

Los activos digitales y su tratamiento jurídico nacional desde la óptica del Derecho Privado

Martin Mayandía Burns* y Diego Augusto Munares Cutipa**

Resumen.– Este trabajo presenta un análisis comparado sobre la evolución normativa de los activos digitales, con énfasis en los tokens, y propone una aproximación jurídica desde el Derecho Privado peruano para abordar su tratamiento en el marco normativo nacional.

Palabras clave.– Activos digitales - Bienes incorpóreos - Derecho comparado - Derecho peruano - Regulación – Cadena de Bloques – Mercado de valores.

Abstract.– This paper presents a comparative analysis of the regulatory evolution of digital assets, with a focus on tokens, and proposes a legal approach from the perspective of Peruvian Private Law to address their treatment within the national legal framework.

Keywords.– Digital assets – Intangible goods – Comparative law – Peruvian law – Regulation – Blockchain – Capital markets.

* Socio en Petra Legal. LLM en Columbia University. MBA en Cornell University. Abogado en la Universidad de Lima.

** Asociado en Petra Legal. Becario ELAP en la Université de Montréal. Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

I. Introducción

En la ópera magna de García Márquez¹, Melquiades le mostró a José Arcadio Buendía el funcionamiento de la alquimia, una práctica que aspiraba a la creación de oro a través de procesos químicos con tintes mágicos.

De igual manera, el profesor Francesco Galgano² sostiene que, en la era de las finanzas, el Derecho ha alcanzado el mismo objetivo que la alquimia mediante técnicas jurídicas capaces de generar riqueza a través de la estructuración de complejos productos financieros.

En ese sentido, la *lex mercatoria* formada por normas consuetudinarias orientadas a regular las relaciones comerciales establecidas en el mercado, sin tener en cuenta las políticas públicas, no tenía en cuenta que con el estado moderno estas normas consuetudinarias serían positivizadas en códigos comerciales.

En un contexto de globalización, Galgano advierte que la nueva *lex mercatoria* ha emergido orientada a consolidar los estándares contractuales y establecer una función jurisdiccional estándar a través del arbitraje. Estas funciones serían asumidas por organismos internacionales que recojan dichas prácticas comerciales en normas estatutarias, relegando al Estado a un rol adoptante.

Publicado en 1995, este diagnóstico exige una revisión crítica a la luz de la transformación del comercio global. Los contratos de derivados, ejemplo del antiguo proceso alquímico, han incorporado hoy una nueva “sustancia”: la tecnología.

Este artículo se propone explorar, con las herramientas jurídicas disponibles, los principales aspectos de los activos digitales en el ordenamiento nacional, y sostiene que estos no deben ser considerados como bienes muebles sin la existencia de un régimen jurídico específico que regule las relaciones patrimoniales sobre estos activos.

¹ MÁRQUEZ, G., *Cien años de soledad* (Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1967), pp. 45.

² GALGANO, F., “The New Lex Mercatoria,” *Annual Survey of International & Comparative Law* 2, no. 1 (1995), pp. 99-120, <https://digitalcommons.law.ggu.edu/annlsurvey/vol2/iss1/7/>.

II. Activos Digitales: Conceptos claves y características

En la presente sección realizaremos una revisión de las principales aproximaciones técnicas sobre el concepto de activo digital a fin de determinar sus principales características definitorias y el alcance del término.

Los activos digitales son aquellos que existen naturalmente en forma digital, y que pueden ser una representación de un activo real en dicho mundo digital, la mayoría de *criptoactivos* son activos digitales. Los *criptoactivos* son aquellos creados o facilitados por la tecnología *blockchain* garantizada a través del uso de la criptografía (Stabile et al, 2020)³.

La tecnología *blockchain* nos ha llevado a una nueva generación del internet que es denominada como *Web3*, esta última reinventa la forma como la información es almacenada y administrada en el internet proveyendo un único conjunto de información la cual es administrada por todos los nodos existentes en la red.

Este registro único permite la liquidación de operaciones en internet sin la necesidad de intermediarios, lo cual permite verdaderas transacciones *peer to peer* ("P2P"). Esta información es administrada colaborativamente por una red P2P de computadoras. Las reglas de administración son formalizadas en un protocolo y garantizadas por el consenso mayoritario de los participantes de la red, cuyas actividades son incentivadas con la emisión de *tokens* (Voshmgir, 2020)⁴.

El protocolo formaliza las reglas de gobernanza de la red y asegura que las personas que, en operaciones incógnitas donde la confianza entre pares escasea, se celebren transacciones. A diferencia de un sistema centralizado, donde la ciberseguridad se encuentra concentrada en un servidor central, el sistema de *Web3* desconcentra el riesgo de hackeo o ciberataques en diferentes nodos a través de la red.⁵

Por otro lado, los *smart contracts* pueden ser utilizados dentro de entidades o fuera de la red de *blockchain*. Los proveedores de data externa, también

³ STABILE, D. et al. (2020). Digital Assets and Blockchain Technology. U.S. Law and Regulation. Massachusetts: Edward Elgar Publishing.

⁴ VOSHMGIR, S. (2020). Token Economy: How the Web Reinvents the Internet. Vienna: Token Kitchen.

⁵ *Ibid.*, pp. 22.

llamados *oracles*, introducen información que es relevante para un *smart contract* desde fuera de la *blockchain*. Estos pueden efectuar la ejecución de un contrato en tiempo real y, por lo tanto, pueden reducir costos en el cumplimiento y la supervisión del contrato. Específicamente, se reducen los siguientes costos: (i) estructuración, (ii) formalización y (iii) vinculatoriedad.

El termino *smart contract* en sí mismo es desafortunado, debido a que no son particularmente inteligentes ni reflejan un reconocimiento legal. Este último solo puede ser considerado *smart* si las personas lo programan teniendo en cuenta toda la información disponible al momento de la programación. Asimismo, los *smart contracts* podrían tener cierto reconocimiento legal si cumple ciertas condiciones para lo cual se deben absolver ciertas incógnitas tecno-legales que demandan un diálogo interdisciplinario entre juristas y desarrolladores.

El proceso de *tokenización* de activos demanda la incorporación de todos estos sistemas para su eficiente funcionamiento en el cual desmaterializarán de manera descentralizada ciertos activos para que su circulación se realice a través de mecanismos tecnológicos sofisticados como la *blockchain*.

III. Revisión doctrinal y casuística sobre la naturaleza jurídica de los activos digitales

La presente sección tiene como finalidad realizar una revisión sobre las principales investigaciones jurídicas tanto a nivel nacional como internacional que versen sobre la naturaleza jurídica de los activos digitales.

A nivel nacional no tenemos una extensiva literatura jurídica que trate el tema, no obstante, hemos decidido tener presente las posiciones expuestas a continuación:

En primer lugar, Caveroy Legua (2020)⁶ sostiene que el sistema *blockchain* permite tener evidencia de la creación y/o procedencia de una obra o invención a partir de un registro confiable de los bienes intelectuales.

⁶ SAFRA, E., LEGUA, C. (2020). Un rincón en el archivo de tu corazón: Tecnología *blockchain* y privatización de activos digitales. *Revista de Actualidad Mercantil*, 6, pp. 172-187.

Por otro lado, Gutiérrez (2017)⁷ realiza una revisión de la naturaleza económica y jurídica del Bitcoin donde sostiene lo siguiente:

- a. El *Bitcoin* es un activo no financiero digital debido a que es, por lo menos, un depósito de valor para quien lo utiliza con intenciones especulativas y tiene un valor de cambio, o un valor de mercado, y por ello califica como un activo ya que reporta un valor a quien lo posee. Además, es un tipo de activo digital toda vez que opera mediante una computadora siempre que esta cuente con acceso a Internet.
- b. El Bitcoin es un bien incorporal que se rige por el tratamiento que el Código Civil dispone de los bienes muebles debido a que posee contenido patrimonial para quienes lo adquieren y porque tiene existencia autónoma.
- c. El Bitcoin es un bien incorporal con características funcionales propias que, por el momento, solo puede recibir el tratamiento que el Código Civil provee a los bienes muebles.

Ello porque no coincide con ninguno de los conceptos que dicho código define como bienes inmuebles lo que permite que este bien incorporal por ficción legal pueda ser considerado bien mueble.

Asimismo, desde la óptica internacional, García-Teruel y Simón Moreno⁸ concluyen que desde el derecho privado existe una tendencia a conceptualizar a los tokens como activos digitales, lo cual podría ser un punto de partida para una regulación de asset-backed tokens a nivel nacional. Sin embargo, desde el punto de vista de las normas de transferencia de propiedad es necesario que estas sean adaptadas para considerar a la tecnología *blockchain*.

Por otro lado, Lee⁹ señala que teniendo en cuenta que la propiedad ha sido la base fundamental para la construcción de estructuras económicas

⁷ GUTIÉRREZ, O., MORENO, A. (2017). El bitcoin: Consideraciones financieras y legales sobre su naturaleza y propuesta de enfoque para su regulación. Lima: Universidad ESAN.

⁸ GARCÍA-TERUEL, R., SIMÓN-MORENO, H. (2021). The Digital tokenization of property rights: A comparative perspective. *Computer Law & Security Review*, 41, pp. 1-16.

⁹ LEE, L. (2024). Examining the legal status of digital assets as property: A comparative analysis of jurisdictional approaches. arXiv, Cornell University.

y sociales, los activos digitales presentan desafíos en cuanto a la aplicación de las normas de propiedad por las teorías tradicionales que las fundamentan, este tipo de activos suelen intersecar con el concepto de propiedad intelectual, no obstante, la falta de claridad al determinar al creador o titular hace difícil su clasificación.

Adicionalmente, Rodríguez de las Heras¹⁰ señala que el *Digital Assets and Private Law Principles* son fuentes de *soft law* que servirán de referencia para la armonización de los cuerpos legales nacionales en cuanto se refieran a la ejecución y al tratamiento de los activos digitales desde el Derecho Privado.

Como se puede observar a nivel internacional existen diferentes investigaciones científicas sobre el tratamiento de los tokens, que se pueden incluir como una especie de activos digitales, en cuanto a su tratamiento desde el punto de vista del Derecho Privado, dichas posiciones jurídicas serán nuestro punto de partida para esbozar nuestra posición sobre el tratamiento de los activos digitales conforme al Derecho Privado en el ordenamiento jurídico nacional.

IV. El tratamiento de los activos digitales desde el Derecho comparado

El Derecho comparado se puede definir como un proceso en el que el comparatista toma varios objetos para estudiarlos dentro de un marco científico en el que un objeto o elemento estudiado se considera en función del otro. En este caso, estos objetos son el ordenamiento jurídico doméstico o nacional y el extranjero, el contraste entre estos dos objetos de estudio genera progresión del conocimiento.¹¹

¹⁰ DE LAS HERAS, T. The emergence of principles and best practices on digital assets: proprietary rights and enforcement. *European Journal of Risk Regulation*, 15, pp. 1-12.

¹¹ GEOFFREY, S. (2014). *An introduction to comparative law theory and method*. Oxford: Hart Publishing. Citado en: MUNARES, D. (2021). La función del derecho comparado en la unificación del Derecho Financiero latinoamericano: Breve demostración relacionada a la intermediación de valores. Ius360. Disponible en: <https://ius360.com/la-funcion-del-derecho-comparado-en-la-unificacion-del-derecho-financiero-latinoamericano-breve-demostracion-relacionada-a-la-intermediacion-de-valores-diego-munares/>

Esta mantiene como función principal el conocimiento del derecho, a pesar de como algunos pretenden restarle legitimidad señalando que este no mantiene ninguna aplicación práctica, el profesor de Turín, Rodolfo Sacco¹² señala que el derecho comparado no necesita de prestar justificaciones semejantes a la práctica. “La ciencia midió la distancia entre la tierra y la luna mucho antes que esta sea utilizada en la práctica”.

Gracias a la comparación el jurista percibe mejor lo que es original, lo que es constante, lo que resiste a los cambios, lo que es latente y lo que falta por explorar en su propio derecho, este permite conocer su propio ordenamiento jurídico apoyándose en otros.

En ese sentido, es menester recurrir a esta disciplina jurídica para explicar cómo se ha venido desplegando la regulación en otras tradiciones jurídicas, para lo cual exploraremos, dos (02) sistemas de las principales tradiciones jurídicas, por el lado del *common law*, exploraremos el derecho estadounidense; y, por el *civil law*, analizaremos el Derecho comunitario europeo haciendo especial énfasis en el Derecho español.

i. La regulación de los activos digitales en el common law

En el sistema estadounidense, teniendo en cuenta su sistema político federal, los activos digitales se han analizado desde la perspectiva de tres (3) reguladores federales: (i) la *Securities Exchange Commission*, (ii) *Commodity Futures Trading Commission* y (iii) *Financial Crimes Enforcement Networks*. De los cuales nos centraremos en el análisis elaborado por los dos (02) primeros.

A. Securities Exchange Commission

Desde la perspectiva de la *Securities Exchange Commission* (en adelante, “SEC”) la cual tiene como marco regulatorio a los denominados *securities*, los cuales son definidos como contratos de inversión con ciertas características que motivan la intervención

¹² SACCO, R. (1991). La comparaison juridique au service de la connaissance du droit. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille. Citado en: MUNARES, D. (2021). La función del derecho comparado en la unificación del Derecho Financiero latinoamericano: Breve demostración relacionada a la intermediación de valores. Ius360. Disponible en: <https://ius360.com/la-funcion-del-derecho-comparado-en-la-unificacion-del-derecho-financiero-latinoamericano-breve-demostracion-relacionada-a-la-intermediacion-de-valores-diego-munares/>

del Estado, en el Perú desde una perspectiva funcional, los valores mobiliarios serían el símil de la figura anglosajona antes mencionada.

En ese sentido, la SEC al ver la propalación del intercambio de los *tokens* digitales, el 3 de abril de 2019, publicó un documento denominado *Framework for 'Investment Contract' Analysis of Digital Assets* (2019)¹³, donde efectuó un ejercicio lógico de subsunción a fin de determinar si estos podrían calificar como *securities*, valiéndose del académicamente conocido *test* de *Howey*.

La prueba *Howey* se desprende del *leading case* denominado SEC v. W.J. Howey, mediante deducción jurídica se establece una regla general para calificar los *securities*, los cuales eran calificados como contratos de inversión que existían cuando había una inversión de dinero en una empresa común con una expectativa razonable de obtener beneficios derivado del esfuerzo de terceros.

De dicha premisa se desprendían los siguientes elementos configuradores: (i) Inversión de dinero, (ii) Empresa Común y (iii) Expectativa razonable de la obtención de beneficios del esfuerzo de terceros.

Con dicha disposición normativa, la SEC realizó una evaluación de estos activos de la siguiente manera:

- Inversión de dinero

El primer requisito del *test* de *Howey* generalmente se cumple en una oferta y venta de un activo digital, ya que el activo se compra o adquiere a cambio de un valor, ya sea en forma de dinero, *fiat money*, otro activo digital u otro tipo de contraprestación.

- Empresa común

Los tribunales norteamericanos han analizado este requisito como un elemento distinto al contrato de inversión. En la

¹³ U.S. Securities and Exchange Commission. (2019). Framework for "Investment Contract: Analysis of Digital Assets. Washington, D.C.: Securities and Exchange Commission.

práctica, los activos digitales usualmente conllevan a la existencia de una empresa común.

- Expectativa razonable de la obtención de beneficios del esfuerzo de terceros

Este requisito consiste cuando algún promotor, auspiciador o un tercero provee esfuerzos administrativos esenciales que impacten de manera directa en el éxito de la empresa, y que puede generar una expectativa de obtener beneficios económicos de estos.

Sobre este apartado, la SEC señala diferentes situaciones donde se cumplirían estos requisitos, normalmente son *tokens* que pueden otorgar el derecho a sus tenedores de percibir beneficios económicos, ya sea en dinero o en otros *tokens*, o que se puedan apreciar económicamente para obtener ganancias de capital en mercados secundarios.

B. Commodity Futures Trading Commission

Conforme a lo establecido en la *Commodity Exchange Act* establece que la definición de *commodity* incluye a los bienes, servicios, derechos, intereses sobre los cuales contratos de entrega futura pueden ser llevados a cabo en la actualidad o en el futuro.

La definición del cuerpo normativo anteriormente indicado, no solo se limita a los *commodities* tangibles, en ese sentido, dependerá mucho de la estructura de los *tokens* para ser considerados como *swaps*, *futures*, *options* u otros derivados financieros.

En ese sentido, la *Commodity Futures Trading Commission* ha determinado su competencia regulatoria en el caso de la existencia de activos digitales teniendo en cuenta los siguientes aspectos: (i) propósito funcional primario, (ii) no otorgamiento de derechos financieros, (iii) acceso a bienes o servicios, (iv) mercado secundario limitado, (v) emisión y oferta razonables y (vi) transparencia y divulgación.

ii. La regulación de los activos digitales en el derecho europeo

Los avances del Derecho europeo sobre el tratamiento de los *tokens* digitales lo conforman cuerpos normativos extensivos que exploran la naturaleza y el tratamiento de estos activos desde diferentes ópticas.

En ese sentido, en el año 2023, se promulgó el Reglamento (UE) 2023/1114 relativo al mercado de *criptoactivos* o también conocido como el Reglamento MiCA con la finalidad de desarrollar y promover la adopción de tecnologías transformadoras del sector financiero, incluida la adopción de la *Distributed Ledger Technology* (en adelante, “DLT”).

Dicho cuerpo normativo tiene las siguientes finalidades: (i) fomentar la innovación, (ii) evitar la fragmentación regulatoria, y (iii) proteger a los inversores.

Asimismo, dentro de la calificación de *criptoactivo* dependerá de las características concretas y derechos derivados del *criptoactivo* en cuestión, con independencia de la tecnología que la sustente.

A fin de poder determinar a ciencia cierta como se podría clasificar un *criptoactivo* como instrumento financiero, ESMA ha elaborado un documento denominado “*Guidelines on the conditions and criteria for the qualification of crypto-assets as financial instruments*” este tiene como objeto brindar las herramientas necesarias a los regulados para determinar cuándo un *criptoactivo* se encontrará regulado por MiCA y cuando por MiFID II, para ello, aparte de las valores negociables típicos que se pueden encontrar en el mercado, también establece las principales características que deberá ostentar un instrumento financiero bajo el DLT. Dentro de estos, tenemos los siguientes: (i) Derechos económicos, (ii) Finalidad de la emisión y (iii) existencia de obligaciones contractuales.

Asimismo, si observamos el devenir histórico de la circulación del crédito en el mercado de capitales, inicialmente estos circulaban a través de papeles timbrados y firmados por sus respectivos emisores después, debido al *paper crunch*, se creó la desmaterialización de dichos documentos que representaban valores mobiliarios a través de las anotaciones en cuenta en los Depósitos Centralizados de Valores. Ahora bien, de manera dialéctica consideramos que el siguiente paso de la evolución de la representación de valores mobiliarios es a través de la tecnología DLT, motivado por la crisis del año 2008 donde la confianza en las instituciones financieras fue altamente cuestionada, la revolución tecnológica y la globalización del mercado de capitales.

Precursora de estas ideas es el ordenamiento jurídico español que a través de una modificación en su Ley de Sociedades de Capital (artículos 23 y 407), la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva (artículos 7,9 y

46) y en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 517) reconoce el nuevo régimen de representación de valores negociables en la tecnología DLT.

Finalmente, en el año 2023 *International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT) publicó los *Unidroit Principles On Digital Assets And Private Law* donde a través del *soft law* se pretende establecer lineamientos para estructurar un marco legal coherente y predecible para las transacciones que involucren activos digitales.

iii. Regulación de los activos digitales en el Perú

En el Derecho Positivo peruano nos encontramos con regulación referente a la prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo también conocido por sus siglas LA/FT.

El 30 de julio de 2024, mediante la Resolución SBS 02648-2024, se aprobó la Norma para la Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo aplicable a los Proveedores de Servicios de Activos Virtuales (PSAV) bajo la supervisión de la UIF – Perú, donde a través del inciso 1) del artículo 3º de la norma de PSAV se define a los Activos Virtuales como *representaciones digitales de valor que se pueden comercializar o transferir digitalmente y se pueden utilizar para pagos o inversiones. No incluyen representaciones digitales de moneda fiat o de valores emitidos por el Banco Central o la autoridad competente de la jurisdicción.*

Por otro lado, a través de la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto de Urgencia 013 – 2020, se modificó la Ley 30050 Ley de Promoción del Mercado de Valores estableciendo sobre la base del principio de primacía de la realidad la capacidad de poder regular determinados activos digitales que cumplan con la característica de ser un activo financiero.

A pesar de ello, la Superintendencia del Mercado de Valores a través de un comunicado oficial¹⁴ indica que al no existir regulación específica sobre las criptomonedas, monedas virtuales o *tokens* no ejercen supervisión sobre este segmento del mercado.

¹⁴ El Peruano. (2024). Criptomonedas en Perú: SMV alerta sobre fraudes y estafas en ofertas sin regulación. Consultado el 10 de abril de 2024. Disponible en: <https://www.elperuano.pe/noticia/265609-criptomonedas-en-peru-smv-alerta-sobre-fraudes-y-estafas-en-ofertas-sin-regulacion>.

Como podemos observar, la regulación de activos digitales en el Perú ha surgido de manera reactiva debido a recomendaciones internacionales como en el caso de la norma PSAV que fue impulsada por iniciativa de GAFI o por situaciones coyunturales ante el aumento de fraudes financieros a través de la utilización de este tipo de activos más no se ha generado una agenda regulatoria clara sobre este tipo de activos que van aumentando la profundidad de su mercado.

V. Fundamentación de la naturaleza jurídica de los Activos Digitales

Después de realizar una revisión en la legislación comparada de los principales sistemas jurídicos relacionados a dos largas tradiciones jurídicas¹⁵, es menester analizar cuál es el tratamiento de los activos digitales en el marco del esquema normativo peruano.

Somos de la posición de que, partir de un ejercicio de subsunción se debe determinar si estos pueden calificarse como objeto de derecho¹⁶, el cual, desde la definición ampliamente adoptada por la judicatura así como el sector doctrinario que esboza ciertas directrices al contenido de las instituciones jurídicas, nos debemos preguntar si los activos digitales son pasibles de ser un centro de imputación de deberes y derechos.

Para lo cual, debemos explorar en el extenso universo de instituciones jurídicas que positiviza nuestro sistema jurídico, si alguna de estas la recoge en el seno de su definición, ha habido aproximaciones e incluso interpretaciones por parte de ciertos órganos administrativos registrales que han realizado el análisis de si estos activos pueden considerarse como bienes muebles.

Para ello, nuestro Derecho común, específicamente en el apartado que regulan los derechos reales, ha efectuado la *summa divisio* entre bienes

¹⁵ GLENN, P. (2014). *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*. Oxford University Press (5ta Edición).

¹⁶ CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho* (Lima: Ara Editores, 2006), pp. 41. El autor sostiene que el objeto jurídico es aquello que se observa del Derecho, en tanto refleja el concepto que se tiene del mismo. Para ilustrarlo, propone una figura triangular cuyos vértices representan a las partes y a la cosa, elementos esenciales de toda relación jurídica.

muebles e inmuebles, contando la primera categoría con una amplia dispersión por una cláusula *numerus apertus* mientras que la segunda con un *numerus clausus*.

En ese sentido, dentro de la división establecida, *in prima facie*, se podría desprender que los activos digitales pueden ser calificados como bienes muebles, no obstante, debemos dar un paso atrás y analizar si estos pueden calificar bajo la calificación de Bien.

En ese sentido, consideramos que el concepto jurídico de bien o cosa, es cualquier entidad, material o inmaterial, que sea jurídicamente relevante, esto es, que sea tomada en consideración por la ley, en cuanto constituye o puede constituir relaciones jurídicas.¹⁷

Asimismo, cierto sector de la doctrina comparada distingue que los bienes pueden tener dos acepciones; una amplia, donde el bien es igual a las cosas (objetos materiales) como los objetos inmateriales susceptibles de valor que serían los derechos y, por otro lado, una restringida que equipara a los bienes a exclusivamente objetos incorpóreos.¹⁸

Dicha distinción históricamente proviene de un pasaje de las *Institutas de Gayo*, donde se expresa de manera taxativa que las cosas se dividen en bienes corporales e incorpóreos. Los primeros referidos a cosas tangibles mientras que los segundos a cosas intangibles como las que constituyen un derecho como la herencia, el usufructo, o las obligaciones de cualquier modo se hayan contraído.¹⁹

Nuestro ordenamiento jurídico adopta la acepción amplia de bien donde engloba a los bienes corporales e incorpóreos que pueden ser objeto de derecho, no obstante, no todo objeto de derecho es calificado como un bien.

En esa misma línea, el doctrinario italiano, Biondo Biondi²⁰, esboza de manera profunda y detallada, las principales características de los bienes muebles:

¹⁷ BIEONDI, B. (1953). I beni. Milano: Dott. A. Giuffrè.

¹⁸ MARIANI, M., ABELLA, A. (2016). Derechos Reales. Buenos Aires: Zavalía.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 50

²⁰ BIONDI, op. cit., pp. 42.

- a) Extrañeza de sujeto.
- b) Relevancia jurídica.
- c) Individualización en el mundo externo.
- d) Independiente.
- e) No se requiere actualidad de la cosa
- f) Utilidad o potencial utilidad.
- g) Aislamiento.

Ahora bien, consideramos que es necesario establecer una primera aproximación de los activos digitales desde la clasificación de bienes corporales e incorporeales, la cual proviene desde el Derecho romano avocada a lo que, por un lado, Cicerón determinó como aquellas cosas que se pueden poseer y se representan por una entidad material; y, por el otro lado, aquellas que la voluntad puede poseer, como la usucapión, tutela y la *gens*.²¹

Asimismo, la doctrina nacional identifica, analizando el artículo 886 del Código Civil, los tipos de bienes muebles reconocidos por el legislador, los cuales se pueden dividir en: (i) muebles por naturaleza, (ii) muebles por analogía, y (iii) muebles por ficción legal. Estos últimos son aquellos que son imperceptibles por los sentidos, y sobre los cuales no puede predicarse su condición de movilidad o inmovilidad.²²

Sobre los bienes incorporeales no son abarcados bajo el tratamiento de los derechos reales debido a que no se adecúan a perfectamente al régimen debido a que no existe posesión, usucapión ni tradición, tratamiento similar al adoptado por Código Civil Alemán (BGB)²³

Por lo tanto, los factores diferenciales que alejan el régimen jurídico de bienes corporales e incorporeales son esencialmente dos, el hecho generador de atribución y la determinación de los bienes.

En primer lugar, el hecho generador de atribución de los bienes corporales se caracteriza por ser posesoria mientras que en los bienes incorporeales esta característica es distinta. Como señala Mario Rotondi, los objetos

²¹ *Ibid.*, pp. 13

²² GONZÁLES, G. (2019). Tratado de derechos reales. Lima: Jurista Editores.

²³ MARIANI Y ABELLA, op. cit., pp. 55.

incorporales se convierten en bienes cuando tiene contenido patrimonial y son susceptibles de tutela jurídica autónoma.²⁴

En segundo lugar, los bienes corporales conforman una categoría indefinida pues no existen límites para la apropiación de las realidades del mundo externo, siempre que consistan en entidades físicamente sometibles a la voluntad del titular y valorables económicamente, mientras que los bienes incorporales, su tutela se halla limitada a las modalidades previstas en la ley.²⁵

No obstante, en nuestro ordenamiento jurídico, la cuestión de bienes incorporales no está cerca de resolverse, entendiendo a los bienes como aquellos que pueden ser objeto de derecho, qué duda cabe los bienes corporales si pueden enmarcarse en el tratamiento expreso del Código Civil, mientras que los incorporales resultan precisamente relevantes dependiendo del tratamiento jurídico que se establezca más que cualquier consideración doctrinaria.²⁶

En ese sentido, conforme a lo indicado en la primera sección del presente trabajo, existen posiciones doctrinarias que consideran a los activos digitales como bienes muebles incorporales fundamentando su posición en el *numerus apertus* de los bienes muebles e indicando que específicamente un tipo de activo digital como el *bitcoin* califica como bien mueble al tener contenido patrimonial y al gozar de autonomía.

Desde nuestra perspectiva jurídica sostenemos la posición de que los activos digitales no son bienes muebles pasibles de derechos reales debido a que a pesar de las posiciones doctrinarias e interpretativas subsumiendo estos instrumentos en un *numerus apertus*, estos necesitan de un cuerpo normativo específico que establezcan prerrogativas adaptables a la funcionalidad de los activos digitales.

Ahora bien, valiéndonos de las posiciones doctrinarias anteriormente citadas encontramos que los activos digitales no son bienes muebles debido a que estos carecen de relevancia jurídica al no ser regulados por una norma de carácter especial indicando que estos pueden ser pasibles de relaciones jurídicas (objeto de derecho). El *numerus apertus* de los

²⁴ GONZÁLES, op. cit., pp. 240.

²⁵ *Ibid.*, pp. 240.

²⁶ BIONDI, op. cit., pp. 58.

bienes muebles establecido en el Código Civil se encuentra enfocado en abarcar la totalidad de bienes muebles corporales que no pueden ser enunciados por su extensa pluralidad e históricamente los bienes incorporeales han sido definidos como derechos subjetivos sobre los cuales podría recaer voluntad de posesión, en consecuencia, ha sido una característica preexistente la existencia jurídica de estos.

Caso contrario, la libre determinación doctrinaria y valerse del *numerus apertus* de los bienes muebles, solamente omite un paso previo del análisis de calificar a los activos digitales como bienes que consecuentemente lo calificaría como objeto de derechos, por ende, genera el incentivo perverso de establecer relaciones espurias sobre idealidades y vivir en el mercado de las ideas haciendo un parangón al mundo que Platón esbozo en sus Diálogos.

Ahora bien, valiéndonos de la economía mediante el Análisis Económico del Derecho (en adelante, “AED”), también concluimos que los activos digitales en el ordenamiento jurídico peruano no deben considerarse como un bien mueble.

En ese sentido, la regulación específica de los activos digitales puede reducir los altos costos de transacción propios de este tipo de activos, esto a través de un régimen específico de propiedad que se adecúe a la naturaleza de este tipo de activos.

En ese sentido, Ronald Coase²⁷ indica que el problema de las externalidades, lo que es un fundamento base para el costo social, es solucionado por un sistema claro de derechos de propiedad.

En esa misma línea, el profesor de la Universidad de Chicago sostiene que las instituciones legales y económicas son relevantes y tienen impacto en el mercado debido a que los costos de transacción no son cero y además el derecho de propiedad no se encuentra perfectamente definido.

Ahora bien, en el mundo de los activos digitales los costos de transacción son altísimos debido a los siguientes factores: (i) alta asimetría de información, (iii) ambigüedad normativa, (iv) costos de resolución de conflictos.

²⁷ COASE, R. (1960). The problem of social cost. Journal of Law and Economics, 3, pp. 1-44.

Evidentemente los activos digitales como los *tokens* representan un alto grado de asimetría de información debido a que estos involucran el conocimiento de la tecnología *blockchain*, el protocolo de los *tokens*, las limitaciones tecnológicas y el código de contrato inteligente, sobre todo en los *security tokens* que involucran una inversión para ello la necesidad de una regulación específica que establezca medidas de revelación de información esencial en favor de la contraparte es indispensable para la reducción de los costos generados por esta falla de mercado.

Asimismo, en cuanto a la ambigüedad normativa esta se genera debido a que no existen disposiciones normativas claras que establezcan la naturaleza jurídica de este tipo de activos, en consecuencia, estos últimos no se podrían subsumir bajo un régimen legal para las transacciones realizadas, aunque a pesar de que como la línea académica y profesional jurídica indique que estos deberían ser calificados como bienes muebles, las disposiciones normativas no se adaptarían a las características de estos activos, lo cual tendría como consecuencia inmediata su ineficacia sobre este tipo de activos y una falsa percepción de seguridad jurídica.

En consecuencia, a pesar de que los activos digitales, específicamente los *tokens*, puedan ser calificados como bienes muebles no soluciona el problema sino lo agudiza al aumentar el riesgo de selección adversa al subsumir en el régimen de derechos reales bienes incorpóreos que no tienen una regulación específica cuyas disposiciones se adecúen a las características de este tipo de activos.

Ahora bien, analicemos un reciente pronunciamiento del Tribunal Registral de SUNARP²⁸ que analiza la naturaleza de un criptoactivo en el marco de la constitución de una sociedad.

El 13 de noviembre de 2024, el Tribunal Registral declaró fundada la apelación sobre la inscripción de la constitución de una sociedad anónima cerrada con criptomonedas como capital social y ordenó que esta se inscriba en el Registro de Personas Jurídicas, la cuestión a determinar en esta resolución fue si las criptomonedas pueden ser objeto de capital social en la constitución de la sociedad.

²⁸ Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. (2024). Resolución 4920-2024-SUNARP-TR (NSIR-T). Tribunal Registral. Disponible en: <https://resolucion.tribunal.sunarp.gob.pe/sir-tribunal-publico/>

Ante ello, el Tribunal Registral realiza un análisis de subsunción jurídica inconexo enmarcando a las criptomonedas como bienes muebles, en primer lugar, define las características de un bien según Biondo Biondi, después esboza la clasificación de bienes materiales e inmateriales y, finalmente, termina con la siguiente *ratio decidendi*: “si bien las criptomonedas no tienen regulación legal especial, por ser una figura nueva que nace con los avances tecnológicos; no es menos cierto que, éstas encajarían dentro del supuesto establecido en el inciso 10 del artículo 886 del Código Civil [Cláusula abierta], por lo que serían consideradas como bienes muebles”.

El análisis del Tribunal Registral, desde nuestra perspectiva no sería el adecuado debido a que si bien enuncia las instituciones jurídicas que serían aplicables a fin de determinar la materia en cuestión no realiza el análisis de subsunción sobre este último. Haciendo un símil explicativo con el método científico es como exponer la metodología que se planea usar para demostrar una hipótesis, pero esta no se utiliza al momento de la comprobación.

El Tribunal Registral para determinar si efectivamente las criptomonedas son pasibles de utilizarse como capital de una sociedad anónima cerrada, debió realizar un análisis teniendo en cuenta lo siguiente de manera progresiva: (i) si las criptomonedas son bienes y (ii) que tipo de bienes son las criptomonedas.

Dentro de la parte considerativa del Tribunal Registral, uno de los criterios que otorga contenido a si algo debe ser considerado como bien es que este debe tener relevancia jurídica, lo que es indiferente al ordenamiento legal no es bien. La relevancia jurídica, es decir el interés, la impone la ley.

En ese sentido, retomamos lo que indicamos en párrafos precedentes, un tema es el análisis de la realidad desde el mundo ontológico, estableciendo la esencia de las cryptoactivos, y otro diferente es el mundo jurídico que determina si efectivamente este tiene alguna consecuencia jurídica, por lo tanto, desde nuestro sistema positivista, no queda duda que los cryptoactivos aún no gozan de efectos jurídicos al no tener un tratamiento específico.

Tomando como referencia a la propiedad intelectual, ya sean los derechos de autor o la propiedad industrial, estos bienes incorporeales para ser considerados así tienen un acogimiento expreso por parte del Código

Civil. Asimismo, ostentan de un tratamiento jurídico sofisticado a través de distintas fuentes normativas formales, lo mismo debería suceder con el tratamiento de los criptoactivos teniendo que ser reconocidos como bienes muebles de manera expresa y tener un tratamiento jurídico específico bajo fuentes formales de derecho.

VI. Conclusiones

Desde la perspectiva del Derecho Privado peruano podemos concluir lo siguiente:

- Los activos digitales no son bienes muebles debido a que al ser incorpóreos necesitan un cuerpo normativo específico que los haga pasibles de ser objeto de relaciones jurídicas.
- El otorgarle la naturaleza jurídica de bienes muebles a los activos digitales incrementará el riesgo de selección adversa por la generación de una falsa percepción de seguridad jurídica.
- Los activos digitales no pueden calificarse per se cómo valores mobiliarios bajo la supervisión de la SMV, es necesario que a través del principio de primacía de la realidad puedan subsumirse como un valor mobiliario positivizado en un cuerpo normativo específico.