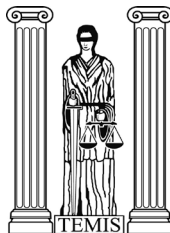


ANDRÉS GÁMEZ RODRÍGUEZ

Abogado con profundización en derecho comercial, egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y especialista en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes. Profesor de Contratos Bancarios de su Alma Mater y de Derecho Cambiario y Financiero en la Universidad El Bosque.

OBLIGACIONES DE DINERO, INTERESES Y OPERACIONES EN CRIPTOMONEDAS



EDITORIAL TEMIS S. A.

Bogotá - Colombia

2020

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Agradecimientos	IX
Prólogo	XI
Introducción	1

CAPÍTULO I

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DINERO

1. El dinero: sus funciones y características	3
A) Funciones del dinero	5
B) Características del dinero	8
a) Universal	8
b) Atemporal	9
c) Representativo	9
d) Durable	9
e) Uniforme y fungible	9
f) Divisible	10
g) Líquido	10
h) Jurídicamente consumible	10
2. Un catálogo de los tipos de moneda conocidos en la historia	11
A) El dinero mercancía	11
B) El dinero representativo	11
a) El dinero representativo con descuento	13
C) El dinero fiduciario	14
D) El dinero de curso legal y el dinero fiduciario de curso legal	16
a) El valor del dinero de curso legal fiduciario	18
a') La inflación, la hiperinflación y la deflación	18
1. La inflación	20
2. La hiperinflación	24
3. La deflación	25
b') La devaluación y el tipo de cambio	28
E) La obligación como dinero: el dinero deuda	32
a) El dinero deuda y el dinero bancario	33
a') La actividad financiera	35
b') La actividad bancaria	38
c') La banca central	43
d') El encaje bancario	45

	PÁG.
e') Los sistemas monetarios de reserva fraccionaria y reserva ciento por ciento	46
f') El dinero bancario.....	46
3. El dinero y los responsables de su creación en la actualidad	53

CAPÍTULO II

RÉGIMEN GENERAL DE OBLIGACIONES DE DINERO E INTERESES

1. La obligación dineraria principal: el capital	57
A) ¿Cómo se pactan las obligaciones dinerarias?	57
a) Las obligaciones de moneda y el principio nominalista	59
b) Las obligaciones dinerarias de valor y el principio valorista: la corrección monetaria.....	60
c) El estado actual del régimen colombiano en materia de nominalismo y valorismo monetario	61
a') El nominalismo monetario como regla general en Colombia.....	61
b') La corrección monetaria en Colombia.....	66
1. La corrección monetaria de fuente contractual.....	66
2. La corrección monetaria de fuente legal y jurisprudencial.....	67
3. El pacto de obligaciones dinerarias en moneda extranjera.....	70
B) ¿Cómo se pagan las obligaciones dinerarias?	70
a) El pago de obligaciones dinerarias de valor	71
a') El pago de obligaciones dinerarias pactadas en moneda extranjera	71
b') El pago de obligaciones dinerarias de valor que no utilicen como método de corrección la referencia a una divisa extranjera.....	74
b) El problema del pago en efectivo de las obligaciones dinerarias	74
c) El pago anticipado en las obligaciones dinerarias	75
a') El pago anticipado por iniciativa del deudor: la renuncia del plazo	75
1. El pago anticipado por iniciativa del deudor ante entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.....	77
2. El pago anticipado por iniciativa del deudor en créditos para la adquisición de vivienda	81
b') El pago anticipado por iniciativa del acreedor: la aceleración del plazo.....	81
1. Aceleración del plazo de fuente legal	82
2. Aceleración del plazo de fuente contractual: la cláusula aceleratoria.....	83
3. Tipos de cláusulas aceleratorias.....	84
4. Límites a las cláusulas aceleratorias de obligaciones dinerarias comerciales pagaderas mediante cuotas periódicas.....	86
5. Límites a las cláusulas aceleratorias en créditos para la adquisición de vivienda.....	86

	PÁG.
6. Límites a las cláusulas aceleratorias derivados de las normas imperativas y el derecho del consumidor	87
c') Algunos casos prácticos de pago anticipado.....	87
d) La imputación del pago en las obligaciones dinerarias	89
C) Otras regulaciones relacionadas con la obligación dineraria principal	90
a) Naturaleza jurídica de las obligaciones dinerarias. ¿Obligaciones de dar y nunca de hacer?.....	90
b) Riesgo en las obligaciones dinerarias	93
2. La obligación dineraria accesoria: los intereses	94
A) Cuestiones preliminares: naturaleza jurídica, características y clasificación de los intereses.....	95
a) Naturaleza jurídica del interés	95
b) Características de los intereses	96
c) Clasificaciones de los intereses.....	97
a') Según su período de causación: intereses remuneratorios e intereses moratorios	97
b') Según su fuente: intereses legales y convencionales	97
c') Según la modalidad de pago y expresión matemática	98
1. Componentes de la tasa de interés	98
2. Tasas de interés simples y compuestas	100
3. Tasas de interés nominales y efectivas	103
4. Tasas de interés fijas o variables.....	106
d) El interés corriente civil, el interés legal civil, el interés legal comercial y el interés bancario corriente	107
a') El interés corriente del Código Civil	107
b') El interés legal del Código Civil	108
c') El interés legal comercial del Código de Comercio	108
d') El interés bancario corriente	108
1. Interés bancario corriente de crédito de consumo ordinario.....	109
2. Interés bancario corriente de microcrédito	109
3. Interés bancario corriente para crédito de consumo de bajo monto	109
B) El régimen general de intereses en Colombia en diez puntos	110
a) Regulación de intereses en cuanto a la función remuneratoria y moratoria	110
a') El plazo suspensivo como presupuesto necesario de los intereses remuneratorios	110
b') La mora del deudor como presupuesto necesario de los intereses moratorios	111
1. El deudor debe perjuicios al acreedor.....	113
2. El deudor deberá las cláusulas penales estipuladas	114
3. El deudor deberá asumir el riesgo de pérdida del cuerpo cierto	114
4. Deberá intereses moratorios	115
c') Funciones y efectos de los intereses remuneratorios	116
1. Compensar al acreedor por privarse de hacer uso del dinero por el tiempo transcurrido entre el nacimiento de la obligación y el vencimiento del plazo	116

	PÁG.
2. Ser una prima por el riesgo de insolvencia del deudor.....	116
3. Corrección monetaria	116
d') Funciones y efectos de los intereses moratorios.....	117
1. Para el deudor, constituye una sanción por haber incumplido su obligación	117
2. Para el acreedor son una indemnización de perjuicios por el incumplimiento del deudor	117
3. Corrección monetaria	117
b) Regulación de intereses en cuanto a su compatibilidad con la corrección monetaria.....	118
c) Regulación de intereses en cuanto a su causación legal	120
a') Causación legal de intereses en materia civil	120
1. Causación legal de intereses remuneratorios civiles	120
2. Causación legal de intereses moratorios civiles	121
b') Causación legal de intereses compensatorios civiles: una categoría independiente	121
c') Causación legal de intereses en materia comercial.....	122
1. Causación legal de remuneratorios comerciales.....	122
2. Causación legal de moratorios comerciales.....	122
d) Regulación de intereses en cuanto su tasa supletiva.....	123
a') Tasa supletiva de interés en materia civil	123
b') Tasa supletiva moratoria por incumplimiento de obligaciones dinerarias derivadas de la obligación de realizar las restituciones mutuas por la declaración de nulidad de un contrato mercantil.....	124
e) Regulación de intereses en cuanto a sus límites	128
a') Límites a los intereses en materia civil.....	128
b') Límites a los intereses en materia comercial	129
c') Límites a los intereses en créditos otorgados por establecimientos de crédito.....	131
d') Límites a los intereses en créditos para adquisición de vivienda.....	132
e') Límites a los intereses en obligaciones dinerarias denominadas en divisa extranjera.....	133
f') Las tasas variables y la modificación unilateral de tasas fijas	135
f) Regulación de intereses en cuanto a las sanciones por exceder los límites a los intereses	135
a') Sanciones civiles a los intereses en exceso.....	136
b') Sanciones comerciales a los intereses en exceso	137
1. Las dos sanciones comerciales	137
2. Armonización de ambas sanciones comerciales.....	138
c') No existen sanciones generales por el mero pacto de intereses, únicamente por su cobro	144
d') Nuestra lectura sobre el ámbito de aplicación de los artículos 2233 del Código Civil, 884 del Código de Comercio y 72 de la ley 45 de 1990	145

	PÁG.
g) Regulación de intereses en cuanto al delito de usura.....	147
a') Delimitación de la conducta punible	147
b') El delito de usura en el tiempo y los pactos de intereses civiles y comerciales	149
c') Crítica al sistema de límites colombiano	150
h) Regulación de intereses en cuanto a las sumas que se reputan intere- ses: la simulación de intereses	153
i) Regulación de intereses en cuanto al anatocismo y la capitalización de intereses	156
a') Anatocismo: noción y regulación	157
1. Noción de anatocismo	157
2. Regulación aplicable al anatocismo	159
b') Capitalización de intereses: noción y regulación.....	166
1. Noción de capitalización de intereses.....	168
2. Regulación de la capitalización de intereses	170
c') Efectos del anatocismo y de la capitalización de intereses en cuanto al pacto y la liquidación de intereses	172
1. Liquidación de intereses y anatocismo	172
2. Liquidación de intereses y capitalización de intereses	174
j) Regulación de intereses en cuanto a su pago.....	175
a') La imputación del pago cuando se deben intereses	175
b') La presunción de pago de intereses por expedición del recibo.....	176
c') El pago de intereses no causados en materia civil.....	176

CAPÍTULO III

LAS CRIPTOMONEDAS

1. ¿Qué es y cómo funciona el sistema monetario Bitcoin?.....	178
A) El dinero digital	178
a) El dinero bancario como dinero digital.....	178
B) ¿Qué es Bitcoin?	180
C) ¿Cómo funciona el sistema Bitcoin?	184
a) Características del sistema Bitcoin	185
b) Los retos de un sistema monetario digital y descentralizado Bitcoin... ..	188
c) Los componentes del sistema monetario Bitcoin	189
a') El “transaction chain” o cadena de transacciones.....	189
b') El “blockchain” o cadena de bloques	190
c') El “proof-of-work”, la “prueba de trabajo” o “carrera matemática” ..	191
d') Los incentivos para la Red Bitcoin honesta, la creación de Bitcoin, la minería y los costos reales del sistema	194
e') La firma electrónica de clave pública y privada	196
1. La inmaterialidad de Bitcoin: Bitcoin como información, su pér- dida, robo, las “billeteras online” y su almacenamiento.....	197
D) ¿Qué es y cómo funciona el sistema monetario Bitcoin? Conclusiones ...	199

	PÁG.
2. ¿Cómo se diferencian las criptomonedas de los métodos electrónicos alternativos de disposición del dinero?.....	202
3. ¿Bitcoin es dinero?	202
A) Bitcoin como dinero: ventajas y desventajas	203
a) Bitcoin como dinero.....	203
b) Ventajas y desventajas del sistema monetario Bitcoin.....	205
a') Ventajas del sistema monetario Bitcoin.....	205
b') Desventajas del sistema monetario Bitcoin	206
4. ¿Qué son las criptomonedas y qué otros tipos de criptomonedas existen?	208

CAPÍTULO IV

RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LAS OPERACIONES EN CRIPTOMONEDAS: LAS CRIPTOMONEDAS COMO BIENES. LAS OBLIGACIONES Y LOS CONTRATOS DE CRIPTOMONEDAS

1. La falta de reconocimiento legal: los bitcoin y las criptomonedas no son moneda ni divisa extranjera	213
A) Las criptomonedas no son dinero	213
B) Las criptomonedas no son divisas	215
2. El régimen legal de las criptomonedas como bien de la economía	216
A) Las criptomonedas como documento electrónico original, pseudo-anónimamente transferible	216
a) El concepto de documento	216
b) El concepto jurídico de documento	218
a') Clasificación jurídica de los documentos.....	218
1. Según su contenido: declarativos y representativos	218
2. Según su finalidad: como requisito de existencia de un acto jurídico y como prueba	219
3. Según su emisor: (i) públicos o privados y (ii) de parte o de tercero	219
4. Según la certeza del autor: auténticos y no auténticos	219
c) Concepto jurídico de documento electrónico o documento en forma de mensaje de datos	220
a') El mensaje de datos como documento electrónico	221
1. La garantía de posterior consulta y el equivalente funcional de escrito.....	221
2. La integridad y el equivalente funcional de original	222
3. La firma electrónica y el equivalente funcional de firma para la autenticidad.....	224
d) Las criptomonedas como documento electrónico transferible, original pero no auténtico. Los documentos electrónicos originales y pseudo-anónimamente transferibles	226

e) Una solución a la falta de autenticidad de las criptomonedas pseudo-anónimas. Las criptomonedas como documento electrónico original, auténtico y pseudo-anónimamente transferible	228
B) Las criptomonedas como bien incorporal	229
C) Las criptomonedas como activo digital fungible	229
D) Las criptomonedas como activo jurídicamente consumible	229
E) Las criptomonedas como activo apreciable en dinero.....	230
F) Las criptomonedas como un activo lícito.....	230
3. El régimen general de las obligaciones de dar criptomonedas	231
A) La obligación principal de dar criptomonedas: el capital.....	231
a) Características de las obligaciones de dar criptomonedas	231
b) Regulación en cuanto al pacto de obligaciones de dar criptomonedas	233
c) Regulación en cuanto al pago de obligaciones de dar criptomoneda ...	235
a') El pago de obligaciones de criptomonedas.....	235
b') El pago de obligaciones dinerarias con criptomonedas.....	236
c') El problema de la autenticidad de las criptomonedas pseudo-anónimas y la prueba de su pago	237
d') El problema del cobro de criptomonedas	238
d) Otras regulaciones sobre las obligaciones de dar criptomonedas.....	239
B) La obligación accesoria de dar criptomonedas: la tasa de interés de criptomonedas.....	240
a) Posibilidad jurídica de pactar intereses en otros bienes fungibles distintos a dinero.....	240
b) Diferencias del régimen de interés de criptomonedas y del régimen de interés de dinero.....	241
a') En general, los intereses en criptomoneda se causan de manera convencional y no legal	242
b') No existe tasa supletiva a los intereses moratorios en criptomoneda en el Código Civil	242
c) El régimen de intereses en criptomonedas en diez puntos.....	243
C) Las obligaciones de dar criptomonedas y la costumbre	243
4. Los efectos de incluir una obligación de dar criptomonedas en el régimen aplicable a un contrato	243
A) Generalidades relevantes de los contratos.....	244
a) Noción de contrato.....	244
b) Elementos de un contrato.....	244
c) Las normas imperativas y supletivas	245
d) El régimen aplicable a los contratos	246
e) Los contratos típicos y atípicos.....	247
B) El efecto de incluir una obligación de dar criptomonedas en el régimen aplicable a un contrato.....	249

	PÁG.
a) La obligación de dar criptomonedas en el régimen aplicable a un contrato típico	250
b) La obligación de dar criptomonedas en el régimen aplicable a un contrato atípico	253
5. Algunos aspectos procesales y probatorios de las operaciones en criptomonedas	253
A) El propietario de criptomonedas.....	254
B) Las transferencias de criptomonedas.....	255
C) La toma de control de criptomonedas	256
6. Las medidas cautelares, adjudicación y extinción de dominio de criptomonedas	257
A) Las medidas cautelares	257
B) La adjudicación	258
C) La extinción de dominio.....	259
Bibliografía	261
Índice de disposiciones.....	267
Índice de materias	269

CAPÍTULO IV

RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LAS OPERACIONES EN CRIPTOMONEDAS: LAS CRIPTOMONEDAS COMO BIENES. LAS OBLIGACIONES Y LOS CONTRATOS DE CRIPTOMONEDAS

En este capítulo determinaremos el régimen patrimonial aplicable a las operaciones en criptomonedas en Colombia, a partir de las normas generales de bienes, obligaciones y contratos, tomando en consideración que legalmente no son consideradas dinero ni divisas. Con este propósito desarrollaremos los siguientes temas: (i) su falta de reconocimiento legal como moneda y divisa; (ii) su régimen legal como bien en la economía; (iii) el régimen aplicable a la obligación de dar criptomonedas, como capital en criptomonedas y como intereses; (iv) los efectos de incluir obligaciones dinerarias por obligaciones de criptomonedas en el régimen aplicable a un contrato, y (v) algunos aspectos procesales y probatorios de estas operaciones.

Por razones metodológicas en este capítulo explicaremos algunos aspectos a partir de las criptomonedas Bitcoin. En estos casos los análisis serán aplicables a las demás criptomonedas que no sean de curso legal.

1. LA FALTA DE RECONOCIMIENTO LEGAL: LOS BITCOIN Y LAS CRIPTOMONEDAS NO SON MONEDA NI DIVISA EXTRANJERA

El régimen jurídico colombiano actual, si bien no prohíbe su comercialización, no permite que Bitcoin y las criptomonedas en general, sean consideradas como dinero ni divisa extranjera en Colombia (ESPINEL LAVERDE, 2016).

El Banco de la República, en concepto JDS-10625 de 9 de mayo de 2014¹, determinó que los Bitcoin y las criptomonedas no son dinero ni divisa en el régimen jurídico colombiano, de conformidad con los siguientes argumentos:

A) *Las criptomonedas no son dinero*

Con fundamento en el principio de soberanía monetaria, la Constitución Política de Colombia establece que (i) el Congreso tendrá la función de “determinar

¹ Cfr. Superintendencia Financiera, carta circular 52 de 2017 y Superintendencia de Sociedades, oficio 220-207096 de 25 septiembre 2017.

la moneda legal, la convertibilidad y el alcance de su poder liberatorio, y arreglar el sistema de pesos y medidas”² y (ii) el Banco de la República tendrá la función de emitir la moneda³. Según estas normas constitucionales, en Colombia solo jurídicamente solo es dinero aquel activo que (i) sea determinado por el Congreso de la República y (ii) sea emitido por el Banco de la República.

En desarrollo de estas facultades, mediante el artículo 8º de la ley 31 de 1992, el Congreso estableció: “La moneda legal expresará su valor en pesos de acuerdo con las denominaciones que determine la Junta Directiva del Banco de la República y será el único medio de pago de curso legal con poder liberatorio ilimitado” (énfasis fuera de texto).

Teniendo en cuenta que Bitcoin —y las criptomonedas en general—, a diferencia del peso colombiano, no ha sido declarado dinero por el Congreso y no es emitido por el Banco de la República, no es posible considerarlo dinero en Colombia. Esto tiene dos efectos jurídicos importantes:

1. Nadie está obligado a recibirlo.

2. Entregar y deber criptomonedas no es lo mismo que entregar o deber dinero. Si en una compraventa se pacta el precio en criptomonedas, como el precio debe expresarse en dinero, el contrato se transformará en permuta, y cabe preguntar: ¿un arrendamiento con canon pagado en criptomonedas seguiría siendo arrendamiento?; ¿una agencia comercial remunerada con criptomonedas seguirá siendo agencia comercial?; ¿quién asume el riesgo de tipo de cambio? ¿es posible cobrar intereses en criptomonedas?; ¿el régimen de interés de las criptomonedas es el mismo del dinero?; ¿pueden entregarse criptomonedas como salario?; ¿cómo se ejecuta una obligación de dar criptomonedas?

Como la única moneda con poder liberatorio absoluto es el peso colombiano (reconocido por el Congreso y emitido por el Banco de la República) vemos muy difícil que el régimen jurídico colombiano alguna vez acepte las criptomonedas como dinero, pues sobre la base del principio de soberanía monetaria, ni siquiera las divisas extranjeras (dólar, euro o el renminbi chino) son aceptadas como tal.

Para que las criptomonedas sean aceptadas como dinero en Colombia se requiere una reforma legal, para que sean reconocidas por el Congreso, y otra constitucional, en cuanto al requisito de ser emitidas por el Banco de la República. El Congreso no puede aceptar como dinero ninguna divisa o criptomoneda que no haya sido emitida por el Banco de la República, pues de hacerlo vulneraría las competencias constitucionales del Banco de la República como emisor de moneda. Pero si se diese tal reconocimiento del Congreso, el Banco de la República podría emitir criptomonedas de curso legal que reemplacen o complementen el dinero efectivo.

² Const. Pol., art. 150 num. 13.

³ Const. Pol., art. 371.

B) *Las criptomonedas no son divisas*

En el citado concepto y específicamente en el comunicado de prensa de 1º de abril de 2014, el Banco de la República argumentó que, teniendo en cuenta que Bitcoin no tiene respaldo de una banca central de otro país, no puede ser considerado divisa y, por ende, no puede ser utilizado en el mercado cambiario, así:

“El Banco de la República se permite informar que:

”1. La única unidad monetaria y de cuenta en Colombia es el peso (billetes y monedas) emitido por el Banco de la República.

”2. El bitcoin no es una moneda en Colombia y, por lo tanto, no constituye un medio de pago de curso legal con poder liberatorio ilimitado. No existe entonces obligatoriedad de recibirlo como medio de cumplimiento de las obligaciones.

”3. El bitcoin tampoco es un activo que pueda ser considerado una divisa debido a que no cuenta con el respaldo de los bancos centrales de otros países. En consecuencia, no puede utilizarse para el pago de las operaciones de que trata el Régimen Cambiario expedido por la Junta Directiva del Banco de la República”.

El Banco de la República cita el Capítulo 6 del Manual de Balanza de Pagos del Fondo Monetario Internacional, versión 6, Capítulo 3, que establece que, para que un bien sea considerado moneda (nacional o extranjera) debe provenir de la autoridad monetaria de una economía. Teniendo en cuenta que Bitcoin no es emitido por ninguna autoridad monetaria, no puede ser considerado moneda extranjera. Por ende, las operaciones cuyo precio de pague en Bitcoin o en criptomonedas no emitidas por Estados, no serán objeto de la regulación cambiaria colombiana.

Si en esencia, dinero es cualquier bien que se utilice como intermediario en el intercambio (MANKIW, 2009), si el Bitcoin es utilizado como tal, debe tener una condición jurídica propia o equiparable a las divisas extranjeras; lo contrario sería desconocer hechos económicos que ocurren y seguirán ocurriendo en la práctica. Consideramos que, quienes tienen a su cargo definir la política monetaria, tienen la responsabilidad de superar el pasado y regular este nuevo tipo de activos teniendo en cuenta la realidad económica y técnica. Una opción de regulación, que a nuestro juicio parece prudente, es crear una nueva categoría de activos digitales, con un régimen similar al de las divisas extranjeras, que incluya, por ejemplo, mecanismos hechos a la medida para la prevención del lavado de activos y la financiación al terrorismo. No perdamos de vista que la inseguridad jurídica siempre será una opción mucho más costosa que el reconocimiento y la regulación.

En suma, aunque no existe prohibición expresa de comerciar con criptomonedas, es claro que estas no son consideradas como moneda ni como divisa extranjera por el ordenamiento jurídico colombiano. Si bien los argumentos legales y constitucionales que apoyan la imposibilidad de considerarlas dinero son