

El arte y el derecho a través de los tokens no fungibles

Por Ana Carolina Albanese¹. Publicado en: LA LEY 24/08/2021, 24/08/2021, 1
Cita: TR LALEY AR/DOC/2319/2021

Sumario: I. Introducción. Algunas especificaciones previas. II. El fenómeno del arte a través de los NFT y algunos argumentos de propiedad intelectual. III. Momento normativo en el país. IV. Conclusiones a futuro

I. Introducción. Algunas especificaciones previas.

El 11 de marzo del corriente la prestigiosa casa de subastas Christie's vendió la colección "Everyday: the first 5000 days", del artista Beeple, por un valor de sesenta y nueve millones de dólares. Algunos aspectos interesantes: la colección contiene cinco mil días de obras de arte digitales certificadas en tokens no fungibles. Otro punto para destacar, por primera vez una casa de subastas tradicional vendió arte digital.

Para algunos se trata de una burbuja especulativa, que tarde o temprano dejará de crecer, otros como un punto de inflexión en el mundo del arte. Más allá de los más variados pensamientos -todos correctos ante el fenómeno- lo cierto es que son activos que están emergiendo con valores y consideraciones peculiares. Como debe ser, el Derecho no puede estar ajeno a las nuevas cuestiones ya que sin dudas y profundamente, lo tocan en diversas áreas.

Es interesante comentar que hace tiempo ya se habla de los tokens. El término *token* es utilizado desde la antigüedad en la lengua inglesa. Así los *memory tokens* eran las piezas introducidas en los sepulcros de las personas con santidad por las que el devoto peregrino a la par que dejaba constancia de su paso por el lugar perpetuaba en la memoria determinados rezos, votos, peticiones o promesas realizadas con anterioridad².

Ahora bien, a la hora de sumergirnos en este mundo hasta llegar a los *token no fungibles* (en adelante "NFT") en el arte, entiendo indispensable previamente abordar algunas especificaciones en torno a esta ya no tan nueva realidad.

Blockchain: Las cadenas de bloques o *blockchain*, podemos equipararlos a libros de contabilidad digitales permanentes e inmutables que se utilizan para registrar transacciones. Buscan garantizar mediante criptografía que la información que se registra no pueda ser fácilmente modificada y que la misma proceda de quién

¹ Abogada. Profesora e investigadora Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Instituto de Ciencias Sociales y Disciplinas Projectuales (INSOD). Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Departamento de Derecho. Mgter. Derecho del Consumo Universidad de Valencia, España. Especializada en Fashion Law, Fashion Law Institute, Fordham University. Certificada en Conocimientos y expresiones culturales tradicionales por OMPI-WIPO. Directora Académica Programa Ejecutivo de Fashion Law Universidad Torcuato Di Tella. Profesora Adjunta Universidad del Salvador.

² Travaini Lucia, Saints and sinners: coins in medieval Italian graves. *The Numismatic Chronicle (1966-)*, vol. 164, 2004, pp. 159–181. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/42666278. Consulta en línea: 10/07/2021.

asegura ser su remitente (a nombre propio, institucional, corporativo o mediante seudónimos). Los usos de las cadenas de bloques se han multiplicado y diversificado en el mundo. Así incluso en la Industria de la Moda se utiliza este sistema para garantizar autenticidad y trazabilidad de un producto. Así el consorcio LVMH ha creado Aura, el blockchain que según ellos mismos indican *hace posible que los consumidores accedan al historial de productos y a la prueba de autenticidad de los artículos de lujo, desde el abastecimiento hasta las ventas, hasta los mercados de segunda mano.*³

Smart contracts o contratos inteligentes: Son transacciones de registro de código de fuente abierta ejecutadas en una blockchain. A su vez, estos contratos inteligentes se almacenan en plataformas descentralizadas como GitHub proporcionando transparencia. Se utilizan para identificar y registrar quiénes son las partes que intervienen. La existencia de los totems se hace posible a través de los *smart contracts* que nos permitirán ubicar dentro de un blockchain y un token a quienes intervinieron.

Tokens: Los activos que son transferibles entre dos partes en el ecosistema blockchain se denominan comúnmente "tokens". La blockchain Ethereum -hasta ahora la más utilizada- tiene estándares que permiten la emisión de tokens con usos y propiedades específicos. Dentro de Ethereum, donde actualmente se encuentran la mayoría de los NFT, el estándar de token ERC -20 se utiliza para tokens fungibles y el ERC-EI estándar de token 721 se utiliza para tokens no fungibles. Existen otras plataformas donde alojar los NFT como Flow, EOS por ejemplo. Sin embargo, a la fecha las plataformas no interactúan entre sí en relación con la operabilidad y transacciones de los NFT. A mi parecer, será algo que deba suceder en un futuro no lejano.⁴

Los tokens intercambiados en una transacción tienen propiedades que demuestran la trazabilidad y procedencia de un activo digital. Por ejemplo, Bitcoin u otros tokens de criptomonedas que utilizan, como mencioné supra, el estándar Ethereum ERC -20 son idénticos y se pueden intercambiar fácilmente por el mismo valor (es decir, son fungibles).

A su vez, los tokens deben distinguirse entre aquellos que pueden ser en sí mismos un activo, pues su valor proviene de su propia existencia en la red (*utility tokens*), y aquellos tokens que representan activos o derechos que se encuentran fuera de la cadena de bloques, cuyo valor proviene de dicho activo o derecho que simbolizan (*security tokens* o tokens representativos).

Esto tendrá consecuencias jurídicas relevantes ya que aquellos tokens que constituyen un activo en sí mismos requerirán, en su caso, la regulación pertinente como nueva fuente de derechos y obligaciones (*utility tokens*), mientras que cuando nos referimos a un token que sirve de soporte representativo de un activo lo que debe procurarse es que las reglas de circulación de ese token protejan, de forma equivalente o superior a otras

³ Aura Blockchain, A solution by brands for brands to enhance luxury customer experience. Consulta en línea: <https://auraluxuryblockchain.com/>

⁴ Non Fungible Tokens: US legal issues to be considered, M. Ridgway Barker, Joseph Bambara. Cita en línea: <https://www.withersworldwide.com/en-gb/insight/non-fungible-tokens-legal-issues-to-be-considered>.

formas de representación, los bienes jurídicos involucrados en cada caso.⁵ En este sentido entiendo relevante el poder pensar en los tokens representativos de otros valores para ser utilizados como títulos valores. Aunque debería este pensamiento ser abordado en otro trabajo.

Token no fungibles o NFT: por su sigla en inglés (*non fungible token*) representan un activo único ya que se “acuña” con un código de identificación exclusivo y metadatos que las distinguen. Son cripto activos también, pero su característica distintiva en relación con las cripto monedas es la no fungibilidad. Aquí aplica claro por exclusión, la estipulación que realiza el Código Civil y Comercial de la Nación al mencionar que son fungibles las cosas cuando “(...) *todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad*”⁶. A su vez, podemos decir que los tokens son bienes divisibles, consumibles y, por supuesto, inmateriales. En algún trabajo⁷ se los ha definido como indivisibles, sin embargo, esto no es así ya que de hecho tenemos los f-NFT que son justamente fracciones de NFT surgidas con la intención que las inversiones en este tipo de activos puedan ser realizadas por varios interesados.

Un NFT también es un certificado de propiedad digital para cualquier activo digital designado. Los “contratos inteligentes” utilizan estos atributos para hacer cumplir las limitaciones sobre el uso de la NFT por parte de un comprador, proporcionar pagos automáticos de regalías por transacciones de reventa y demostrar la propiedad.

En definitiva, es una forma de guarda, de archivo de determinados bienes digitales también que, con el tiempo y el desarrollo se va transformando⁸. La relación entre el archivo, los datos o información que contiene y el público al que está dirigido y a quien le pertenecen -cuando sea necesario establecerlo- generará varias tensiones que entiendo tendrán que resolverse como, por ejemplo, propiedad intelectual, dominio, derechos, transmisibilidad, autenticidad, entre algunos.

⁵ Fernández Herraiz Carlos, Esclapés Membrives Sara, Prado Dominguez Antonio J. La materialización de una letra de cambio sobre blockchain: Un examen desde la economía, el derecho y la tecnología. Consulta en línea: https://www.researchgate.net/profile/A-Prado-Dominguez/publication/348465367_The_materialization_of_a_bill_of_exchange_about_blockchain_an_examination_from_the_economy_law_and_technology/links/6001e70445851553a0492194/The-materialization-of-a-bill-of-exchange-about-blockchain-an-examination-from-the-economy-law-and-technology.pdf?origin=publication_detail

⁶ Código Civil y Comercial de la Nación, Art. 232. Consulta en línea: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#8>

⁷ Vercelli, A. (2021). La gestión de los archivos de la informática y el uso de blockchain: saberes legales y tecnológicos involucrados. *Electronic Journal of SADIO (EJS)*, 20(1), 117-131. Recuperado a partir de <https://ojs.sadio.org.ar/index.php/EJS/article/view/188>

⁸ Vercelli, A. (2021). La gestión de los archivos de la informática y el uso de blockchain: saberes legales y tecnológicos involucrados. *Electronic Journal of SADIO (EJS)*, 20(1), 117-131. Recuperado a partir de <https://ojs.sadio.org.ar/index.php/EJS/article/view/188>

II.El fenómeno del arte a través de los NFT y algunos argumentos de propiedad intelectual.

El arte y la ciencia, aunque los entendemos por separado, casi diría lejanos, van de la mano. Así lo entendía Einstein "*Después de que se alcanza un cierto nivel de habilidad técnica, la ciencia y el arte tienden a fusionarse en estética, plasticidad y forma. Los más grandes científicos son siempre artistas también*". Albert Einstein. Observación hecha en 1923; Archibald Henderson, Durham Morning Herald, 21 de agosto de 1955; Archivo Einstein 33-257.

Para citar una definición de trabajo, el arte criptográfico puede verse como "*arte digital de edición limitada, registrado criptográficamente con un token en una cadena de bloques*"⁹

El *zeitgeist* detrás del movimiento del arte criptográfico o *crypto art* se remonta al concepto de desmaterialización del arte. El arte concebido exclusivamente a través de un elemento material se ve ahora invadido por la virtualidad. Si bien no podemos achacar todo al 2020, entiendo que ayudó también a que este fenómeno crezca exponencialmente. Las galerías de arte tuvieron tiempos difíciles donde fue necesario adaptar las dinámicas y reglas tradicionales del mercado del arte a los nuevos vivires.

En las artes plásticas, la escasez y la exclusividad son aspectos que agregan valor a la obra. Los NFT en arte pasan a cobrar valor más allá de estos conceptos y circulan con valor autónomo. Así el artista a su vez adquiere reconocimiento y quien posee o adquiere estos NFT puede negociarlos en este mercado.¹⁰

El desarrollo exponencial de los NFT se dio entre fines de 2020 y lo que va transcurriendo de este año. El brevísimo período en el que el crecimiento se da nos muestra una pauta de lo que son y serán los activos digitales.

Como mencioné supra, originalmente, las NFT surgieron en Ethereum blockchain. Con el crecimiento y el correr del tiempo han surgido varios mercados para el comercio de arte criptográfico.¹¹ Esas plataformas en línea, como Nifty Gateway, Rarible o SuperRare, cumplen las funciones de casas de subastas o galerías de arte.

La industria de la moda -volátil y en dinamismo permanente- no es ajena a este fenómeno. Así ya se han creado todo tipo de NFT. En abril de este año dos marcas RTFKT y The Fabricant realizaron una colección totalmente virtual en colaboración que

⁹ Bsteh, Sheila. From Painting to pixel. Understanding NFT artworks. Erasmus University, Rotterdam. Cita https://www.researchgate.net/profile/Sheila-Bsteh/publication/351346278_From_Painting_to_Pixel_Understanding_NFT_artworks/links/609280ec92851c490fb7470e/From-Painting-to-Pixel-Understanding-NFT-artworks.pdf

¹⁰ Pesserl Alexander, NFT 2.0: BLOCKCHAINS, MERCADO FONOGRÁFICO E DISTRIBUIÇÃO DIRETA DE DIREITOS AUTORAIS. Consulta en línea: <http://revista.ioda.org.br/index.php/rrdis/article/view/14/11>

¹¹ Bsteh, Sheila. From Painting to pixel. Understanding NFT artworks. Erasmus University, Rotterdam. Cita https://www.researchgate.net/profile/Sheila-Bsteh/publication/351346278_From_Painting_to_Pixel_Understanding_NFT_artworks/links/609280ec92851c490fb7470e/From-Painting-to-Pixel-Understanding-NFT-artworks.pdf

se agotó en menos de quince minutos. La totalidad de las piezas se emitieron como NFT en la plataforma Decentraland¹². Es decir que quienes adquirieron esta colección no recibieron cosas sino bienes. En otra acción de RTFKT vendió zapatillas también como NFT pero luego los consumidores recibían un par en físico, como una forma de agradecimiento por apoyar la acción. Por ahora para la moda es una tendencia. Sin embargo, en esta industria podemos pensar más allá de productos y seguramente se emitirán en breve otros NFT como fotos, shows, entrevistas, publicaciones, entre otros.

Este universo lo demuestra de manera constante, los NFT no sólo son terreno de las artes plásticas, música, fotografía, sino que incluso representan -los NFT representativos- por ejemplo, un título de propiedad de un inmueble. A esta clase de NFT se los denomina representativos o *security tokens* como indiqué *supra*. Pero de esta clase de NFT no me ocupo en este trabajo, sino de aquellos que se encuentran relacionados a un contenido específico acuñados en una cadena de bloques, los *utility tokens*.

Estos activos se han vuelto inusualmente atractivos ya que, entre otras virtudes, no pueden ser copiados -mal que reiteradamente aqueja al mundo digital- y se encuentran autenticados. De lo contrario, qué diferencia habría entre una captura de pantalla del primer Tuit de Jack Dorsey y el NFT del mismo que el creador y actual CEO de la red social vendió por US\$ 2.900.000. La misma diferencia que podría haber entre una reproducción de una obra de arte original y el original.

En definitiva, utilizando NFT en contrato inteligente (en Ethereum, por ejemplo), un creador puede probar fácilmente la existencia y propiedad de los activos digitales en forma de videos, imágenes, artes, entradas a eventos, hasta tuits forman parte de este universo que se vende y se compra. Asimismo, el creador puede generar ganancias por cada transferencia exitosa de su NFT. Aunque su esencia en definitiva es un código, ese código es escaso, exclusivo, y contiene un objeto digital único.

Amén de lo manifestado, los argumentos que comienzan a delinearse son vastos.

Con la intención de ubicarlos en la mente jurídica y en consecuencia en el ordenamiento jurídico, este tipo de tokens podemos decir que son bienes inmateriales, divisibles, no fungibles, no consumibles, dentro del comercio.

Nos hemos realizado hasta aquí que una de las características más publicitadas por decirlo de alguna manera de estos activos es que son "autenticables". Sin embargo, los NFT no autentican de forma inherente los derechos de propiedad intelectual implícitos. Los tokens no fungibles pueden autenticar la propiedad de un token en sí, así como el historial único de cómo se desarrolló y se vinculó dicho token a un trabajo creativo en particular. Empero, una NFT simple por sí sola no puede hacer coincidir al creador o propietario de una NFT con una persona real en el mundo físico, ni valida que el creador de la NFT tenga los derechos subyacentes para vincular esa NFT a una obra determinada. Sabemos, con el camino recorrido hasta ahora, que cuando hablamos de NFT que contienen una obra de arte, los tokens tienen un creador. En este trabajo pretendo

¹² Nanda M.C. The Limits of virtual fashion. Business Of Fashion. Cita en línea: <https://www.businessoffashion.com/articles/technology/the-limits-of-virtual-fashion>

intentar esclarecer, entre algunas cuestiones y en relación con las NFT que contienen un trabajo creativo, qué sucede con los derechos de propiedad intelectual que contienen. Como mencione supra, tienen un autor. Sin embargo, quien acuña el NFT en la blockchain no necesariamente es quien creó el contenido inserto en el NFT.

Acto seguido, debemos pensar en el contenido del NFT, que sería la obra en sí. La propiedad de una NFT como token único, versus la propiedad del contenido con el que dicha NFT puede estar asociada, es una distinción fundamental.

Si coinciden ambas cuestiones, esto facilita y permite reconocer al autor de la obra y creador del NFT. Esto acontece cuando el contenido del NFT, es decir la obra, está almacenado dentro del código del NFT y ambas tienen origen en el mismo creativo.

¿El derecho autoral en este recorrido, será entonces de quien sea emisor de dicho token? A mi entender, podría ser una solución. Entonces, podrá luego administrar las condiciones de la transmisión y posterior uso de sus obras configurando una cesión de derechos y licencias de uso a través de los *smart contracts* de la *blockchain* en la que se encuentre alojado.

Sin embargo, en variadas ocasiones podría no darse esta situación en la que el creador del código es a su vez el autor de la obra. Y es aquí cuando los NFT se cuestionan. Llega la materia a un coleccionista que se preguntará si el NFT por el que podría pujar en una subasta o adquirir directamente será, por ejemplo, un Pum Pum original o no. Actualmente existen plataformas -como SuperRare- que pretenden verificar la identidad de los creadores. Así, los creadores que procuran publicar sus obras allí previamente deberán enviar una solicitud con cierta cantidad de información como nombre, correo electrónico, presencia en redes sociales, entre otros requisitos. De alguna forma la plataforma se asegura que quienes adquieran allí NFT como obras de arte serán de artistas que tienen los derechos adecuados sobre el contenido de arte que alojan. Esta forma, aún no nos asegura en el universo jurídico total autoría de la obra, claro está.

Supongamos que hemos de esta manera resuelto esta incertidumbre, el comprador tendrá que preocuparse por conocer los términos de su adquisición para comprender la extensión de sus derechos sobre el bien adquirido. Es aquí donde cobra cabal relevancia el contrato de licencia que perfeccione el creador con el adquirente ya que en los mismos se definirán algunas cuestiones de estructural importancia.

Al respecto, nuestra ley 11.723 en su artículo 54 manifiesta: "*La enajenación o cesión de una obra pictórica, escultórica, fotográfica o de artes análogas, salvo pacto en contrario, no lleva implícito el derecho de reproducción que permanece reservado al autor o sus derechohabientes.*"

Por ende, la adquisición de la obra, no implicará -a menos que sea especialmente cedido por el autor- la adquisición de todos los derechos de autor sobre la obra. Trasladando a la realidad física, cuando alguien compra una pintura en una galería de arte para su hogar, está adquiriendo la pintura física en sí, que puede exhibir, pero no los derechos subyacentes para reproducir, hacer obras derivadas o distribuir copias de dicha pintura. No obstante, en el caso de los NFT, tanto el creador del contenido y quien compra no pueden evitar la reproducción ni la visualización por otros medios digitales.

Los términos establecidos por el creador o acuñador del NFT en el *smart contract* serán de vital relevancia para conocer las posibilidades que tendrán el primero y los siguientes adquirentes en relación con los derechos sobre la obra.

III. Momento normativo en el país.

Los NFT carecen de legislación concreta en Argentina. Como sucede regularmente con el Derecho, las cuestiones de necesaria regulación existirán luego de que el hombre crea la necesidad de regulación. Sin embargo, como regularmente también sucede, buscamos desde lo jurídico enmarcar las situaciones que precisan de regulación, mientras se carece, a través del ordenamiento existente.

Siguiendo al Profesor Daniel Rybnik,¹³ los activos virtuales y las operaciones con activos virtuales no se encuentran prohibidos en una ley y no violan un mandato constitucional. Por lo tanto, se encuentran bajo el paraguas del principio de legalidad del artículo 19 de nuestra Carta Magna.

Esta ausencia normativa no ha sesgado por completo la visión de la Administración. Así, algunos organismos han intentado definirlos y regularlos, incluso advertir sobre la inversión en este tipo de activos.

Como mencioné, existen escasas medidas sobre tokens fungibles. Es de mencionar que amén de ello no los definen como tokens fungibles.

La primera enunciación normativa en el país fue la que dio en 2014 la Unidad de Información Financiera UIF, mediante una resolución. Dicho organismo las definió (art. 2 de la Res. 300)¹⁴ como:

"...la representación digital de valor que puede ser objeto de comercio digital y cuyas funciones son la de constituir un medio de intercambio, y/o una unidad de cuenta, y/o una reserva de valor, pero que no tienen curso legal, ni se emiten, ni se encuentran garantizadas por ningún país o jurisdicción.

En este sentido las monedas virtuales se diferencian del dinero electrónico, que es un mecanismo para transferir digitalmente monedas fiduciarias, es decir, mediante el cual se transfieren electrónicamente monedas que tienen curso legal en algún país o jurisdicción".

El Banco Central de la República Argentina, a su turno, emitió advertencias sobre los riesgos de las denominadas "monedas virtuales" a través de una comunicación en mayo de 2014 y en los Informes de Estabilidad Financiera del Segundo Semestre de 2018 y del mes de noviembre del año 2019 hizo saber sobre su preocupación en relación con los "Criptoactivos:", y las "Stablecoins". Sobre las últimas el informe de Estabilidad Financiera de noviembre de 2019 sostiene: "Si bien no existe una definición comúnmente aceptada de una stablecoin, habitualmente se la caracteriza como un tipo de Criptoactivos de origen privado, diseñado para mantener un valor estable en relación con otro activo, normalmente una moneda fiduciaria, una mercancía (como una materia

¹³ Rybnik Daniel. *Tributación de la economía digital*. Capítulo 18. Una aproximación a la tributación de las criptomonedas. ISBN 978-987-03-3809-3.

Consulta en línea:

https://d26lpennugtm8s.cloudfront.net/stores/081/038/rte/42662445_Braccia_Tributacion%20econom%C3%ADa%20digital.pdf

¹⁴ Consulta en línea: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/230000-234999/231930/norma.htm>

prima) o una canasta de activos”, el BCRA deja entrever una gran preocupación por este tipo de activos.¹⁵

Esto por ahora es lo que disponemos en esta materia. Contamos con un cosmos intangible a legislar.

IV. Conclusiones a futuro

Precisamos marcos regulatorios, pero más que eso, la persona y el Derecho necesitan definiciones del ordenamiento jurídico sobre estos nuevos activos que entraron a jugar fuerte en el campo de las inversiones y las artes. Protagonizan así en un terreno vacío un sinfín de cuestiones a resolverse. Es deseable que las normas que se presenten no sean exclusivamente referidas al entorno fiscal, sino que apuesten a relacionar sujetos de derechos, proteger intangibles de manera cierta y proveer de herramientas para que las innovaciones actuales formen parte de la rueda de la economía global sin vacilar en resguardar las creaciones y su valor.

¹⁵ Catani Ma. Laura y otros. PROYECTO DE INVESTIGACION: EFECTOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN EN EL EJERCICIO DE LOS PROFESIONALES EN CIENCIAS ECONÓMICAS: LOS NUEVOS ROLES. Entregable 1° Activos digitales: aspectos técnicos, normativos, legales y contables de los bitcoins. Facultad de Ciencias Económicas Universidad Nacional de La Plata, Instituto de Investigaciones y Estudios Contables. Consulta en línea:
http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/111588/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y