



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS NFTs (*Tokens No Fungibles*)
Y ESTUDIO SOBRE SU TRIBUTACIÓN CONFORME AL
IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO**

Autor: Mar González Hernández

5º E-3 B

Derecho Financiero y Tributario

Tutor: Dr. Francisco Javier Alonso Madrigal

Madrid

Abril 2023

ÍNDICE

1. CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN: QUÉ ES UN NFT.....	1
1. DEFINICIÓN.....	1
2. CONSIDERACIONES GENERALES.....	3
2. CAPÍTULO II. CUÁL ES LA NATURALEZA JURÍDICA DE UN NFT. ¿BIEN O SERVICIO?.....	6
1. DIFERENCIAS CON LAS CRIPTOMONEDAS Y REGLAMENTO MICA.....	6
2. ANÁLISIS DEL SMART CONTRACT	7
<i>I. Tecnología Blockchain</i>	<i>8</i>
<i>ii. Régimen jurídico de los contratos inteligentes</i>	<i>9</i>
3. QUÉ SE ADQUIERE CON LA TRANSMISIÓN DE UN NFT	11
<i>I. Aplicaciones del blockchain y smart contract al derecho de la propiedad intelectual....</i>	<i>11</i>
<i>i. Los derechos subyacentes a su adquisición</i>	<i>13</i>
3. CAPÍTULO III: PROBLEMÁTICA IVA. IMPUESTO ARMONIZADO Y RECOMENDACIONES DE LA UE.....	18
1. IVA: ¿DÓNDE SE ENCUADRAN LOS NFTs?	19
<i>I. Consideración de empresario o profesional a efectos de la ley del iva.....</i>	<i>19</i>
<i>ii. Naturaleza de la operación a efectos de la ley del iva</i>	<i>22</i>
<i>iii. Breve apunte sobre el régimen de los artistas en la ley del iva.....</i>	<i>26</i>
2. IVA: REGLAS DE LOCALIZACIÓN DEL HECHO IMPONIBLE	30
4. CAPÍTULO IV: PROBLEMÁTICA PRÁCTICA. IMPOSIBILIDAD DE IDENTIFICACIÓN DE LA NATURALEZA DEL COMPRADOR Y SU LOCALIZACIÓN	37
1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	37
2. SOLUCIONES	40
5. CONCLUSIONES Y CONTRASTE CON LAS CONSULTAS VINCULANTES V0486-22 y V2274-22 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS	43
1. EVOLUCIÓN DEL CRITERIO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS	43
<i>I. Naturaleza de las transmisiones de nfts</i>	<i>43</i>
<i>ii. El papel de los marketplaces.....</i>	<i>45</i>
2. APUNTE FINAL.....	47

1. CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN: QUÉ ES UN NFT

1. DEFINICIÓN

Así es cómo el diccionario de Oxford define los NFTs: “*una unidad de información adjunta a un archivo digital único, como una canción o vídeo, que acredita la identidad del titular del archivo*”¹. Pero para abarcar la definición de lo que es un NFT (Non – Fungible – *Token*) o en español, un *token* no fungible, conviene aclarar en primer lugar qué se entiende tanto por un *token* como por la no fungibilidad.

Se puede definir el “*token*” como una unidad de información registrada en una cadena de bloques o en un sistema de *blockchain* de manera que el contenido se vuelve inalterable y no puede ser duplicado ni falsificado. Por otro lado, el hecho de que un elemento sea fungible implica que se consumirá con su uso y puede ser sustituido por otro elemento de la misma especie, calidad y cantidad.² Vemos la diferencia entre dos billetes de 50 euros (fungibles) y dos obras de arte/artículos de coleccionista (no fungibles).

Tomando en consideración el título de los NFTs y uniendo las dos definiciones anteriores, los definimos como la secuencia de datos enlazada a activos digitales que representan objetos como el arte, artículos coleccionables, avatares, e incluso vídeos o un texto (en resumen, todo aquello que pueda tener una representación digital)³; cuyo valor añadido o característica esencial es que son únicos e irrepetibles en el tráfico, y su autenticidad queda demostrada por la inalterabilidad del sistema de bloques o *blockchain*⁴.

Cabe destacar la necesidad general de acudir a una plataforma digital –los llamados *marketplaces* – para la compra y venta de *tokens* no fungibles, lo cual puede resultar un atractivo para los artistas digitales que se deshacen así de los tradicionales intermediarios,

¹University of Oxford, *Oxford Advanced Learner's Dictionary*, 2023, (disponible en https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/token_1)

² Zúñiga Segura, L. “¿Qué son y cómo se utilizan actualmente los NFT?”, *Investiga.TEC*, vol.15, n.44, 2022, pp. 3

³ *Ibid*, pp. 3-5

⁴ Nadini, M., Alessandretti, L., Di Giacinto, F. et al. “Mapping the NFT revolution: market trends, trade networks, and visual features”, *Sci Rep* 11, 20902, 2021, pp. 1 (disponible en <https://doi.org/10.1038/s41598-021-00053-8>).

pero habrán de atender a las condiciones y comisiones exigidas tanto en la transacción como en la simple creación de un NFT.

Aunque lo común es que el activo digital tenga su origen en formato digital, también existe la posibilidad de digitalizar obras ya existentes en el mundo físico para su traslado al mundo virtual. Es el ejemplo de la obra de Miguel Ángel “*Tondo Doni*”, expuesta físicamente en la Galería de los Uffizi en Italia, que puso en venta la versión digital de la obra como NFT⁵. Esto puede dar lugar a situaciones jurídicamente complejas como la primera resolución judicial dictada en España sobre NFTs referidos a las copias digitales de los cinco cuadros autoría de Joan Miró, Antoni Tàpies y Miquel Barceló que Mango creó y expuso para la apertura de su nueva tienda en Nueva York.⁶

En segundo lugar, el hecho de que un artista digital pueda crear series de ediciones limitadas supone un inconveniente para el comprador.⁷ El artista podrá vender cinco o diez copias del mismo cuadro o fotografía, y cada una de esas copias quedará registrada en una serie de datos diferente, dando lugar a varios NFTs con la misma imagen digital⁸. En efecto, la transmisión de un NFT implica la no duplicidad de la copia que se transmite, pero no impide que la obra subyacente sea duplicada y transmitida en el mundo digital (e incluso, en el mundo físico) por parte del artista.⁹

En consecuencia, el *token* representado por ese NFT seguirá siendo único y el artista no estará minorando el derecho de los coleccionistas o inversores, pero por la lógica de la oferta, demanda, y exclusividad, su adquisición tendrá menos valor si existen más archivos digitales de contenido pictórico idéntico¹⁰.

⁵ *Ibid.*, pp. 3-4

⁶ Zorraquino, A. y Martí Casado, J. “Primera resolución judicial en España sobre los NFTs: reproducción y transformación”, *Periscopio Fiscal y Legal*, 2022 (disponible en <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/primera-resolucion-judicial-en-espana-sobre-nfts-reproduccion-y-transformacion/>)

⁷ Nadini, M., Alessandretti, L., Di Giacinto, F. et al. “Mapping the NFT revolution: market trends,...”, op. cit., pp. 2

⁸ Zúñiga Segura, L. “¿Qué son y cómo se utilizan...”, op. cit., pp. 3

⁹ Cuesta Valera, S., Fernández Valdés, P. y Muñoz Viñas, S. “NFT y arte digital: nuevas posibilidades para el consumo, la difusión y preservación de obras de arte contemporáneo”, *Artnodes*, n.28, 2021, p. 5 (disponible en <http://doi.org/10.7238/a.v0i28.386317>)

¹⁰ Rubio, A. “La Criptomoda: el fenómeno de los NFT llega a la ropa”, *Vein*, 2022 (disponible en <https://vein.es/la-criptomoda-el-fenomeno-de-los-nft-llega-a-la-ropa/>)

2. CONSIDERACIONES GENERALES

Las posibilidades de digitalización de elementos físicos son infinitas¹¹, pero unido a este carácter disruptivo e innovador, encontramos los vacíos legales y problemáticas jurídicas que están planteando los NFTs en todos los ordenamientos jurídicos.

En el caso expuesto sobre la digitalización del “*Tondo Doni*” de Miguel Ángel, la mínima recaudación que obtuvo la Galería de los Uffizi obligó al gobierno italiano a temporalmente prohibir a la instituciones firmar contratos relacionados con NFTs por su complejidad e imprevisibilidad con el fin de evitar contratos abusivos¹². El caso descrito sobre la exposición de Mango despliega el debate jurídico sobre los derechos de reproducción y transformación digital en la creación de un NFT de una obra con soporte físico de la que se acredita un derecho de exhibición. Asimismo, la consideración de la creación y exposición del NFT como “uso inocuo” que por tanto permitiría prescindir de la autorización de los titulares de la obra¹³.

Es evidente que transacciones de esta magnitud requieren de una labor de interpretación y construcción del Derecho por parte de legisladores y jueces ante la ausencia de un marco legal aplicable que pone en peligro a todos los particulares implicados.

Desde determinar qué es jurídicamente un NFT y qué derechos se entienden transferidos con su transmisión, hasta establecer cuál es la protección jurídica que se ofrece a los usuarios que participen en los *marketplaces*, suponen un reto jurídico agravado por la inexistencia de una autoridad encargada de supervisar estas plataformas digitales y el *blockchain*. La protección jurídica deberá ofrecerse tanto a los compradores a fin de evitar que sufran una estafa, como a los vendedores para garantizar la seguridad de sus obras digitales del mismo modo que ocurriría con sus creaciones físicas en una exposición de un museo o galería¹⁴.

¹¹ *Id.*

¹² Dubreil, J. “El Gobierno italiano ha detenido la venta de NFT basados en obras maestras de los museos del país”, *Artmajeur*, 2022 (disponible en <https://www.artmajeur.com/es/magazine/2-noticias-de-arte/el-gobierno-italiano-ha-detenido-la-venta-de-nft-basados-en-obras-maestras-de-los-museos-del-pais/331825>)

¹³ Zorraquino, A. y Martí Casado, J. “Primera resolución judicial en España...”, op. cit.

¹⁴ Zúñiga Segura, L. “¿Qué son y cómo se utilizan...”, op. cit., pp. 5

Así queda demostrado que ámbitos del Derecho tan importantes como la Propiedad Intelectual, el Derecho Civil y el Derecho Mercantil se ven ampliamente afectados por el nacimiento de las transacciones con *tokens* no fungibles, con especial incidencia y como tema central de este estudio el Derecho Tributario.

La ausencia de regulación desvela que los criptoactivos han tenido durante los últimos años una evolución más rápida que la que han podido seguir los legisladores en materia tributaria. Todo ello a pesar de las implicaciones que pueden suponer su tenencia o sus transacciones en las ganancias de las personas físicas y jurídicas.

En este contexto, los representantes de cada miembro del G-20 o Grupo de los 20 abordaron en octubre de 2020 el documento titulado “*Taxing Virtual Currencies: an Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues*”, el cual proporciona los distintos enfoques y políticas fiscales de esta materia para más de 50 jurisdicciones. El G-20 reconoce que algunos países ya han realizado un primer intento en publicar directrices para su administración fiscal. Sin embargo, en muchos otros lugares y en la literatura académica reciente, aún existe una falta de un marco integral o directrices claras para su tratamiento tributario, ya que estas suelen ser incompletas o como mínimo parciales y no abordan toda la problemática existente.¹⁵

Algunas jurisdicciones sí han abordado el caso particular de la fiscalidad de las **criptomonedas** de manera formal. Ejemplo del IRS o Servicio de Impuestos Internos de Estados Unidos con la Notice 2014 – 2021¹⁶, o en el caso de España, la tributación por IRPF de las ganancias patrimoniales obtenidas como consecuencia de su transmisión, transformación u operaciones de *staking*¹⁷ – la casilla 46 de la declaración del IRPF¹⁸.

¹⁵ OECD, “Taxing Virtual Currencies: An Overview Of Tax Treatments And Emerging Tax Policy Issues”, *OECD Organization*, pp. 3-9, 2020 (disponible en <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/taxing-virtual-currencies-an-overview-of-tax-treatments-and-emerging-tax-policy-issues.htm>)

¹⁶ Blum, L. y Foster, B. “The Taxation of Nonfungible Token Transactions”, *The CPA Journal*, 2021, pp. 10 (disponible en <https://www.cpajournal.com/2021/08/13/the-taxation-of-nonfungible-token-transactions/>)

¹⁷ Trecet, J. “Casilla de la renta para criptomonedas”, *Financiamiento RED España*, 2022 (disponible en <https://www.bolsamania.com/declaracion-impuestos-renta/casilla-de-la-renta-para-criptomonedas/>)

¹⁸ S.n. “Declarar criptomonedas en Hacienda: guía fiscal (Actualizado)”, *Sola Ramón Abogados*, 2022 (disponible en https://www.solayramonabogados.com/blog/declarar-criptomonedas-hacienda/#¿Que_dice_la_ley_sobre_las_criptomonedas_en_Espana)

El problema es que estas aproximaciones no son aplicables a las operaciones con NFTs debido a que se tratan de criptoactivos diferentes, como explicaremos en la siguiente sección. El paradigma actual, a la espera de la emisión de legislación específica, se aproxima a una aplicación a las transacciones de NFTs de los principios generales del Derecho Tributario ya existente a través de la calificación jurídica de esta figura¹⁹.

En este trabajo de investigación, escogemos los NFTs o *tokens* no fungibles como criptoactivo a analizar desde el punto de vista jurídico y se desechan el resto. A continuación, la investigación se centrará en el tratamiento fiscal de los NFTs en relación al IVA o Impuesto Sobre Valor Añadido.

A modo de conclusión de nuestro punto de partida, es importante recalcar la ausencia de regulación fiscal uniforme para los NFT a nivel mundial. Las diferencias en la regulación implican que los participantes en el mercado deben estar muy atentos a qué países se ven involucrados en sus transacciones²⁰.

En el ordenamiento jurídico español, la Administración se adelantó al legislador en la problemática de la fiscalidad de los NFTs con la emisión de la Resolución Vinculante V0486-22 de la Dirección General Tributaria, de 10 de marzo de 2022. La DGT determinó qué se entiende por un NFT y qué implica su transmisión desde un punto de vista jurídico, con aras a aclarar a los vendedores y compradores de *tokens* no fungibles cómo operan esta nueva clase de activos en el Impuesto de Valor Añadido (IVA).

Los pronunciamientos realizados por otras jurisdicciones también se contrastarán más adelante con la calificación jurídica dada por la Hacienda española. Países como Bélgica han dictaminado en la misma línea que nuestra Administración, mientras que Chile ha declarado la venta de activos virtuales o digitales exenta de IVA²¹.

¹⁹ Clifford Chance. “Non-Fungible Tokens: The Global Legal Impact”. 2021, p.5 (disponible en <https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2021/06/non-fungible-tokens-the-global-legal-impact.pdf>)

²⁰ Chiomenti, Cuatrecasas, Gide y Gleiss Lutz. “NFT Cross-Border Perspectives On Unprecedented Regulatory Challenges”, 2022, p. 4 (disponible en <https://www.cuatrecasas.com/resources/nft-cross-border-perspectives-on-unprecedented-regulatory-challenges-feb-2022-6203a26e8a836480104329.pdf?v1.45.1.20230309>).

²¹ Collosa, A. “El IVA y la tributación de los NFTs”. *Observatorio Blockchain*, 2022 (disponible en <https://observatorioblockchain.com/nft/el-iva-y-la-tributacion-de-los-nfts/>)

2. CAPÍTULO II. CUÁL ES LA NATURALEZA JURÍDICA DE UN NFT. ¿BIEN O SERVICIO?

El funcionamiento, la tecnología, y el régimen jurídico de los *smart contracts* y su aplicación al mundo de la propiedad intelectual es fundamental para entender el NFT como elemento jurídico.

1. DIFERENCIAS CON LAS CRIPTOMONEDAS Y REGLAMENTO MICA

Existe una diferencia esencial entre las criptomonedas y los NFTs que impide un tratamiento jurídico igualitario entre ambos y la aplicación del Reglamento MICA a los últimos: la fungibilidad.

Aunque existe un enorme debate jurídico acerca de la naturaleza de las criptomonedas y su valor intrínseco, vamos a asimilar el Bitcoin con el dólar o el euro a efectos de medio de intercambio. El Código Civil español define en su *Artículo 337* los bienes fungibles como aquellos que se agotan con su uso, y cuando unimos a este concepto el hecho de que los bienes fungibles son reemplazables y sustituibles por otros (siempre que sean del mismo género), es fácil llegar a la conclusión de que el dinero es el mejor ejemplo de bien mueble de carácter fungible. Cuando usamos un billete en el tráfico jurídico este se agota – consume – y es indiferente sustituirlo por otro billete del mismo valor, o incluso varios billetes que sumen este valor. Una obra de arte no es fungible porque no se agota con su uso y no es reemplazable ni divisible²².

Defendemos que desde el punto de vista jurídico y económico el valor de los NFTs reside en su no fungibilidad. Como analogía, pongamos el ejemplo de “*El nacimiento de Venus*” de Botticelli.

Al ser una de las obras florentinas más importantes de la historia, sabemos que circulan numerosas réplicas por todo el mundo, imágenes en internet, en libros de arte, y un largo etcétera. Pero aunque la pintura o cuadro sea importante en sí mismo, el valor del ejemplar

²² S.n. “Bienes fungibles. Derecho Civil”. *Conceptos Jurídicos* (disponible en <https://www.conceptosjuridicos.com/bienes-fungibles/>)

situado en la Galería de los Uffizi radica en que es el original del autor. Pueden existir réplicas digitales o físicas infinitas sobre la misma creación artística, pero el sistema *blockchain* ha creado por primera vez en la historia el concepto de “*propiedad digital verificable*”²³. En última instancia, la cuestión revolucionaria es generar por medio de la tecnología **escasez y unicidad** en un entorno donde todos los activos han sido hasta ahora duplicables.²⁴

La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos, por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (MICA), establece normativa uniforme respecto a la transparencia e información de los proveedores de servicios de criptoactivos y normas de protección de los consumidores en relación con la emisión, negociación, y posnegociación de estos. Define al “emisor de criptoactivos” como la persona jurídica que oferta un criptoactivo al público, bien por sí misma, bien a través de su admisión en una plataforma de negociación de criptoactivos (donde tanto los *marketplaces* como los vendedores de NFTs están incluidos)²⁵.

No obstante, el apartado 2 c) del Artículo 4 exime de la obligación de emisión del “libro blanco” (*whitepaper* en inglés) a los proveedores de servicios de los *tokens* no fungibles. Esta exclusión tiene una trascendencia fundamental para el régimen jurídico de los NFTs, pues el *whitepaper* es el documento que contiene la información sobre los derechos y obligaciones asociados al criptoactivo que se transmite. Si los vendedores de NFTs deciden no emitirlo, existirá incertidumbre jurídica sobre los derechos transmitidos.²⁶

2. ANÁLISIS DEL SMART CONTRACT

El hecho de que cada *token* represente un derecho o distintos derechos sobre un bien único e irremplazable demuestra la importancia del contrato que sustenta esa transacción. Por

²³ Arrondo Martín, S. “Tokens No Fungibles”. Facultad de Comercio de Valladolid, 2022, pp. 6-7 (disponible en <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/54530/TFG-J-373.pdf?sequence=1&isAllowed=y>)

²⁴ Chiomenti, Cuatrecasas, Gide y Gleiss Lutz. “NFT Cross-Border Perspectives...”, op. cit., p. 5

²⁵ Propuesta de Reglamento Del Parlamento Europeo y Del Consejo Relativo A Los Mercados De Criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (EUR-Lex 24 de septiembre de 2020) (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0593&from=NL>)

²⁶ *Id.*

ello, el análisis del contrato inteligente registrado en el *blockchain* es necesario para abordar cuál es el objeto de transmisión en las operaciones con NFTs.

I. TECNOLOGÍA BLOCKCHAIN

Para poder entender cómo funciona un *smart contract* o contrato inteligente, primero hemos de abordar brevemente el funcionamiento de la tecnología *blockchain*. Utilizaremos las definiciones propuestas por Antonio L. Flores Galea en su publicación “*Utilidad de Blockchain y NFT para autores*” para explicar de forma básica y sin complejidad técnica los conceptos más importantes de la tecnología *blockchain*:

En primer lugar, se definen los “*protocolos*” como el conjunto de normas y reglas que determinan el actuar de los sistemas informáticos. El ejemplo de una norma sería: “si recibes un mensaje de este dispositivo, almacena su dirección IP y envía una copia al sistema a las 17 horas”²⁷.

Los “*sistemas distribuidos*” representan el trabajo en equipo realizado entre un número elevado de ordenadores y dispositivos que actúan conectados mediante una red de comunicación y con un protocolo determinado.²⁸

En la “*criptografía asimétrica*”, en lugar de que exista una clave compartida entre todos (que es lo que hace la “criptografía simétrica” o tradicional), cada uno de los usuarios tiene una clave pública y otra privada. Es decir, si queremos que un usuario nos envíe un mensaje, le proporcionaremos nuestra clave pública para que codifique el mensaje y nuestra clave privada será la única capaz de descifrarlo. Así, nos aseguramos de que los mensajes no pueden descifrarse por alguien que conoce la clave porque cada usuario tiene una distinta y no existe en un acuerdo previo; y de la procedencia concreta del mensaje²⁹.

Por último, el “*hash*” es un algoritmo que consiste en extraer información de un documento y generar otro mucho más pequeño y único que sirve para validar que un

²⁷ Flores Galea, A.L. “Utilidad de Blockchain y NFT para autores”, *Revista Digital de ACTA*, 2022, p. 4 (disponible en https://www.acta.es/medios/articulos/ciencias_y_tecnologia/115001.pdf).

²⁸ *Id.*

²⁹ Flores, A. “Utilidad de Blockchain y NFT...”, op. cit., pp. 5

documento determinado es auténtico. Flores Galea utiliza el ejemplo de cómo se podría obtener el “hash” de la novela de El Quijote. Si queremos conseguirlo con un algoritmo que extrae la primera letra de cada uno de los párrafos del libro, acabaríamos obteniendo un documento con una lista de letras como: “EECEEFPLSO...”. Si el “hash” de la copia no coincide con el “hash” del original, sabremos rápidamente que es una copia falsa o errónea³⁰.

En definitiva, la tecnología **blockchain** se define como una secuencia de datos compartida entre una red de entidades independientes que posibilita la creación de un registro digital fiel. Funciona como un sistema distribuido donde los usuarios prestan sus dispositivos para la ejecución de los algoritmos, que utilizan la técnica de criptografía asimétrica antes explicada para generar el “hash” de la transacción/información con el que se crea el registro digital y se garantiza la seguridad de la información. Gracias a esta tecnología, existe un registro de quién y cuándo ha solicitado la entrada en el registro y cada una de las entradas es inalterable. El “hash” se calcula cada vez utilizando el total de la cadena y esto hace imposible la modificación o eliminación de entradas pasadas o presentes. En consecuencia, ninguna autoridad ni usuario tiene la posibilidad de alterar la información del registro digital, porque es imposible desde el punto de vista tecnológico³¹.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS INTELIGENTES

Los **contratos inteligentes** (“*smart contracts*” en inglés) se definen como los contratos redactados conforme a un lenguaje de código informático que se ejecuta automáticamente una vez se verifican las estipulaciones plasmadas por las partes en el acuerdo³². Los NFTs son un código de software (*smart contract*) que ejecuta actuaciones como la verificación de la propiedad del *token* y su transmisión, y al ser un contrato recogido en un código pueden ser programados para distintas funcionalidades (en particular, la vinculación del *token* al activo subyacente)³³.

³⁰*Id.*

³¹*Ibid.*, p. 6

³²Fetsyak, I. “Contratos inteligentes: análisis jurídico desde el marco legal español”, *Universidad de la Rioja*, 2020, pp. 12.

³³Mahmood, G. “NFTs: What Are You Buying and What Do You Actually Own?”. *The Fashion Law*, 2021 (disponible en <https://www.thefashionlaw.com/nfts-what-are-you-buying-and-what-do-you-actually-own/>).

El código informático representa la expresión escrita de los efectos jurídicos que las partes han pretendido con el acuerdo y su objetivo de ejecución automática en caso de cumplimiento de las estipulaciones³⁴. Por tanto, la labor del programador está limitada a la codificación de las consecuencias jurídicas del contrato, siempre conforme al Derecho existente, con el único objetivo de su automatización³⁵.

La clave de los contratos inteligentes es la **confianza jurídica** que brinda a sus partes. Al estar los términos y condiciones registrados en la *blockchain*, las partes no tienen incertidumbre – siempre presente en un contrato tradicional – sobre el acaecimiento de las consecuencias asociadas al cumplimiento o incumplimiento de las prestaciones.³⁶

Los mayores **inconvenientes** planteados en el debate jurídico de los contratos inteligentes versan sobre la autonomía de voluntad y el derecho de defensa de las partes. Una vez registrado el *smart contract* en el *blockchain*, las autoridades judiciales y arbitrales tampoco podrán suspender su ejecución y verán vaciada de contenido una resolución de control ex – post en contra del contrato. En este sentido, podría argumentarse la pérdida o la minoración del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes³⁷.

El control del contenido del contrato que determina su adecuación al Derecho es fundamental para garantizar la seguridad jurídica. De lo contrario, podrían surgir casos de ejecución de contratos inteligentes con objeto ilícito, o que no pudieran dar lugar a una posterior restitución de daños por tener consecuencias irremediables.

La solución radica en un cambio de perspectiva de los procesos de resolución de conflicto y su objeto. Cuando en los contratos tradicionales una de las partes solicitaba tutela judicial para reclamar el cumplimiento de lo pactado frente a la parte incumplidora, ahora será la parte que se ha visto obligada de forma automática a ejecutar la prestación quien reclame la indemnización de daños y perjuicios. Las solicitudes de ejecución del contrato pasarán a un segundo plano para dar paso a las solicitudes de restitución de lo ejecutado,

³⁴ *Ibid.*, p. 34

³⁵ Argelich, C. “Smart contracts o Code is Law: soluciones legales para la robotización contractual”, *Universidad de Cádiz*, 2020, pp. 8.

³⁶ Flores, A. “Utilidad de Blockchain y NFT...”, op. cit., pp. 10-11

³⁷ Sánchez – Castro Díaz – Guerra, C. “Problemas que plantean la ejecución automática y su irreversibilidad en los *Smart Contract*”, *Sánchez – Garrido Hispajuris*, 2021.

siendo, por ende, evidente, que nunca podremos prescindir de una intervención imparcial que brinde una solución firme al conflicto³⁸.

Por último, la solución para hacer frente al cambio de circunstancias que darían lugar a una modificación del contrato en el mundo físico radica en la inclusión de una cláusula (*smart term*), según la cual las partes se reservan dicha posibilidad en caso de que surgieran circunstancias no previstas en el momento de su celebración³⁹. O, como solución más avanzada, la introducción de datos ofrecidos por elementos físicos que actualizan aspectos del contrato de forma automática, también conocidos como “oráculos”⁴⁰ (GPS, sensor de temperatura en el transporte de alimentos, sensor de impacto del vehículo en accidentes...)⁴¹.

En definitiva, que la transmisión de un NFT esté respaldada por un contrato inteligente subyacente, donde se refleja información relevante respecto al activo principal adjunto, al creador del NFT, y a su propietario actual, garantiza una trazabilidad del activo y, *a priori*, de la información recogida en el mismo. Estas circunstancias no han sido posibles con el arte digital hasta la llegada de los *tokens* no fungibles y la tecnología *blockchain*, lo cual justifica su crecimiento exponencial en el mundo del arte.⁴²

3. QUÉ SE ADQUIERE CON LA TRANSMISIÓN DE UN NFT

I. APLICACIONES DEL BLOCKCHAIN Y SMART CONTRACT AL DERECHO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Asumiendo que el mercado del arte se rige por la exclusividad de la creación artística en cuestión, y la abundancia y reproducibilidad de aquellas de carácter digital (protegidas de forma limitada por los derechos de autor),⁴³ comprendemos que una de las aplicaciones

³⁸ *Id.*

³⁹ Fetsyak, I. “Contratos inteligentes: análisis jurídico...”, op. cit., pp. 23

⁴⁰ *Ibid.*, p. 24

⁴¹ Flores, A. “Utilidad de Blockchain y NFT...”, op. cit., pp. 10

⁴² Medina Amores, M. y Medina, M.A. “El arte NFT y su irrupción en el mercado del arte”. *Boletín de Arte-UMA*, n. 43, Departamento de Historia del Arte, Universidad de Málaga, 2022, p. 210 (disponible en <http://dx.doi.org/10.24310/BoLArte.2022.vi43.14377>)

⁴³ Cuesta Valera, S., Fernández Valdés, P. y Muñoz Viñas, S. “NFT y arte digital...”, op. cit., p. 3

más revolucionarias de los contratos inteligentes se encuentra en el espacio de la propiedad intelectual. En particular, en esta tipología de creaciones (las obras de carácter literario, de carácter artístico, los derechos conexos como códigos de programación...)44.

Los derechos de autor sobre la nueva obra surgirían en el momento de su creación y los costes de la explotación, gestión y transmisión de los derechos disminuirá de forma considerable a través de técnicas como la creación de dominios temporales para los derechos del autor o facilitar la concesión de los derechos a las editoriales internacionales. El artista podrá prescindir de intermediarios de la cadena de valor como las sociedades de gestión colectiva y favorecer el contrato con la editorial a través de un *smart contract*. Por ejemplo, al registrar en la *blockchain* el *smart contract* de concesión del derecho a la editorial de impresión o comercialización de una serie de copias sobre el activo, quedarán programados los pagos a cada elemento de la cadena (autor, productor, editor...), sin incertidumbre sobre la gestión del cobro o distribución ilícita por parte de la editorial45.

En definitiva, el registro de la obra en la *blockchain* como **medio de prueba** –en fase de registro o en fase judicial –, como **medida de protección** – por la inmutabilidad e inalterabilidad de los registros distribuidos –, y como **técnica de eficiencia y abaratamiento de los costes** en las transacciones asociadas – por la supresión de intermediarios y facilidad en la gestión de pagos; son los tres grandes marcos donde se encuadran las posibilidades de los derechos de propiedad intelectual “inteligentes”46.

El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas establece que los derechos de autor no son derechos de propiedad intelectual susceptibles de registro, como sí ocurre en el caso de Patentes y Marcas. El efecto inmediato se traduce en que las ventajas que ofrecen el *blockchain* y los *smart contracts* explicadas se multiplican de forma exponencial: la inclusión de una obra digital en la *blockchain* con los datos del diseñador funda, por primera vez, un registro para estos artistas que se convierte en el medio de prueba de paternidad de la obra hasta su desaparición final.47

44Gual, J.M., Fernández, M.L., Villalba, J.C. “Nuevas tecnologías para la comercialización de la propiedad: blockchain, criptomonedas y smart contracts”, Universidad Republicana, 2020, pp. 14

45 *Ibid.*, pp. 29-30

46Clark, B. “La tecnología de la cadena de bloques y el Derecho de propiedad intelectual: ¿una pareja perfecta en el criptoespacio?”. *OMPI REVISTA*, 2018.

47 *Id.*

I. LOS DERECHOS SUBYACENTES A SU ADQUISICIÓN

Hay características intrínsecas de los NFTs que provocan riesgo de confusión en los consumidores. Existe la creencia del usuario que compra un NFT en la adquisición de derechos de propiedad intelectual sobre la obra digital subyacente, pero son derechos que con carácter general no se están transmitiendo en la transacción. La incógnita principal se debe solucionar caso por caso conforme al análisis del contrato y los términos y condiciones que gobiernan la operación.⁴⁸

Tomamos como punto de partida el hecho de que los NFTs son incapaces de crear derechos por sí mismos, y por tanto, de otorgar derechos sobre otro activo referenciado. Como señala Espuga Torné, los derechos se crean, transmiten, modifican, ceden o extinguen según lo previsto en el ordenamiento jurídico en cuestión y no según lo programado en un *script* o código informático. Una vez exista un derecho de acuerdo con la Ley, este sí podrá ser representado por un código informático o *token*⁴⁹.

En el Capítulo 1 explicamos que prácticamente toda transacción que involucre la transmisión de un NFT comprende la inclusión de una plataforma virtual o *marketplace* en la operación, con ventajas pero también riesgos para sus usuarios. En consecuencia, los derechos transmitidos en los negocios con NFTs van a depender, en primera instancia, de los términos y condiciones de cada plataforma. Algunas sí que reconocen un limitado e intransferible derecho de exhibición sobre la obra de arte⁵⁰, pero la heterogeneidad y ambigüedad ante la falta de regulación sitúa el protagonismo en el acuerdo de las partes, las cuales gozarán de la misma autonomía para acordar la cesión de los derechos de autor en favor del comprador que en los contratos tradicionales⁵¹.

El derecho de propiedad del comprador del NFT tras la transacción recae en el *token* en sí mismo, conservando el autor de la obra digital todos los derechos de propiedad intelectual inherentes. El *token* no fungible por sí mismo no relaciona al propietario del

⁴⁸Espuga, G. “Régimen jurídico de los tokens no fungibles (NFT). Breve referencia a su posible consideración como valores negociables”. *Derecho Digital e Innovación*, n° 12, Editorial Wolters Kluwer, 2022, pp. 2-4

⁴⁹*Id.*

⁵⁰*Ibid.*, p.5

⁵¹Mahmood, G. “NFTs: What Are You Buying...”, op. cit.

NFT con el creador o propietario físico de la obra, ni valida que tenga derecho sobre ninguna creación artística específica⁵².

El inconveniente de esta línea de argumentación es poner en riesgo todas las ventajas explicadas acerca de los NFTs. Si se cumple la premisa de total desvinculación entre la transmisión de este y el activo representado (por la falta de un acuerdo en contrario), las características de inmutabilidad, autenticidad y unicidad del *token* no fungible se sitúan en un segundo plano. El comprador se enfrentará a la ausencia de derechos de propiedad y propiedad intelectual del activo subyacente, y el *token* representará una prueba de autenticidad vacía de contenido por no estar conectada con el activo representado⁵³.

En consecuencia, como argumenta Plaza Penadés, la pregunta fundamental es, *¿qué derechos adquiere el comprador de un NFT cuando no se produce un contrato previo de delimitación de derechos de propiedad intelectual?*⁵⁴ Y, para ello, debemos contemplar dos escenarios: *tokenización* dotada de mayor seguridad jurídica a través del llamado *whitepaper*, donde se establece cómo se produce la transmisión técnica del *token* y qué derechos y obligaciones van ligados, o no acompañada de este.

Definimos la “*tokenización*” como la redacción del código informático del contrato inteligente que rige las cualidades del NFT y su inclusión en la red de *blockchain* en la que se gestiona el activo. La elección de la red de *blockchain* en la que se registrará el *smart contract* es fundamental para el vendedor del NFT desde el punto de vista comercial porque algunos *marketplaces* solo funcionan con determinadas redes⁵⁵. Si no existe el *whitepaper* de la *tokenización*, surgirán problemas de interpretación acerca de la finalidad del *token* y los derechos asociados a su posesión⁵⁶.

El comercio internacional de los derechos de autor se basa en el principio del trato nacional por el cual el autor conservará en la transacción todos los derechos reconocidos en su ordenamiento jurídico. En el caso de España, el artista mantendrá todos sus derechos

⁵²*Id.*

⁵³Espuga, G. “Régimen jurídico de los tokens no fungibles (NFT)...”, op. cit., pp. 4-5

⁵⁴ Plaza Penadés, J. “La adquisición de derechos sobre obras de arte en NFT (non – fungible token)”. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 60, 2022, p. 2

⁵⁵ Mahmood, G. “NFTs: What Are You Buying...”, op. cit.

⁵⁶ Espuga, G. “Régimen jurídico de los tokens no fungibles (NFT)...”, op. cit., pp. 3

de propiedad intelectual conforme a lo dispuesto en el Artículo 56 de la Ley de Propiedad Intelectual⁵⁷. El comprador del NFT gozará de un derecho de exposición pública (pensado en este caso, para la exposición digital), pero no habrá adquirido ningún derecho de exclusividad sobre la obra. Por lo tanto, aunque “su obra” sea distinguida y diferenciada, el artista podrá *tokenizar* la misma obra más veces para su comercialización como ocurre en el mundo físico con la venta de copias de obras de arte individualizadas⁵⁸.

El Parlamento Europeo sigue la misma línea de argumentación al afirmar que ante la falta de un previo acuerdo el comprador del NFT solo adquiere derechos de uso privado basados en el Artículo 5 Nr. 2 b) de la Directiva 2001/29/CE. Esta es una cuestión de interpretación contractual complicada debido a que la legislación nacional en materia de contratos de derechos de autor no está armonizada de forma plena.⁵⁹

En última instancia, surgen inconvenientes jurídicos de mayor calado por la incertidumbre acerca de si el creador del NFT coincide con el autor de la obra digital.

Como señala la firma francesa Gide, debido a que la mayoría de NFTs representan creaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual, es imprescindible garantizar que quien *tokeniza* la obra posee los derechos necesarios. Ellos también consideran que la *tokenización* forma parte del derecho de reproducción de la obra y este no se entiende incluido en la transmisión del NFT de acuerdo a su régimen jurídico. La firma italiana Chiomenti, en el mismo sentido, alega que la representación mediante NFT de una obra protegida con derechos de autor sí se considera una nueva forma de reproducción y tendrá que ser autorizada por el titular del derecho⁶⁰.

Esta es la problemática que protagonizan el Grupo Mango y la entidad de gestión de derechos patrimoniales VEGAP respecto a la creación de NFTs sobre obras de las que Mango solo ostentaba un derecho de exposición pública cedido por el propietario de su

⁵⁷ Plaza Penadés, J. “La adquisición de derechos sobre obras de arte...”, op. cit., pp. 2

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ Parlamento Europeo. “Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology with a focus on art NFTs and tokenized art.”. Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies, 2022, p. 24 (disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/737709/IPOL_STU\(2022\)737709_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/737709/IPOL_STU(2022)737709_EN.pdf))

⁶⁰ Chiomenti, Cuatrecasas, Gide y Gleiss Lutz. “NFT Cross-Border Perspectives...”, op. cit., pp. 8 y 12

soporte físico. El Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona ya ha acordado como medidas cautelares el depósito de los NFTs en las billeteras virtuales de los titulares, y su resolución marcará un precedente fundamental en el régimen jurídico de los NFTs por no existir antecedentes jurisprudenciales en nuestro Derecho ni en el Derecho comparado⁶¹.

En resumen, tomando en consideración los argumentos expuestos por los distintos autores (fundamentalmente, Espuga Torné, Mahmood, Flores Galea y Plaza Penadés) estas son nuestras **conclusiones** respecto a la naturaleza de los NFTs:

- En la transmisión de los *Tokens* No Fungibles nos encontramos ante dos activos digitales con entidad propia: el NFT en sí mismo, y el activo digital que este referencia. El único requisito exigido para que un activo sea objeto de un *Token* No Fungible es que sea posible su representación digital. Por ello, podremos encontrarlos NFTs referenciados a activos digitales, físicos o incluso derechos.
- El *Token* No Fungible no crea derechos por sí mismo, y los derechos sobre el objeto subyacente derivados de su transmisión y posesión dependen:
 - o En primera instancia, de las facultades de disposición que tenga el titular del *token* sobre el objeto subyacente.
 - o En segunda instancia, de los términos y condiciones recogidos en los *marketplaces* o plataformas virtuales de intercambio de NFTs.
 - o En última instancia, del *whitepaper* creado por el titular del *token* que acompaña a este en su emisión, y/o del *smart contract* firmado entre las partes donde se delimita contractualmente el conjunto de derechos de propiedad y propiedad intelectual transmitidos sobre el activo subyacente.
- La mayor parte de las transmisiones de NFTs se realizan sin ninguna especificación contractual por las partes, por lo que el régimen común de los compradores es la adquisición de la propiedad sobre el *token* en sí mismo y solo un derecho de uso

⁶¹ Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona núm. 468/2022, de 21 de octubre.

respecto del activo principal adjunto. La obra subyacente podrá ser duplicada de forma infinita por su autor sin minorar ningún derecho del comprador del NFT.

- El valor del *token* como entidad individual es la prueba de su unicidad en el entorno digital, gracias al uso de la tecnología *blockchain*. Adquiera o no el comprador derechos sobre la obra subyacente, el *token* como activo digital es único y no duplicable, y su tecnología hace posible su caracterización como elemento de prueba.
- Las operaciones con *Tokens* No Fungibles de mayor relevancia se han realizado en la categoría del arte y artículos de coleccionista digitales, cuyas particularidades son:
 - o En ausencia de previo acuerdo entre las partes o especificación del emisor del *token*, los derechos de propiedad intelectual sobre la obra subyacente se rigen por el ordenamiento jurídico en el que opera el artista. En el caso de España, esta transacción supone la plena conservación de los derechos de autor por parte del artista y la adquisición de un único derecho de uso para el propietario del *token*: el derecho de exposición pública.
 - o La *tokenización* de las obras de arte por parte de sus artistas tiene un potencial exponencial en el ámbito de los derechos de autor por la inexistencia de un registro centralizado. El *token* referenciado a dicha obra digital actuará como prueba de paternidad del artista gracias a la tecnología *blockchain* y su seguridad en términos de autenticidad e inmutabilidad, pues se convierte en un archivo digital único.
- Los retos jurídicos fundamentales en el régimen de los *Tokens* No Fungibles versan sobre las reglas de localización fiscales en las redes de *blockchain* públicas donde la identificación de los usuarios es anónima, y la protección de los consumidores y usuarios en el entorno de los *marketplaces* y en las transmisiones de NFTs a través de una mayor transparencia y delimitación contractual.

3. CAPÍTULO III: PROBLEMÁTICA IVA. IMPUESTO ARMONIZADO Y RECOMENDACIONES DE LA UE

Antes de comenzar el análisis de la aplicación de la Ley del IVA a los NFTs, hemos de realizar un apunte sobre nuestra elección del impuesto.

En el ordenamiento impositivo español existen dos posibles impuestos a la hora de analizar la imposición indirecta de las transacciones objeto de este estudio: el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) y el Impuesto de las Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO) del ITPAJD. La aplicación de uno u otro es excluyente, de manera que la operación tributará por el IVA si el vendedor ostenta la condición de empresario a efectos de la Ley del IVA, o por el TPO en caso contrario (si es un particular)⁶².

Como se deduce del análisis de las transacciones de NFTs llevado a cabo en este estudio, nuestro punto de mira se fija en las operaciones que protagonizan el autor de la obra como vendedor y un comprador que actúa como inversor o coleccionista en el mercado primario. Esta es, la primera operación que se produce con el NFT en el mercado, pues consideramos que el transmitente es el autor del activo asociado y/o el creador del *token*. En caso de que la venta fuera realizada por un inversor que hubiera adquirido previamente el NFT, estaríamos ante una operación del mercado secundario.

Dado que es frecuente que el artista vendedor sea empresario o profesional por estar comercializando habitualmente sus obras en el mercado primario, hemos decidido analizar la tributación de la operación de acuerdo con la Ley del IVA. No obstante, es importante señalar que si la operación del NFT se realiza en el mercado secundario entre inversores y coleccionistas, será de aplicación el TPO si el vendedor no es empresario o profesional a efectos del IVA⁶³.

⁶² Egea, I. “Guía Del Tratamiento Tributario De Los NFTs (Tokens No Fungibles) En España (Parte II)”, *Cuadernos de Derecho y Comercio Fundación Notariado*, nº 78, 2022, pp. 61

⁶³ *Id.*

1. IVA: ¿DÓNDE SE ENCUADRAN LOS NFTs?

I. CONSIDERACIÓN DE EMPRESARIO O PROFESIONAL A EFECTOS DE LA LEY DEL IVA

La Ley 37/1992, sobre el Impuesto del Valor Añadido (en adelante, LIVA) define en su Artículo 4 el hecho imponible como: “*las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, (...)*.”⁶⁴

El hecho imponible queda delimitado por un requisito subjetivo previo: la condición de empresario o profesional en términos de la LIVA. Para determinar quién es considerado empresario o profesional a efectos de la LIVA, hemos de remitirnos a su Artículo 5⁶⁵.

Conviene destacar la presunción *iuris tantum* recogida en el apartado 1. b) del Artículo 5, según la cual las sociedades mercantiles se consideran empresarios o profesionales a efectos de LIVA. En nuestro caso, para determinar si el transmitente del NFT – no constituido como sociedad mercantil– es reputado como empresario o profesional y debe tributar el IVA en sus operaciones, la actividad empresarial/profesional que realiza debe cumplir con los requisitos del apartado 2 del Artículo 5.

En particular, la ordenación por cuenta propia y no ajena de los factores de producción (materiales y/o humanos) para la producción o distribución del *token* no fungible. En caso de que realice la actividad por cuenta ajena (es decir, sea un empleado), no será considerado empresario o profesional a efectos de LIVA⁶⁶.

Por último, señala el apartado 3 del Artículo 5 la presunción como actividades empresariales o profesionales aquellas que se encuadran en el artículo 3 del Código de Comercio⁶⁷; es decir, aquellas en las que la persona anunciase/publicitase la actividad. Se

⁶⁴ Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (BOE 16 de octubre de 1885).

presume que el hecho de que el usuario anuncie sus NFTs en el listado del *marketplace* es considerado publicidad su actividad.

En definitiva:

- Si nos encontramos ante *tokenizaciones* y transmisiones de NFTs por parte de sociedades mercantiles, estas operaciones tributarán por el IVA (a no ser que la sociedad solo realizara operaciones a título gratuito).

- Si nos encontramos ante *tokenizaciones* y transmisiones de NFTs por parte de una persona física, tenemos que analizar si realiza la actividad habitualmente por cuenta propia los recursos humanos y/o materiales necesarios para la actividad, con el objetivo de producir el bien o servicio y distribuirlo en el tráfico jurídico. En caso afirmativo, sus operaciones tributarán por el IVA.

El artista en cuestión – creador de obras físicas o digitales que posteriormente *tokeniza* para su comercialización como NFTs en el mercado primario – cumple con alta probabilidad los dos requisitos exigidos para que su actividad sea considerada como empresarial/profesional a efectos de la LIVA⁶⁸:

La ordenación por cuenta propia de los factores de producción (elemento objetivo) se cumple por representar él mismo el recurso humano y llevar a cabo la ordenación de los materiales necesarios para la producción artística (lienzo, cámara, equipo informático, suscripción a Photoshop...). Y el elemento subjetivo conforme al cual posee una intención de producción y distribución de bienes y servicios queda suficientemente demostrado en el momento del registro del artista en el *marketplace* y la exposición de sus obras para su comercialización⁶⁹.

Podría argumentarse como obstáculo a la consideración de este tipo de artistas como empresarios o profesionales el que no comercialicen sus obras con alta frecuencia, en el caso, por ejemplo, de que no publicasen y vendiese sus creaciones en el *marketplace* de forma recurrente. Como señala Egea Pérez – Carasa, la aclaración literal del Artículo 4

⁶⁸ Egea, I. “Guía Del Tratamiento Tributario De Los NFTs...(Parte II)”, op. cit., pp. 61

⁶⁹ *Ibid.*, p. 12

de LIVA, donde realiza una disyuntiva entre habitualidad u ocasionalidad para considerar la actividad empresarial incluida en el hecho imponible del impuesto, implica que el análisis de la frecuencia de las operaciones para su sujeción al IVA sea menos relevante si se cumplen los demás requisitos⁷⁰. Esta es la misma interpretación que realiza la DGT en sus consultas V1680-21, V1102-12, V1417-20⁷¹, pero requiere de un matiz.

La intervención en el mercado de una persona física dedicada de forma ocasional al servicio en cuestión a cambio de una contraprestación no es relevante a los efectos de su consideración en la LIVA como empresario/profesional, siempre y cuando concurren en él el elemento objetivo y subjetivo señalados, aunque el elemento subjetivo solo exista de forma **eventual**. En este sentido, *“la frecuencia o habitualidad con la que una persona física presta servicios no tiene relevancia en lo que respecta a la consideración de esa persona física como empresario o profesional a los efectos del Impuesto, en la medida en que exista la concurrencia de la ordenación de unos medios de producción que impliquen la voluntad de intervenir en el mercado aunque sea de forma ocasional”*⁷².

En consecuencia, consideramos que el transmitente del NFT, que ha empleado sus medios de producción para la creación del *token* y/o de la obra subyacente, además de su voluntad de intervención en el tráfico mediante la puesta en venta de su creación en el *marketplace*, es empresario/profesional a efectos de LIVA aunque no realice sus operaciones de forma ocasional. No obstante lo anterior, este criterio de la Administración no conlleva que una prestación aislada y sin intención de continuidad, que se ejercita al margen de una actividad empresarial – ya sea a título gratuito u oneroso – vaya a incluirse en el hecho imponible de la LIVA⁷³.

En definitiva, si el sujeto realiza una única venta de un NFT sin la voluntad de persistencia en el futuro, no será considerado empresario o profesional. Sin embargo, si ya es empresario/profesional a efectos de la LIVA, el hecho de que realice una venta aislada de un NFT no implica que no vaya a tributar la operación por el IVA (en este caso, será irrelevante el análisis de la habitualidad).

⁷⁰ Egea, I. “Guía Del Tratamiento Tributario De Los NFTs...(Parte II)”, op. cit., pp. 62

⁷¹ Resolución vinculante de la Dirección General de Tributos de 14 de mayo de 2020, n. V1417-20.

⁷² Resolución Vinculante de la Dirección General de Tributos de 31 de mayo de 2021, n. V1680-21.

⁷³ *Id.*

La consulta V0486-22 resolvió esta problemática en relación con los NFTs al tratar sobre la transmisión de *tokens* no fungibles representativos de ilustraciones y fotografías producidas por personas físicas y digitalizadas a través de Photoshop para su *tokenización*. Dicha consulta será analizada en profundidad en el siguiente Capítulo, y ahora basta con señalar que confirmó que la habitualidad u ocasionalidad de las transmisiones de NFTs no impide su delimitación como actividad empresarial/profesional a efectos de LIVA⁷⁴.

Una vez admitidas la consideración del artista creador y transmitente del NFT como empresario o profesional de acuerdo al Artículo 5 de la LIVA y la inclusión de su actividad en los términos del hecho imponible del Artículo 4, podemos concluir la sujeción de la operación al IVA y comenzar el análisis de su caracterización dentro del artículo.

II. NATURALEZA DE LA OPERACIÓN A EFECTOS DE LA LEY DEL IVA

La caracterización de las transmisiones de NFTs como entrega de bienes o prestación de servicios es fundamental a efectos de determinar el tipo impositivo nominal a aplicar, las normas de localización, de exenciones, o de devengo dentro de la LIVA,⁷⁵ y esta es la razón del análisis exhaustivo realizado en el Capítulo anterior acerca de la naturaleza de los NFTs y los derechos implicados en su transacción.

El punto de partida de la caracterización de la operación es el Artículo 8 de la LIVA, donde se define el concepto general de entrega de bienes del siguiente modo: “*se considerará entrega de bienes la transmisión del poder de disposición sobre **bienes corporales**, incluso si se efectúa mediante cesión de títulos representativos de dichos bienes*”⁷⁶.

Este artículo ya limita la consideración de “entrega de bienes” a solo un posible tipo de transmisión de NFTs: aquella cuyo activo subyacente sea un activo físico que ha sido *tokenizado* para su comercialización. En efecto, en caso de que el *token* represente una

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ Egea, I. “Guía Del Tratamiento Tributario De Los NFTs...(Parte II)”, op. cit., pp. 64

⁷⁶ Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido

obra virtual, no es posible transmitir el poder de disposición sobre un bien corporal porque el objeto subyacente de transmisión ya es digital⁷⁷.

En el apartado 2 del Artículo 8 de la LIVA, se recogen supuestos especiales de consideración de entrega de bienes, donde podría discutirse la inclusión de los NFTs en el punto 7º en virtud de su tecnología digital: “*El suministro de un producto informático normalizado efectuado en cualquier soporte material*”. Un producto informático en principio debería considerarse prestación de servicios (categoría residual) por no encajar en el Artículo 8 de la LIVA. No obstante, la Ley hace una distinción entre los productos informáticos normalizados (estándares, no adaptados a los usuarios), que va a considerar como entrega de bienes, y los no normalizados, que sí se mantienen como prestación de servicios (Artículo 11 de la LIVA)⁷⁸.

Salvando el análisis del Capítulo anterior donde ya concluimos que en la transmisión de los NFTs el comprador está adquiriendo la propiedad sobre el *token* en sí mismo y ningún derecho de propiedad o de propiedad intelectual sobre la obra subyacente (a no ser que se recoja lo contrario en el *whitepaper*, en la plataforma virtual o en el *smart contract* entre las partes)⁷⁹, conviene señalar por qué los NFTs no pueden ser considerados productos informáticos normalizados y, por lo tanto, esa categoría de entrega de bienes.

Aunque se defendiera jurídicamente la transmisión de la propiedad del activo digital en las operaciones de los NFTs, la Agencia Tributaria ha especificado que los productos informáticos normalizados del Artículo 8, apartado 2, punto 7º de la LIVA, son considerados entrega de bienes y no prestación de servicios cuando el producto informático no requiere de una modificación sustancial para ser utilizado por cualquier usuario— algo que no tiene sentido en la transmisión de un NFT, por no ser un programa informático ejecutable.⁸⁰

⁷⁷ Egea, I. “Guía Del Tratamiento Tributario De Los NFTs...(Parte II)”, op. cit., pp. 66

⁷⁸ Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido

⁷⁹ Espuga, G. “Régimen jurídico de los tokens no fungibles (NFT)...”, op. cit., pp. 5

⁸⁰ Agencia Tributaria. “Manual Práctico IVA 2020”, 2020 (disponible en https://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Segmentos_Usuarios/Empresas_y_profesionales/Empresario_individuales_y_profesionales/I.V.A./Manual_IVA_2020.pdf).

Como antecedentes, versan en sentido similar las consultas V0716-16 y V0025-21 de la DGT, relativas a un escultor e ilustrador, respectivamente, que comercializaban sus obras de arte – modelados e ilustraciones – a través del entorno digital. Estas actividades empresariales fueron consideradas por la Administración como prestaciones de servicios por vía electrónica, al no encontrar cabida en los supuestos del Artículo 8 de la LIVA⁸¹.

Dado que los NFTs son activos digitales, el único caso en el que se pueden considerar “entrega de bienes” conforme a la LIVA es en el supuesto de transmisión del poder de disposición sobre un bien material; caso que solo es posible cuando el NFT esté referenciado a un activo físico y se haya acordado la transmisión del activo principal adjunto entre las partes. Conviene señalar que no se declara la operación como una “entrega de bienes” porque se altere la naturaleza del NFT, sino porque la transmisión del NFT en este caso es una prestación accesoria.⁸²

A modo de ejemplo, si pensamos en la venta de un mueble que incluye el transporte a domicilio del comprador, entendemos por qué calificamos la operación como una “entrega de bienes” a efectos del IVA. La venta del muebles es la prestación principal y el servicio de transporte es una prestación de servicios accesoria, de la misma forma que la transmisión de un título digital de la operación (NFT) en la venta de un bien físico adjunto (que podría ser también, por ejemplo, un mueble). Como se deduce del análisis jurídico realizado en este estudio, esta es una operación con NFTs muy residual que no tendremos en cuenta a efectos de exposición del régimen general.

Por tanto, una vez descartado el caso anterior (entrega de bienes), se encuadrarán las transmisiones de NFTs en el concepto de prestación de servicios del Artículo 11 de la LIVA, actuando como categoría residual del IVA conforme a lo establecido en su apartado 1. En efecto, se consideran prestaciones de servicios las operaciones sujetas al IVA que no sean entregas de bienes, adquisición intracomunitaria o importación de bienes. En particular, recoge el apartado 2 del Artículo 11 de la LIVA como prestación de servicios las siguientes operaciones relevantes a efectos de transmisiones de NFTs⁸³:

⁸¹ Resolución vinculante de la Dirección General de Tributos de 23 de febrero de 2016, n. V0716-16.

⁸² Egea, I. “Guía Del Tratamiento Tributario De Los NFTs...(Parte II)”, op. cit., pp. 64 y 70

⁸³ *Id.*

- “El ejercicio independiente de una profesión, arte u oficio” del punto 1º
- “Las cesiones del uso o disfrute de bienes” del punto 3º

Como se desprende de nuestro análisis, con carácter general las operaciones con NFTs se van a calificar como “**prestaciones de servicios**” a efectos de la LIVA. Solo las transmisiones de NFTs referenciadas a activos físicos ya explicadas pueden ser consideradas como una “entrega de bienes”; la cual ya hemos clasificado como una operación poco frecuente. Las transmisiones de NFTs referenciados a activos digitales – independientemente a la transmisión de derechos sobre el activo –, a derechos, y a activos físicos cuando las partes no han acordado previamente la transmisión de derechos sobre el mismo, son “prestaciones de servicios” y serán enmarcados en un apartado u otro del Artículo 11 de la LIVA conforme al análisis del caso por caso⁸⁴.

En mi opinión, caracterizar la operación como una “prestación” de servicios tiene sentido desde el punto de vista residual de la LIVA y del efecto jurídico para la esfera del comprador del NFT. Es evidente que no se trata de una “entrega de bienes” porque no existe una entrega física o corporal del *token* ni del propio archivo digital asociado. El vendedor del NFT cede un derecho de uso sobre el activo subyacente y este es el fin del artista cuando *tokeniza* la obra, pues no puede garantizar su autenticidad por medio del *token* si no vincula jurídicamente su transmisión a la del NFT (a través de las modalidades ya explicadas).

Representar en un título digital la cesión del derecho de uso sobre un activo representado es el servicio que presta el vendedor cuando transmite un *token* no fungible, lo cual encuentra perfecto encaje en el Artículo 11.2.3º de la LIVA relativo a la cesión del uso o disfrute de bienes⁸⁵. Asimismo, en caso de que las partes acordaran o el *marketplace* impusiera una mayor transmisión de derechos de propiedad intelectual sobre la obra, la operación quedaría definida en el punto 4º del Artículo 11.2 de la LIVA (“*Las cesiones y concesiones de derechos de autor*”).

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 66-68

⁸⁵ Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido

No se puede establecer un régimen general que asista a los empresarios y profesionales en la tributación del IVA por sus operaciones con NFTs porque cada transmisión tendrá una distinta caracterización y es necesario el análisis individualizado del caso. No obstante, en la mayoría de ocasiones la transmisión del NFT ostentará la naturaleza de “prestación de servicios” a efectos de la LIVA, mientras que la “entrega de bienes” queda reservada al caso minoritario descrito⁸⁶.

III. BREVE APUNTE SOBRE EL RÉGIMEN DE LOS ARTISTAS EN LA LEY DEL IVA

Conviene analizar brevemente si la operación con NFTs– referida normalmente a una creación artística digital – se beneficia de la exención prevista para los servicios profesionales de derechos de autor, o del tipo impositivo reducido del 10% para la entrega de objetos de arte.

1. **Exención del Artículo 20.1.26º de la LIVA**, según el cual estarán exentos del impuesto: *“Los servicios profesionales, incluidos aquéllos cuya contraprestación consista en derechos de autor, prestados por artistas plásticos, escritores, colaboradores literarios, gráficos y fotográficos de periódicos y revistas, ...”*⁸⁷.

Esta operación se encuentra recogida como “exención parcial o limitada”, que implica que el empresario no repercutirá IVA en la operación pero sí afectará a su derecho de deducción del Artículo 94 de la LIVA. Si el empresario/profesional solo realizara este tipo de operaciones, no podría deducirse ningún IVA soportado (por ejemplo, en la compra de materiales informáticos o la cámara donde realiza sus fotografías)⁸⁸. En caso de que realizara actividades exentas y no exentas, tendrá un derecho de deducción proporcional conforme al cálculo previsto en los Artículos 102 y siguientes de la LIVA⁸⁹.

⁸⁶ Egea, I. “Guía Del Tratamiento Tributario De Los NFTs...(Parte II)”, op. cit., pp. 71

⁸⁷ Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido

⁸⁸ Agencia Tributaria. “¿Qué actividades dan derecho a la deducción? (disponible en <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/iva/que-iva-soportado-puedo-deducir/que-actividades-derecho-deduccin.html>).

⁸⁹ Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido

Según lo expuesto en el Capítulo 2, la prestación en la transmisión de un NFT consiste en la cesión de derechos de propiedad intelectual sobre la obra subyacente cuando las partes o el *marketplace* así lo establezcan; pero no es el caso general, donde solo se cede un derecho de uso al comprador. Si el vendedor recogiera en el *smart contract* la cesión de los derechos de autor sobre la obra subyacente al comprador del NFT, sí que se trataría de una operación exenta y tendría las consecuencias señaladas.

Asimismo, prevé la DGT como requisito fundamental para la aplicación de la exención que la transmisión de los derechos de autor sea realizada por personas físicas. Dado que el objetivo de la exención del Artículo 20.1.26º es fomentar la creación cultural y no necesariamente el tráfico mercantil secundario, la exención debe limitarse a la actuación profesional del **autor** de la creación artística, al cual le corresponden los derechos de propiedad intelectual asociados. Por ende, si el artista se hubiera constituido como entidad mercantil, no podrá beneficiarse de esta exención (véase, por ejemplo, V0716-16)⁹⁰.

2. Tipo reducido del 10% aplicable a la entrega de objetos de arte del Artículo 91.1.4 de la LIVA realizada “1.º Por sus autores o derechohabientes. 2.º Por empresarios o profesionales distintos de los revendedores de objetos de arte a que se refiere el artículo 136 de esta Ley (...)”⁹¹.

El Artículo 136 de la LIVA define el concepto de “objetos de arte”, donde se incluyen cuadros, grabados, esculturas originales, etc; objeto que debe estar presente en la transacción para la aplicación del Artículo 91.1.4⁹². Como podemos comprobar, conceptos muy similares a las obras representadas mediante NFTs, pero que gozan de un soporte corporal.

Conforme a nuestra línea de argumentación, llegamos a una conclusión similar al punto anterior. La problemática reside en el matiz entre la consideración de la transmisión de un derecho de uso y no la propiedad de la obra subyacente. Dado que las operaciones generales con NFTs se realizan sin una previa delimitación contractual de los derechos

⁹⁰ Resolución vinculante de la Dirección General de Tributos de 23 de febrero de 2016, n. V0716-16.

⁹¹ Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido

⁹² *Id.*

de propiedad intelectual, no se cede el activo adjunto al comprador y por tanto, no se considera una entrega de objeto de arte de la LIVA – porque es una prestación de servicios. La venta no es la ilustración o la obra de arte representada de forma digital, sino el derecho de uso sobre ellas. De lo contrario, sí que podrían encuadrarse en la definición de arte de la LIVA y beneficiarse del tipo reducido.

El Presidente de la Comisión de Supervisión Financiera de Taiwán (FSC) prevé un punto de vista distinto y afirma que la venta de NFTs es “creación artística”. En el mismo sentido, Abe Sung y Eddie Hsiung, socios de Lee and Li en Taipéi, no consideran el NFT como un instrumento financiero mientras esté vinculado a un único activo subyacente y no haya varios *tokens* no fungibles representando el mismo activo⁹³. Por otro lado, Bélgica sí ha considerado la venta de NFTs a efectos del IVA también como una prestación de servicios y por ende objeto del tipo impositivo general del 21%⁹⁴.

Atendimos en España a una problemática similar en relación con los libros en soporte físico y los electrónicos. El Artículo 91.2.1.2º de la LIVA declaraba que “*las entregas, adquisiciones intracomunitarias o importaciones de los bienes*” de libros, periódicos y revistas estaban sujetos al tipo del 4% del IVA. Ninguna referencia se hacía en el texto sobre los libros electrónicos, y la consideración de su venta como “prestación de servicio por vía electrónica” impedía la aplicación del artículo citado⁹⁵.

Tomando en consideración que la aplicación del 4% del IVA a la venta de libros encontraba su justificación en el desarrollo cultural, no tenía sentido que los electrónicos, aun transmitidos en distinto soporte, no se beneficiaran de la reducción del tipo. La razón por la que no se modificó su régimen hasta 2020 es que el IVA es un impuesto armonizado en la Unión Europea y España no puede aplicar un régimen singular (de lo contrario, se pondría en peligro la competencia del mercado interior de la UE).⁹⁶

⁹³ Sung, A. y Hsiung, E. “An update of NFT law developments: Taiwan.” *Asia Business Law Journal*, 2022 (disponible en <https://law.asia/nft-law-developments/>)

⁹⁴ Asquith, R. “Clarification of VAT treatment for NFT compared to cryptocurrencies”. *Vat Calc*, 2022 (disponible en <https://www.vatcalc.com/belgium/belgium-pronounces-on-vat-and-non-fungible-tokens-nfts/>).

⁹⁵ Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido

⁹⁶ S.n. “La tributación del libro electrónico”. *E-autónomos*, 2019 (disponible en <https://e-autonomos.es/blog/2019/03/la-tributacion-del-libro-electronico>)

A raíz de la Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa de la Comisión Europea en 2015, el Consejo consideró en la Directiva 2018/1713 de 6 de noviembre de 2018, por la que se modifica el Artículo 98 de la Directiva 2006/112/CE del Impuesto Sobre el Valor Añadido, que los Estados Miembros podrían aplicar los tipos reducidos de las publicaciones con soporte físico a las que se realizaran por vía electrónica; todo ello con el fin de no perjudicar el avance de la tecnología digital en el mercado interior⁹⁷.

Finalmente, el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, modificó el Artículo 91.2.1.2º de la LIVA de manera que “Los libros, periódicos y revistas, incluso cuando tengan la consideración de servicios prestados por vía electrónica” se beneficien del tipo impositivo del 4%.⁹⁸ Todavía existe incertidumbre sobre una posible decisión a nivel de la Unión Europea en relación con la imposición indirecta de los NFTs, pero esta podría ser una línea de argumentación escogida por analogía.

Las distintas interpretaciones de los ordenamientos jurídicos en cuanto a la aplicación del tipo reducido del arte versarán en función de la calificación jurídica de la transmisión del NFT. En nuestro caso, solo cuando el “criptoarte” sea reconocido como “objeto de arte” a efectos del IVA, podrá beneficiarse del tipo reducido del que gozan las creaciones artísticas de los artistas a día de hoy⁹⁹.

En conclusión, dado que los *tokens* no fungibles en sí – en cuanto títulos de un derecho de uso – no son considerados objetos de arte de acuerdo al Artículo 136 de la LIVA, las operaciones con NFTs tributarán con carácter general al tipo impositivo del 21%.

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo.

⁹⁹ Lambert, O. y Kasprzak, A. “Will your NFT investments soon be subject to VAT?”. *EY Luxembourg*, 2022 (disponible en https://www.ey.com/en_lu/tax/will-your-nft-investments-soon-be-subject-to-vat-).

2. IVA: REGLAS DE LOCALIZACIÓN DEL HECHO IMPONIBLE

Una vez establecida la “prestación de servicios” como la caracterización general de las operaciones con NFTs, procedemos a identificar las reglas de localización aplicables:

1. Regla general: Artículo 69.1 de la LIVA

Las prestaciones de servicios se entenderán realizadas en España (Península y Baleares) a efectos del IVA cuando se cumplen alguna de las siguientes condiciones¹⁰⁰:

- Bien cuando el destinatario del servicio sea un empresario o profesional cuya actividad económica o establecimiento permanente radique en España, o en su defecto, sea el territorio de su residencia habitual; con independencia de dónde radique el prestador del servicio (en este caso, el artista) y dónde presta el mismo (que podrá ser desde otro territorio)¹⁰¹.
- Bien cuando la sede económica o establecimiento permanente (o en su defecto, la residencia habitual) del empresario o profesional prestador del servicio se encuentre en España; si el destinatario del servicio (el comprador del NFT) no es empresario o profesional a efectos de la LIVA¹⁰².

Es decir, la **regla general de localización de la prestación de servicios** se basa en la sujeción al IVA español cuando el destinatario del servicio es un empresario o profesional con sede económica en España, o cuando el destinatario es un particular, y el prestador del servicio es un empleado o profesional con sede económica en España.

Esto implica que si el prestador del servicio es empresario/profesional a efectos de la LIVA, y el destinatario también es un empresario/profesional con sede económica en Estados Unidos, la operación está “no sujeta” al IVA español y el particular prestará

¹⁰⁰ Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² *Id.*

el servicio sin repercutir el precio a la empresa adquirente¹⁰³. Pero, si el destinatario del servicio es un particular de Estados Unidos, la operación sí estará sujeta al IVA español¹⁰⁴.

Asumiendo que el transmitente del NFT es empresario/profesional a efectos de la LIVA (ver *supra*), desde el punto de vista fiscal, al artista empresario/profesional español le es indiferente a efectos de deducción que el destinatario del servicio sea un particular o empresario. En ambos casos se podrá deducir el IVA soportado en sus adquisiciones de bienes y servicios del mismo modo que si se hubiera realizado la prestación del servicio en la Península o las Islas Baleares (TAI),¹⁰⁵ aunque, siempre teniendo en cuenta, que no aplique el supuesto de exención del Artículo 20.1.26º de la LIVA explicado anteriormente¹⁰⁶.

Sí tendrá, sin embargo, efectos económicos, ya que en el caso de que la operación no esté sujeta al IVA español, podrá ofrecer el servicio a un precio más económico que si tuviera que repercutir el IVA de la operación a su destinatario.

2. Regla especial: Artículo 69.3.4º y Artículo 70.1.4º de la LIVA

En base a los antecedentes sobre los servicios de arte digital de la DGT en las consultas V0716-16, V2689-19 y V0025-21, que califican dicha actividad empresarial como “Servicios prestados por vía electrónica” en la medida en que el suministro de los activos se realiza a través de archivos informáticos¹⁰⁷, cabe analizar la aplicación de esta regla especial a las operaciones con NFT de obras digitales:

- i. *Definición de la naturaleza de la operación conforme a la LIVA: “aquellos servicios que consistan en la transmisión enviada inicialmente y recibida en destino por medio de equipos de procesamiento, incluida la compresión numérica***

¹⁰³ Agencia Tributaria. “Prestaciones de servicios. Reglas de tributación” (disponible en: <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/iva/iva-operaciones-comercio-exterior/prestaciones-servicios.html>).

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido

¹⁰⁷ Resolución vinculante de la Dirección General de Tributos de 23 de febrero de 2016, n. V0716-16.

y el almacenamiento de datos, y enteramente transmitida, transportada y recibida por cable, radio, sistema óptico u otros medios electrónicos (Artículo 69.3.4° de la LIVA)”¹⁰⁸.

- ii. **Especificación de la naturaleza de la operación conforme a la Regulación europea:** “los servicios prestados a través de Internet o de una red electrónica que, por su naturaleza, estén básicamente automatizados y requieran una intervención humana mínima, y que no tengan viabilidad al margen de la tecnología de la información (Artículo 7 del Reglamento De Ejecución (UE) No 282/2011 Del Consejo)”¹⁰⁹.

Una vez asumido que los NFTs son enviados por el prestador de servicios y recibidos por el adquirente por medio de equipos de procesamiento (ordenadores) y a través de medios electrónicos (pues solo tienen soporte digital)¹¹⁰, además de la automatización del servicio de acuerdo con el régimen del *smart contract* explicado en el Capítulo anterior (ver *supra*), el cumplimiento del requisito de “intervención humana mínima” es el que precisa de un análisis más profundo, como señala Egea Pérez – Carasa¹¹¹.

Si consideramos la operación del NFT como una prestación de un servicio de certificación de un título representado de forma digital, es evidente que la intervención humana es mínima debido a la automatización que caracteriza a los *smart contracts* y que rige las transmisiones de los NFTs. Al contrario, si la operación del NFT es considerada como el conjunto de actividades que engloban la creación, *tokenización* y transmisión de la obra digital, resultará más difícil argumentar que la intervención humana en dicha operación es mínima o residual. En consecuencia, la mayoría de las operaciones con NFTs sí podrán ser consideradas “servicios prestados por vía electrónica” y serán aplicables sus reglas especiales de localización¹¹², criterio seguido por la DGT en las consultas anteriores mencionadas¹¹³.

¹⁰⁸ Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido

¹⁰⁹ Reglamento De Ejecución (UE) No 282/2011 Del Consejo, de 15 de marzo de 2011, por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido.

¹¹⁰ Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido

¹¹¹ Egea, I. “Guía Del Tratamiento Tributario De Los NFTs...(Parte II)”, op. cit., pp. 72

¹¹² Egea, I. “Guía Del Tratamiento Tributario De Los NFTs...(Parte II)”, op. cit., pp. 75

¹¹³ Resolución vinculante de la Dirección General de Tributos de 23 de febrero de 2016, n. V0716-16.

En las consultas citadas, la Administración también argumenta la no consideración del arte digital como “*prestación de servicios por vía electrónica*” en caso de previo encargo por parte del cliente. Es decir, en caso de que el artista prestara un servicio personalizado consistente en la creación del diseño para su posterior envío por correo electrónico, el servicio no se reputará como prestación por vía electrónica y será de aplicación la regla general del Artículo 69.1 de la LIVA a efectos de determinar las reglas de localización (la regla general explicada *supra*)¹¹⁴. Dado que hemos considerado la transmisión del NFT como una cesión de derechos, y no de arte, esta regla no debe aplicar a las transacciones generales de *tokens* no fungibles.

Las **reglas de localización particulares** acerca de la prestación de servicios por vía electrónica se encuentran recogidas en el Artículo 70.1.4º de la LIVA, según el cual, asumiendo de nuevo que el transmitente del NFT es un empresario/profesional en España:

A. Cuando el destinatario del servicio es también un empresario/profesional a efectos de la LIVA:¹¹⁵

- Si su actividad económica radica en el TAI (Península y Baleares), la operación se considera sujeta al IVA español.
- Si su actividad económica radica en otro Estado Miembro, la operación está no sujeta al IVA español pero sujeta al IVA de dicho Estado Miembro (“*inversión del sujeto pasivo*” del Artículo 84.1.2º de la LIVA).
- Si su actividad económica radica en otro territorio fuera de la Unión Europea, la operación no está sujeta a IVA salvo que sea aplicable la “*regla de cierre*” por uso efectivo del servicio en el TAI (Artículo 70.2 de la LIVA).

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ Agencia Tributaria. “IVA telecomunicaciones y servicios electrónicos. Registro y declaraciones de IVA referidas a operaciones comprendidas en este régimen que deben tributar en otros Estados miembros.” (disponible en <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/no-residentes/iva-empresarios-profesionales-no-establecidos/iva-telecomunicaciones-servicios-electronicos.html?faqId=78e84b04f30a0710VgnVCM100000dc381e0aRCRD>)

B. Cuando el destinatario del servicio es un consumidor final a efectos de la LIVA:¹¹⁶

- Si reside en el TAI (Península y Baleares), misma solución anterior, la operación se considera sujeta al IVA español.
- Si reside en otro Estado Miembro, existen dos posibilidades (Artículo 73 de la LIVA):
 - a) Si el importe de las transmisiones de NFTs a consumidores finales de otros Estados Miembros no supera en el año en curso los 10.000 euros (IVA excluido), la operación está sujeta al IVA español*.
 - b) Si el importe de las transmisiones sí supera el importe de 10.000 euros (IVA excluido) durante el año en curso, la operación está sujeta al IVA del Estado Miembro del particular y tributará a través del “régimen de Mini Ventanilla Única” o “One Stop Shop”.
- Si reside en otro territorio fuera de la Unión Europea, misma solución anterior, la operación no está sujeta a IVA excepto en el caso de aplicación de la “*regla de cierre*” (Artículo 70.2 de la LIVA).

*Conviene aclarar que, aun situado en el *escenario a*), el transmitente del NFT puede optar voluntariamente por la tributación en el Estado Miembro de destino (donde reside/está establecido el cliente) a través del régimen de “Mini Ventanilla Única” (MOSS), pero es una opción con duración de 2 años naturales que es revocada de forma automática si no se reitera la elección a la finalización del plazo¹¹⁷.

Como podemos comprobar, ciertos casos de prestaciones de servicios “por vía electrónica” ofrecen soluciones distintas respecto a la aplicación de las reglas generales de localización: cuando el prestador del servicio – general – es un empresario/profesional que reside dentro del TAI, la operación estará sujeta al IVA español si el destinatario del servicio es un particular (si no, atenderemos a la localización del destinatario

¹¹⁶ Agencia Tributaria. “IVA telecomunicaciones y servicios electrónicos ...”, op. cit.

¹¹⁷ Egea, I. “Guía Del Tratamiento Tributario De Los NFTs...(Parte II)”, op. cit., pp. 77

empresario/profesional). Al contrario, si hemos definido la operación como “prestación del servicio por vía electrónica”, el hecho de que el destinatario – sea empresario/profesional o particular – se encuentre fuera del TAI, implica la no sujeción de la operación al IVA español.

No obstante, a diferencia del caso general de no sujeción de la operación ya descrito previsto en el *Artículo 69.1 de la LIVA*, las transmisiones de NFTs, en tanto que consideradas prestaciones de servicios “por vía electrónica”, se encuadran en la excepción prevista en el *Artículo 70.2 de la LIVA*: “**se considerarán prestados en el territorio de aplicación del Impuesto los servicios que se enumeran a continuación cuando, conforme a las reglas referentes al lugar de realización aplicables a estos servicios, no se entiendan realizados en la Comunidad, Islas Canarias, Ceuta o Melilla, pero su utilización o explotación efectivas se realicen en dicho territorio**”¹¹⁸.

La consecuencia directa es que esta tipología de prestación de servicios, aun no estando sujeta al IVA español cuando el destinatario del servicio se encuentra fuera del territorio de la UE, se considerará realizada en España – y por tanto como operación “sujeta” – cuando la **utilización o explotación efectiva** del servicio se realice en nuestro país¹¹⁹. En mi opinión, dada la naturaleza de los NFTs, la utilización o explotación efectiva vendría determinada por el lugar donde el comprador ejercita su derecho de uso (exposición de la obra). Este será, previsiblemente, electrónico, y se definirá su localización conforme a las presunciones establecidas respecto a los servicios prestados por vía electrónica (WIFI, SIM, etc.).¹²⁰

En definitiva, es necesario el análisis individual del caso que determine si se produce la utilización o explotación efectiva del servicio en el TAI, pero el resto de requisitos previstos por el *Artículo 70.2 de la LIVA* se entienden cumplidos en la transmisión de los NFTs¹²¹.

¹¹⁸ Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido

¹¹⁹ Agencia Tributaria. “Manual práctico IVA 2021” (disponible en <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/ayuda/manuales-videos-folletos/manuales-practicos/manual-iva-2021/capitulo-3-entregas-bienes-servicios-profesionales/entregas-bienes-servic-realizadas-empresarios-profesionales/operaciones-realizadas-territorio/prestaciones-servicios/reglas-especiales.html>).

¹²⁰ Agencia Tributaria. “IVA telecomunicaciones y servicios electrónicos ...”, op. cit.

¹²¹ Egea, I. “Guía Del Tratamiento Tributario De Los NFTs...(Parte II)”, op. cit., pp. 88

Los supuestos de “no sujeción” tiene relevancia para el empresario por lo previsto en las reglas de deducción del Artículo 94 de la LIVA¹²². El ser operaciones “no sujetas” a IVA significa que el hecho imponible previsto en la Ley no se está realizando y, por tanto, no se devenga el impuesto¹²³. Como consecuencia, el empresario prestador del servicio no tendrá que repercutir IVA al comprador del NFT y podrá cobrar un precio más caro por él (pues si estuviera sujeta, el 21% de lo cobrado al destinatario sería ingresado a la Agencia Tributaria). Pero, como contrapartida, las operaciones “no sujetas” a IVA no dan derecho a la deducción del Artículo 94 y el empresario no podrá deducir el IVA que ha soportado, teniendo que contabilizarlo como coste. En nuestro caso, esta regla general debe de ser matizada conforme a lo establecido en el Artículo 94.1.2º¹²⁴:

Dicha consecuencia de “no sujeción” va a ser irrelevante para el empresario/profesional prestador de servicios de NFTs en España – ya sea una prestación de servicios general o por “vía electrónica” – porque las operaciones “no sujetas” vistas *supra* son aquellas referidas a las operaciones realizadas fuera del territorio y, por ello, pueden acogerse a la propia excepción del Artículo 94.1.2º. Según esta, las operaciones “no sujetas” que originarían derecho a la deducción si se hubieran efectuado en el territorio del impuesto (nuestro caso), van a tratarse como tales a efectos de deducción y darán derecho al transmitente del NFT a deducirse el IVA soportado en el ejercicio¹²⁵.

¹²² Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido

¹²³ Agencia Tributaria. “Manual práctico IVA 2021”, op. cit.

¹²⁴ Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido

¹²⁵ *Id.*

4. CAPÍTULO IV: PROBLEMÁTICA PRÁCTICA. IMPOSIBILIDAD DE IDENTIFICACIÓN DE LA NATURALEZA DEL COMPRADOR Y SU LOCALIZACIÓN

Aunque la aplicación de las reglas de localización del hecho imponible del IVA siempre es un aspecto muy relevante a considerar por el empresario, ya sea por circunstancias ya explicadas (reglas de deducción o el precio al que podrán cobrar sus servicios) u otras, es un desafío muy alto para los empresarios o profesionales de NFTs, e incluso en algunos casos, de difícil solución.

1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Debemos partir de la premisa de que escogemos la operación mayoritaria en las transmisiones de NFTs para el análisis de la problemática de localización del destinatario del NFT. Esta es, la transmisión realizada por un empresario/profesional que se considera prestación de servicios, por no implicar la transmisión de disposición corporal del activo físico subyacente, a un empresario/profesional o particular, que se calificará como “servicio prestados por vía electrónica” de forma general. En consecuencia, a raíz de las reglas de localización previstas en el Artículo 70.1.4º de la LIVA¹²⁶, se instaura el mecanismo de tributación en destino.

Este mecanismo de tributación tiene dos consecuencias fundamentales para el empresario:

- a) Lo primero que debe determinar el transmitente del NFT es si el destinatario del servicio es empresario/profesional a efectos de la LIVA o particular, pues las reglas de localización dependen de una u otra circunstancia.
- b) Una vez definida la naturaleza del destinatario, el empresario necesita conocer su sede económica o residencia habitual para determinar si deberá repercutir el IVA español en la operación, se produce el mecanismo de inversión del sujeto pasivo

¹²⁶ Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido

y el destinatario tributa por el IVA de su Estado Miembro, o la operación no está sujeta a IVA y no se devenga ni repercute IVA (a no ser que aplique el Artículo 70.2 de la LIVA en caso de explotación/uso efectivo del NFT en el TAI).

Como se deduce de este punto de partida, encasillar la operación en cada escenario tiene consecuencias muy distintas para el empresario. Entre el precio al que podrá cargar por sus servicios, hasta su obligación de emisión de facturas y repercusión del IVA en la operación (con sanciones del 2% del importe de la operación en la que no se haya transmitido factura conforme a lo establecido en los Artículos 6 y 7 del Reglamento de Facturación¹²⁷).¹²⁸

Este es el tema fiscal a efectos de IVA más sensible en el análisis de las operaciones con NFTs, debido a la tecnología y metodología que sustenta las operaciones. Aunque la Agencia Tributaria ya haya previsto distintas opciones para una localización del destinatario en las prestaciones de servicios por vía electrónica – como el lugar de acceso inalámbrico WIFI, la tarjeta SIM del teléfono móvil o la ubicación de la línea fija terrestre¹²⁹ – estas posibilidades no se encuentran adaptadas a la tecnología *blockchain* que envuelve a los NFTs.

Tomando en consideración todos los conceptos técnicos explicados en el Capítulo 2 (ver *supra*), además del hecho de que la criptografía asimétrica en la red de *blockchain* y el *hash* de las transacciones hacen completamente anónima la transacción si el usuario escoge identificarse en el *marketplace* conforme a un pseudónimo, comprendemos por qué las soluciones tradicionales de localización del destinatario resultan insuficientes¹³⁰.

Del Reglamento de Ejecución 282/2011, por el cual se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/112/CE relativa al IVA en los Estados Miembros, el artículo de mayor relevancia para esta problemática es el Artículo 18. Según este, salvo que exista información en contrario, el prestador del servicio debe presumir que el

¹²⁷ Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación (BOE 1 de diciembre de 2012).

¹²⁸ Navas & Cusí, “¿Cómo tributan las transmisiones de NFT?”, 2021 (disponible en <https://www.navascusi.com/tributacion-compra-venta-nft/>).

¹²⁹ Agencia Tributaria. “IVA telecomunicaciones y servicios electrónicos ...”, op. cit.

¹³⁰ Espuga, G. “Régimen jurídico de los tokens no fungibles (NFT)...”, op. cit., pp. 3

destinatario es un **particular** a efectos del impuesto si no le ha comunicado para la prestación su número de identificación individual como sujeto pasivo (empresario/profesional) a efectos de IVA¹³¹.

En cambio, conforme a lo establecido por el Artículo 18.3 del Reglamento 282/2011, si el destinatario acredita mediante un certificado expedido por las autoridades fiscales competentes que es un empresario/profesional, o el prestador del servicio tiene un número de identificación de la empresa, o le sea proporcionada por la misma, sí podrá considerarse como destinatario al empresario/profesional¹³².

De la exposición anterior se deduce que el transmitente de los NFTs, desprovisto de cualquier tipo de información sobre la naturaleza o localización de su comprador, se ve abocado a la “presunción de sujeción” recogida en el Artículo 18 del Reglamento 282/2011¹³³; pues cabe considerar el caso de identificación por parte del comprador como un caso minoritario, teniendo en cuenta la tecnología de las redes de *blockchain*.

Por ende, ante la ausencia de una regulación específica y adaptada a las operaciones con NFTs que provea herramientas reales de localización de los usuarios registrados en redes de *blockchain* públicas y conforme a pseudónimos en los *marketplaces*, los empresarios o profesionales a efectos de la LIVA que transmitan NFTs se ven obligados a repercutir y tributar por IVA en todas las operaciones – ya sea el destinatario empresario o particular, o se encuentre en el TAI, en otro Estado Miembro o en un país tercero donde la operación no está sujeta al IVA. En definitiva, a tributar al IVA español del 21% todas las transmisiones de NFTs con las consecuencias asociadas¹³⁴.

¹³¹ REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) No 282/2011 DEL CONSEJO de 15 de marzo de 2011 por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (BOE 23 de marzo de 2011).

¹³² *Id.*

¹³³ *Id.*

¹³⁴ Pérez Pombo, E. “El IVA en las operaciones...”, op. cit.

2. SOLUCIONES

Ante la problemática del empresario o profesional transmitente del NFT respecto a la localización del comprador y determinación de su naturaleza (también sujeto pasivo del IVA o particular), la solución se centra en la figura jurídica que sí tiene acceso a dicha información: los *marketplaces*.

Las plataformas virtuales, presentes en todas las transmisiones de NFTs, han ostentado poca relevancia en nuestro análisis jurídico por ser consideradas figuras intermediarias. No obstante, al tomar en consideración que estas no solo ofrecen la tecnología para la *tokenización* de los activos, sino que también redactan de forma automática el *smart contract* que rige las transacciones (los términos y condiciones ya explicados), es difícil catalogar su intervención en la operación como un simple intermediario¹³⁵.

Conforme a lo establecido en el Artículo 9 bis del Reglamento de Ejecución 282/2011, *“un sujeto pasivo que, respecto a la prestación de servicios efectuada por vía electrónica, autorice el cargo al cliente o la prestación de los servicios, o fije los términos y las condiciones generales de la prestación, no podrá indicar expresamente a otra persona como prestadora de dichos servicios”*¹³⁶.

Por tanto, y en aplicación del Artículo 28 de la Directiva 2006/112/CE, los *marketplaces* son las prestadoras de los servicios de NFTs respecto al consumidor final y no el vendedor del NFT en sí mismo: *“Cuando un sujeto pasivo que actúe en nombre propio, pero por cuenta ajena, medie en una prestación de servicios se considerará que ha recibido y realizado personalmente los servicios de que se trate”*¹³⁷.

La consecuencia de la aplicación de ambos artículos es que la hasta ahora explicada operación de venta de un NFT debe desglosarse en dos prestaciones de servicios: del

¹³⁵ Singh, M.y Kaur, S. “An update of NFT law developments: India”. Asia Business Journal, 2022 (disponible en <https://law.asia/nft-law-developments-india/>).

¹³⁶ REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) No 282/2011 DEL CONSEJO de 15 de marzo de 2011 (...), op. cit.

¹³⁷ Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (BOE 11 de diciembre de 2006).

transmitente del NFT al *marketplace*, y del *marketplace* al destinatario del NFT. De esta forma, los obstáculos de localización y caracterización de los usuarios de la red *blockchain* ceden del empresario/profesional de NFTs hasta las plataformas virtuales donde se protagonizan sus transacciones, y aquellos solo tendrán que atender a la residencia económica/establecimiento permanente del *marketplace* en cuestión para determinar cómo tributa el IVA en la operación¹³⁸. Aunque se traslade la problemática descrita a las plataformas virtuales, no considero que sea una solución desproporcionada de forma perjudicial para ellas porque sí cuentan con datos de los usuarios o pueden imponer sanciones para adquirirlos (suspensión de la cuenta, por ejemplo).

Una ventaja adicional de acentuar la responsabilidad de las plataformas es ofrecer una solución a los problemas de falsificación e infracción de derechos de propiedad intelectual que se producen en forma de NFTs en dos modalidades: el creador/vendedor del NFT que *tokeniza* la creación artística de forma fraudulenta (por no ostentar los derechos de autor) y el comprador del NFT que reproduce y distribuye la obra sin autorización del autor. Con el fin de que el *marketplace* no comparta responsabilidad con el individuo que infringe la Ley de Propiedad Intelectual debido al uso ilícito de una obra con copyright, deberá implementar un sistema de verificación y reconocimiento de copias ilícitas que erradique este problema de los NFTs mediante su eliminación del listado¹³⁹.

En Japón se ha planteado una solución similar desde el punto de vista de la seguridad jurídica a través de los servicios de custodia. Consideran que el *marketplace* no solo actúa como intermediario de la operación, sino que recibe el pago del comprador y no es entregado al vendedor hasta que el envío del NFT esté confirmado¹⁴⁰. Pero esto ostenta altas implicaciones a nivel de registro para la plataforma y, aunque brindarían una mayor seguridad y control regulatorio a las operaciones con NFTs, pueden ser muy gravosas para un *marketplace* cuyo negocio intrínseco no es la gestión de criptomonedas.

No obstante, resulta evidente que la custodia y tenencia de NFTs y criptomonedas tiene mayores riesgos intrínsecos de hackeo y blanqueamiento de capitales que el dinero fiat,

¹³⁸ Agencia Tributaria. “IVA telecomunicaciones y servicios electrónicos ...”, op. cit.

¹³⁹ Singh, M.y Kaur, S. “An update of NFT law...”, op. cit.

¹⁴⁰ *Id.*

por lo que debemos abogar por un equilibrio entre la protección de los usuarios y la Hacienda Pública, y la conservación de las ventajas y filosofía de las operaciones en la *blockchain*.

En el caso de España, introduce el *Real Decreto 249/2023, de 4 de abril de 2023*, la obligación de presentar una declaración informativa anual respecto a la totalidad de las monedas virtuales custodiadas por parte de las personas y entidades residentes en España “*que proporcionen servicios para salvaguardar claves criptográficas privadas en nombre de terceros, para mantener, almacenar y transferir monedas virtuales, ya se preste dicho servicio con carácter principal o en conexión con otra actividad*”¹⁴¹; donde los *marketplaces* de NFTs estarían incluidos como servicios de custodia si seguimos la argumentación de Japón. La primera declaración informativa se deberá presentar a partir del 1 de enero de 2024 a través de los modelos 172 y 173 relativos a los proveedores de servicios de criptomonedas con residencia fiscal en España¹⁴². Sin embargo, como ya hemos explicado, la información acerca del domicilio o la identificación fiscal de los usuarios no es de fácil obtención para los operadores del mercado y esto puede vaciar de contenido las medidas de antifraude fiscal de Hacienda.

En resumen, proponemos como solución considerar al *marketplace* como el prestador del servicio de NFT al cliente final de acuerdo a lo establecido en el *Artículo 9 bis del Reglamento de Ejecución 282/2011* y en el *Artículo 28 de la Directiva 2006/112/CE*. De esta forma, los empresarios/profesionales en España que transmitan NFTs solo deberán atender a la residencia económica de la plataforma para la repercusión del IVA y la problemática de la localización del comprador cede a favor del *marketplace*, el cual tiene un mayor acceso a los datos de identificación de los usuarios. La incógnita a resolver será el papel jurídico que ostentan estas plataformas en cuanto a las obligaciones de información referidas a los prestadores de servicios de criptomonedas.

¹⁴¹ Real Decreto 249/2023, de 4 de abril, por el que se modifican el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio (BOE 5 de abril de 2023).

¹⁴² Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego (BOE 10 de julio de 2021).

5. CONCLUSIONES Y CONTRASTE CON LAS CONSULTAS VINCULANTES V0486-22 y V2274-22 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS

En este último capítulo, repasaremos nuestras conclusiones expuestas en los capítulos anteriores y las contrastaremos con los criterios seguidos por la Dirección General Tributaria en sus recientes consultas V0486-22, de 10 de marzo de 2022, y V2274-22, de 27 de octubre de 2022.

1. EVOLUCIÓN DEL CRITERIO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS

I. NATURALEZA DE LAS TRANSMISIONES DE NFTS

Define la DGT los *Tokens No Fungibles* en sus consultas V0486-22 y V2274-22 del siguiente modo:

- “Los NFT o ‘tokens’ no fungibles” son **certificados digitales de autenticidad** que, mediante la tecnología blockchain (la misma que se emplea en las criptomonedas) se asocia a un único archivo digital. Por tanto, los NFT actúan como activos digitales únicos que no se pueden cambiar entre sí, ya que no hay dos iguales y cuyo subyacente puede ser todo aquello que pueda representarse digitalmente(...)¹⁴³.
- “Parecen existir **dos activos digitales con entidad propia**, esto es, por un lado, el archivo digital subyacente y, por otro, el “token no fungible” o NFT que representaría la propiedad digital del archivo digital subyacente (...).¹⁴⁴
- “Lo que va a ser **objeto de transmisión**, a través de las correspondientes plataformas en línea, es el **propio NFT y no el archivo digital subyacente**.”¹⁴⁵

¹⁴³Resolución Vinculante de Dirección General de Tributos, V0486-22 de 10 de Marzo de 2022

¹⁴⁴ *Id.*

¹⁴⁵ *Id.*

En los Capítulos 1 y 2 seguimos la misma argumentación respecto a la naturaleza jurídica de los NFTs, pero con un matiz de caracterización. En la transmisión de un NFT, dado que no existe una vinculación legal *a priori* entre el *token* y el activo subyacente, no podemos definirlo como un certificado de autenticidad de dicha obra.

Como recalca Pérez Pombo, el comprador del NFT desconoce qué derechos ostenta el creador del *token* porque no conoce su identidad ni la del autor de la obra subyacente, y esto impide considerar el activo digital asociado como una creación artística auténtica. En consecuencia, definimos el NFT como la representación/título digital que confiere un derecho de uso sobre la obra subyacente, pero no una prueba de su autenticidad. En la transmisión del NFT presumimos que el vendedor tiene derecho a la cesión del uso sobre el activo, y el *token* – el objeto de la transmisión – representa el título de la cesión¹⁴⁶.

En cuanto a la naturaleza de la operación como “entrega de bienes” o “prestación de servicios”, seguimos el mismo criterio que la DGT en cuanto el NFT no otorga ningún derecho corporal por ser el activo subyacente también digital. Así, *“En definitiva, el objeto de la transacción parece consistir en el propio certificado digital de autenticidad que representa el NFT sin que tenga lugar la entrega física del archivo de imagen ni del propio archivo digital asociado al mismo”*¹⁴⁷. Nuestra conclusión sería distinta si el NFT estuviera referenciado a un activo físico y el *smart contract* que gobierna la operación implicara la transmisión de su propiedad.

Debido a la no consideración como “entrega de bienes” y al carácter residual de la “prestación de servicios” en la LIVA, la DGT define la operación como una **“prestación de servicios por vía electrónica”** siguiendo el criterio recogido en consultas anteriores relativas a servicios prestados por artistas de forma digital (por todas, V0716-16). En las consultas anteriores la DGT recoge como impedimento a la consideración de “servicio por vía electrónica” el hecho de que la obra se realizara por un previo encargo del cliente¹⁴⁸. En este caso, al tratar el propio NFT y su obra subyacente como dos entidades

¹⁴⁶ Pérez Pombo, E. “El IVA en las operaciones...”, op. cit.

¹⁴⁷ Resolución Vinculante de Dirección General de Tributos, V0486-22..., op. cit.

¹⁴⁸ *Id.*

independientes, señala de forma acertada que no puede aplicarse dicho criterio de personalización de la creación.

No obstante, el hecho de que la DGT no lleve a cabo una valoración del cumplimiento de los requisitos recogidos en el *Artículo 7 del Reglamento 282/2011*¹⁴⁹, relativos a los servicios prestados por vía electrónica ya explicados en el Capítulo 3 – con especial atención a la intervención humana mínima – revela un interés por parte de la Administración en catalogar las transmisiones de NFTs en esta categoría de servicios sin atender al análisis pormenorizado del caso.

Explicamos en el Capítulo 3 que en los “servicios prestados por vía electrónica” el elemento determinante para la tributación de la operación por el IVA español es la ubicación del destinatario del servicio. Teniendo en cuenta que la incógnita de localización e identificación de los usuarios es una característica esencial de las operaciones en la *blockchain*, el transmitente del NFT situado en el TAI se verá obligado a repercutir el IVA español en todas sus operaciones para evitar las consecuencias jurídicas y sanciones correspondientes. Por ello, esta es la solución más precisa para lograr la mayor recaudación del impuesto, pero la menos práctica para los empresarios y profesionales de NFTs establecidos en España.

II. EL PAPEL DE LOS MARKETPLACES

La DGT reconoció la problemática práctica de localización y las consecuencias de su anterior decisión para empresarios y profesionales en la consulta V2274-22: *“a los vendedores de esta clase de activos digitales, como el consultante, le es imposible identificar a los compradores de sus servicios electrónicos, los cuales se identifican exclusivamente, y sólo en algunos casos, ante las plataformas en línea en la que compran los correspondientes NFTs, las cuales, a su vez, por motivos de protección de datos, seguridad o privacidad actúan de forma opaca, no soliendo compartir dichos datos con los vendedores”*¹⁵⁰.

¹⁴⁹ REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) No 282/2011 DEL CONSEJO de 15 de marzo de 2011 (...), op. cit.

¹⁵⁰ Resolución Vinculante de Dirección General de Tributos, V2274-22 de 27 de octubre de 2022

En la consulta V0486-22, la DGT empleó el hecho de que el *marketplace* no proporcione la identificación del comprador del NFT como argumento de su labor de intermediación y actuación en nombre ajeno, de manera que la operación se realiza entre el vendedor y el comprador del *token* y debe facturarse por el propio vendedor¹⁵¹.

La Administración adopta la posición contraria en la siguiente consulta (V2274-22) y dictamina que cuando el transmitente del NFT no pueda acceder a la información de identificación del comprador, el *marketplace* actúa en nombre propio frente al mismo¹⁵². De este modo, se divide la prestación de servicios en dos, pues el *marketplace* actúa también como destinatario del servicio frente al vendedor, y como prestador del servicio frente al cliente.

Las **consecuencias** desde el punto de vista de la recaudación y las reglas de localización son completamente contrarias a la consulta anterior, pues ahora el empresario/profesional de NFTs solo tendrá que atender a la residencia económica de la plataforma virtual para determinar si repercute el IVA en la operación. Dado que la gran mayoría de *marketplaces* se encuentran ubicados fuera del TAI, los empresarios y profesionales residentes en España realizarán operaciones no sujetas al IVA español (con carácter general)¹⁵³.

¹⁵¹ Resolución Vinculante de Dirección General de Tributos, V0486-22..., op. cit.

¹⁵² Resolución Vinculante de Dirección General de Tributos, V2274-22..., op. cit.

¹⁵³ Agencia Tributaria. “IVA telecomunicaciones y servicios electrónicos ...”, op. cit.

2. APUNTE FINAL

La transmisión de NFTs estudiada a fondo en este trabajo de investigación obedece solo a un tipo de operación de entre todas las posibilidades que brindan los *tokens* no fungibles, los *smart contracts* y la *blockchain*. Basándonos en que la categoría de obras de arte y artículos de coleccionista sin una previa delimitación contractual de los derechos de transmisión entre las partes es la tipología general que gobierna las transacciones con NFTs, hemos presentado desde el punto de vista de la imposición indirecta distintas soluciones a aplicar para los empresarios y profesionales residentes en España.

En caso de que el NFT estuviera referenciado a activos físicos, y/o implicara la transmisión de derechos de propiedad intelectual, las consecuencias a efectos de calificación jurídica en la LIVA serían distintas y de gran calado para el empresario o profesional. Esta circunstancia demuestra que, ante una ausencia actual de regulación específica de los NFTs, es necesario un análisis pormenorizado de cada caso para el análisis acerca de la adecuación de las normas del ordenamiento jurídico existentes.

Las consultas V0486-22 y V2274-22 y el tratamiento de los NFTs a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido resultan hitos de nuestra Dirección General Tributaria por ser anteriores a una legislación explícita e incluso a cualquier referencia jurisprudencial a nivel de la Unión Europea. Con la aprobación final del Reglamento MiCA el próximo mes (abril de 2023) y el análisis de la representación de los NFTs en su texto o la necesidad de un régimen horizontal alternativo, las decisiones de nuestra Administración tendrán un papel fundamental en el futuro camino regulatorio de esta figura y el desarrollo del mercado y su innovación para los empresarios y profesionales españoles.

BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (BOE 16 de octubre de 1885).

Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (BOE 29 de diciembre de 1992).

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (BOE 22 de abril de 1996).

Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (BOE 11 de diciembre de 2006).

REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) No 282/2011 DEL CONSEJO de 15 de marzo de 2011 por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (BOE 23 de marzo de 2011).

Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación (BOE 1 de diciembre de 2012).

Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (BOE 22 de abril de 2020).

Propuesta de Reglamento Del Parlamento Europeo y Del Consejo Relativo A Los Mercados De Criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (EUR-Lex 24 de septiembre de 2020).

Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego (BOE 10 de julio de 2021).

Real Decreto 249/2023, de 4 de abril, por el que se modifican el Reglamento General de Desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo; el Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio; el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio; el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre; el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre; el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, y el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 634/2015, de 10 de julio (BOE 5 de abril de 2023).

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA ADMINISTRATIVA

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona núm. 468/2022, de 21 de octubre.

Resolución vinculante de la Dirección General de Tributos de 23 de febrero de 2016, n. V0716-16.

Resolución Vinculante de la Dirección General de Tributos de 1 de octubre de 2019, n. V2689-19.

Resolución vinculante de la Dirección General de Tributos de 14 de mayo de 2020, n. V1417-20.

Resolución Vinculante de la Dirección General de Tributos de 31 de mayo de 2021, n. V1680-21.

Resolución Vinculante de la Dirección General de Tributos de 14 de enero de 2021, n. V0025-21.

Resolución vinculante de la Dirección General de Tributos de 27 de octubre de 2022, n. V2274-22.

Resolución vinculante de la Dirección General de Tributos de 10 de marzo de 2022, n. V0486-22.

OBRAS DOCTRINALES

Argelich, C. “*Smart contracts o Code is Law: soluciones legales para la robotización contractual*”, *Universidad de Cádiz*, 2020, p. 8 (disponible en <https://www.researchgate.net/profile/Cristina-Argelich-Comelles>).

Clark, B. “La tecnología de la cadena de bloques y el Derecho de propiedad intelectual: ¿una pareja perfecta en el criptoespacio?”. *OMPI REVISTA*, 2018 (disponible en https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2018/01/article_0005.html).

Cuesta Valera, S., Fernández Valdés, P. y Muñoz Viñas, S. “NFT y arte digital: nuevas posibilidades para el consumo, la difusión y preservación de obras de arte contemporáneo”, *Artnodes*, n.28, 2021, p. 5 (disponible en <http://doi.org/10.7238/a.v0i28.386317>).

Egea, I. “Guía Del Tratamiento Tributario De Los NFTs (*Tokens No Fungibles*) En España (Parte II)”, *Cuadernos de Derecho y Comercio Fundación Notariado*, n° 78, 2022, pp. 61-88 (disponible en <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/art/guia-tratamiento-tributario-nfts-tokens-no-fungibles-espana-parte2>).

Espuga, G. “Régimen jurídico de los *tokens* no fungibles (NFT). Breve referencia a su posible consideración como valores negociables”. *Derecho Digital e Innovación*, n° 12, Editorial Wolters Kluwer, 2022, pp. 2-9.

OMPI. “PROTECCIÓN DE LAS MARCAS NOTORIAMENTE CONOCIDAS”. *Comité Permanente Sobre El Derecho De Marcas, Dibujos Y Modelos Industriales E Indicaciones Geográficas*, 1998, p.14.

Plaza Penadés, J. “La adquisición de derechos sobre obras de arte en NFT (non – fungible token)”. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 60, 2022, pp. 1-3.

Sánchez – Castro Díaz – Guerra, C. “Problemas que plantean la ejecución automática y su irreversibilidad en los *Smart Contract*”, *Sánchez – Garrido Hispajuris*, 2021.

Zorraquino, A. y Martí Casado, J. “Primera resolución judicial en España sobre los NFTs: reproducción y transformación”, *Periscopio Fiscal y Legal*, 2022 (disponible en <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/primera-resolucion-judicial-en-espana-sobre-nfts-reproduccion-y-transformacion/>).

RECURSOS DE INTERNET

Agencia Tributaria. “IVA telecomunicaciones y servicios electrónicos. Registro y declaraciones de IVA referidas a operaciones comprendidas en este régimen que deben tributar en otros Estados miembros.” (disponible en <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/no-residentes/iva-empresarios-profesionales-no-establecidos/iva-telecomunicaciones-servicios-electronicos.html?faqId=78e84b04f30a0710VgnVCM100000dc381e0aRCRD>).

Agencia Tributaria. “Manual Práctico IVA 2020”, 2020 (disponible en https://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Segmentos_Usuarios/Empresas_y_profesionales/Empresario_individuales_y_profesionales/I.V.A./Manual_IVA_2020.pdf).

Agencia Tributaria. “Manual práctico IVA 2021” (disponible en <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/ayuda/manuales-videos-folletos/manuales-practicos/manual-iva-2021/capitulo-3-entregas-bienes-servicios-profesionales/entregas-bienes-servic-realizadas-empresarios-profesionales/operaciones-realizadas-territorio/prestaciones-servicios/reglas-especiales.html>).

Agencia Tributaria. “¿Qué actividades dan derecho a la deducción?” (disponible en <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/iva/que-iva-soportado-puedo-deducir/que-actividades-derecho-deducccion.html>). Fecha de última consulta: 12 de abril de 2023.

Agencia Tributaria. “Prestaciones de servicios. Reglas de tributación” (disponible en: <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/iva/iva-operaciones-comercio-exterior/prestaciones-servicios.html>). Fecha de última consulta: 12 de abril de 2023.

Arrondo Martín, S. “*Tokens No Fungibles*”. Facultad de Comercio de Valladolid, 2022, pp. 6-7 (disponible en <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/54530/TFG-J-373.pdf?sequence=1&isAllowed=y>)

Asquith, R. “Clarification of VAT treatment for NFT compared to cryptocurrencies”. *Vat Calc*, 2022 (disponible en <https://www.vatcalc.com/belgium/belgium-pronounces-on-vat-and-non-fungible-tokens-nfts/>).

Blum, L. y Foster, B. “The Taxation of Nonfungible *Token* Transactions”, *The CPA Journal*, 2021, pp. 10 (disponible en <https://www.cpajournal.com/2021/08/13/the-taxation-of-nonfungible-token-transactions/>).

Clifford Chance. “Non-Fungible *Tokens*: The Global Legal Impact”. 2021, p.5 (disponible en <https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2021/06/non-fungible-tokens-the-global-legal-impact.pdf>).

Collosa, A. “El IVA y la tributación de los NFTs”. *Observatorio Blockchain*, 2022 (disponible en <https://observatorioblockchain.com/nft/el-iva-y-la-tributacion-de-los-nfts/>).

Dubreil, J. “El Gobierno italiano ha detenido la venta de NFT basados en obras maestras de los museos del país”, *Artmajeur*, 2022 (disponible en <https://www.artmajeur.com/es/magazine/2-noticias-de-arte/el-gobierno-italiano-ha-detenido-la-venta-de-nft-basados-en-obras-maestras-de-los-museos-del-pais/331825>).

Fetsyak, I. “Contratos inteligentes: análisis jurídico desde el marco legal español”, Universidad de la Rioja, 2020, pp. 12-36 (disponible en <https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/redur/article/view/4898>).

Flores Galea, A.L. “Utilidad de Blockchain y NFT para autores”, *Revista Digital de ACTA*, 2022, pp. 3-18 (disponible en https://www.acta.es/medios/articulos/ciencias_y_tecnologia/115001.pdf).

Gual, J.M., Fernández, M.L., Villalba, J.C. “Nuevas tecnologías para la comercialización de la propiedad: *blockchain*, criptomonedas y *smart contracts*”, Universidad Republicana, 2020, pp. 14-31 (disponible en <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/34313/Capitulo6Nuevas2020DavidEcheverry.pdf?sequence=1>).

Lambert, O. y Kasprzak, A. “Will your NFT investments soon be subject to VAT?”. *EY Luxembourg*, 2022 (disponible en https://www.ey.com/en_lu/tax/will-your-nft-investments-soon-be-subject-to-vat-).

Mahmood, G. “NFTs: What Are You Buying and What Do You Actually Own?”. *The Fashion Law*, 2021 (disponible en <https://www.thefashionlaw.com/nfts-what-are-you-buying-and-what-do-you-actually-own/>).

Medina Amores, M. y Medina, M.A. “El arte NFT y su irrupción en el mercado del arte”. *Boletín de Arte-UMA*, n. 43, Departamento de Historia del Arte, Universidad de Málaga, 2022, p. 210 (disponible en <http://dx.doi.org/10.24310/BoLArte.2022.vi43.14377>).

Nadini, M., Alessandretti, L., Di Giacinto, F. et al. “Mapping the NFT revolution: market trends, trade networks, and visual features”, *Sci Rep* 11, 20902, 2021, pp. 1 (disponible en <https://doi.org/10.1038/s41598-021-00053-8>).

Navarro, J. “Los servicios denominados de arte digital que se concretan en la venta del NFT se podrían calificar como servicios prestados por vía electrónica que, en caso de entenderse realizados en el territorio de aplicación del Impuesto, deben tributar al tipo general del Impuesto del 21 por ciento.”, *Serapeum Expert System*, 2022 (disponible en <https://www.pratsglas.com/es/blog/tributacion-iva-nft>).

Navas & Cusí, “¿Cómo tributan las transmisiones de NFT?”, 2021 (disponible en <https://www.navascusi.com/tributacion-compra-venta-nft/>).

OECD, “Taxing Virtual Currencies: An Overview Of Tax Treatments And Emerging Tax Policy Issues”, *OECD Organization*, pp. 3-9, 2020 (disponible en

<https://www.oecd.org/tax/tax-policy/taxing-virtual-currencies-an-overview-of-tax-treatments-and-emerging-tax-policy-issues.htm>).

Parlamento Europeo. “Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology with a focus on art NFTs and tokenized art.”. *Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies*, 2022, p. 24 (disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/737709/IPOL_STU\(2022\)737709_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/737709/IPOL_STU(2022)737709_EN.pdf))

Pérez Pombo, E. “El IVA en las operaciones de venta de NFT’s”, *Fiscal Blog*, 2022 (disponible en <https://fiscalblog.es/?p=7566>).

Rubio, A. “La Criptomoda: el fenómeno de los NFT llega a la ropa”, *Vein*, 2022 (disponible en <https://vein.es/la-criptomoda-el-fenomeno-de-los-nft-llega-a-la-ropa/>).

Singh, M.y Kaur, S. “An update of NFT law developments: India”. *Asia Business Journal*, 2022 (disponible en <https://law.asia/nft-law-developments-india/>).

Sung, A. y Hsiung, E. “An update of NFT law developments: Taiwan.” *Asia Business Law Journal*, 2022 (disponible en <https://law.asia/nft-law-developments/>).

Trecet, J. “Casilla de la renta para criptomonedas”, *Financiamiento RED España*, 2022 (disponible en <https://www.bolsamania.com/declaracion-impuestos-renta/casilla-de-la-renta-para-criptomonedas/>).

University of Oxford, *Oxford Advanced Learner's Dictionary*, 2023, (disponible en https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/token_1).

Zúñiga Segura, L. “¿Qué son y cómo se utilizan actualmente los NFT?”, *Investiga.TEC*, vol.15, n.44, 2022, pp. 3 (disponible en <https://repositoriotec.tec.ac.cr/handle/2238/13818>).

S.n. “Declarar criptomonedas en Hacienda: guía fiscal (Actualizado)”, *Sola Ramón Abogados*, 2022 (disponible en https://www.solayramonabogados.com/blog/declarar-criptomonedas-hacienda/#¿Que_dice_la_ley_sobre_las_criptomonedas_en_Espana).

S.n. “Bienes fungibles. Derecho Civil”. *Conceptos Jurídicos* (disponible en <https://www.conceptosjuridicos.com/bienes-fungibles/>)

S.n. “La tributación del libro electrónico”. *E-autónomos*, 2019 (disponible en <https://e-autonomos.es/blog/2019/03/la-tributacion-del-libro-electronico>)