciales de control fiscal que las administraciones tributarias podrían enfrentar debido a la dificultad de seguimiento y verificación de estos tipos de activos. Esto se podría materializar en un aumento de casos de *treaty shopping* y la clasificación inadecuada de los ingresos obtenidos.

En conclusión, el uso de regulaciones aplicables a los valores tradicionales es inapropiado debido a que, si bien comparten la misma idea económica subyacente, su generación, gestión y seguimiento son completamente diferentes. Por tanto, es necesario que las instituciones internacionales y los Gobiernos trabajen de manera armoniosa para crear un marco legal y tributario uniforme que responda adecuadamente a las características especiales de los *security tokens*. Esto permitirá crear certeza jurídica para los inversores y evitar oportunidades de evasión regulatoria y el uso inadecuado de los tratados de doble imposición.

Referencias

- Branddocs. (2018). Tokens de seguridad: un nuevo modelo de propiedad. <https://branddocs.com/es/blog/tokens-de-seguridad/>
- Bit2me Academy. (2020). Diferencias entre utility y security tokens. <https://academy.bit2me.com/utility-vs-security-tokens/>
- Danton, B. (2014). Bitcoin and money laundering: Mining for an effective solution. <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/indana89&div=16&id=&page=>
- Demertzis, M. y Wolff, G. B. (2018). *The economic potential and risks of crypto assets: Is a regulatory framework needed?* Bruegel Policy Contribution. <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/208022/1/1030937354.pdf>
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). (2022, 14 de octubre). Oficio DIAN 100192467. <https://www.dian.gov.co/normatividad/Documents/Compilacion-de-la-doctrina-tributaria-vigente-relevante-en-materia-de-criptoactivos.pdf>
- European Banking Authority. (2014). EBA Opinion on “virtual currencies”. <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/657547/81409b94-4222-45d7-ba3b-7deb5863ab57/EBA-Op-2014-08%20Opinion%20on%20Virtual%20Currencies.pdf?retry=1>
- Goitom *et al.* (2018). Regulation of Cryptocurrency in Selected Jurisdictions, Law Library of Congress. <https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/regulation-of-cryptocurrency.pdf>

- GtLaw. (2018). Token Issuers and Purchasers, Beware: The IRS May Tax Each Time Tokens are Used. <https://www.gtlaw.com/en/insights/2018/3/token-issuers-and-purchasers-beware-the-irs-may-tax-each-time-tokens-are-used>
- Gueye, D. (2020). STO vs ICO: All you need to know. <https://stokr.io/stoke-post/sto-vs-ico>
- Hamilton, D. (2020). IRAS Issues New Crypto Tax Guidelines. <https://www.securities.io/iras-issues-new-crypto-tax-guidelines/>
- Hess, R. (2019). Working paper of the swiss Federal tax administration regarding cryptocurrencies and other tokens/coins. https://www.reichlinhess.ch/wp-content/uploads/2019/10/191008-Reichlin-Hess_Working-paper-SFTA-crypto-currencies-tokens-based-on-blockchain-technology.pdf
- Hodges, A. (2003). The military use of Alan Turing. En B. Booß-Bavnbek y J. Høyrup (eds.), *Mathematics and war*. Birkhäuser. <https://doi.org/10.1007/978-3-0348-8093-0> (revisado el 15 de enero de 2023).
- Keskin, H. (2019). Tax and accounting treatment of utility and security tokens in Switzerland. <https://medium.com/rigoblock/tax-and-accounting-treatment-of-utility-and-security-tokens-in-switzerland-cfef999beb6c>
- KPMG. (2019). Cryptoassets—Accounting and tax. What’s the impact on your financial. <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/xx/pdf/2019/04/cryptoassets-accounting-tax.pdf> (revisado el 11 de enero de 2023).
- Lambert, T., Liebau, D. y Roosenboom, P. (2022). Security token offerings. *Small Bus Econ* 59, 299-325. <https://doi.org/10.1007/s11187-021-00539-9>
- OECD. (2018). Tax challenges arising from digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive framework on BEPS, OECD/G20 base erosion and profit shifting project. <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264293083-en.pdf?expires=1616006549&id=id&accname=ocid195770&checksum=1926850BB-5C505F9476101D72769A0EC>
- Plana, A. (2018). El test de Howey y su relevancia en las criptomonedas – tokens. <http://www.leyesyjurisprudencia.com/2018/11/el-test-de-howey-y-su-relevancia-en-las.html>
- PWC. (2020). PWC Annual Global Crypto Tax Report 2020. <https://www.pwchk.com/en/research-and-insights/fintech/pwc-annual-global-crypto-tax-report-2020.pdf>

Reneau, R. (2018). How are security tokens taxed? <https://www.entoro.com/news/how-are-security-tokens-taxed>

Winter, H. (2020). Crypto-assets: The taxation of security tokens. <http://taxbar.com/wp-content/uploads/2020/03/GITC-Review-Vol-XVI-2-CRYPTO-ASSETS-THE-TAXATION-OF-SECURITY-TOKENS.pdf>

Wong Partnership. (2020). Income tax treatment of digital tokens. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=99db8d3a-0994-4542-8942-6ddb86de68f4>

Artículo recibido el 15 de febrero de 2023

Aprobado por par 1 el 24 de febrero de 2023

Aprobado por par 2 el 27 de febrero de 2023

Para citar este artículo: Ojeda Pinto, Y. (2023). Regulación jurídica y tributaria de los *security tokens*: una tarea pendiente. *Revista de Derecho Fiscal*, (23), 7-21.