



LOS NON-FUNGIBLE TOKENS (NFTs) EN COLOMBIA: PERSPECTIVAS JURÍDICAS

NON FUNGIBLE TOKENS IN COLOMBIA: LEGAL PERSPECTIVES

JUAN MANUEL PACHECO*

LAURA CAMILA OLARTE**

Fecha de recepción: 10 de septiembre de 2021

Fecha de aceptación: 12 de noviembre de 2021

Disponible en línea: 30 de diciembre 2021

RESUMEN

Los NFTs son un certificado de propiedad y autenticidad sobre un contenido que puede ser digital o físico. Estos tokens criptográficos soportados en *blockchain* tienen múltiples implicaciones jurídicas. Este artículo tiene como objetivo aproximarse al concepto de NFTs desde distintas perspectivas a la luz del derecho colombiano. Entre estas, la conceptualización del NFT como valor y las implicaciones que tienen los NFTs en materia de derechos de autor. Con respecto a la conceptualización del NFT como valor, se estimó que no cumplen con los requisitos expuestos en la Ley 964 del 2005, por lo que no pueden publicitarse como vehículos de inversión amparados por el régimen jurídico colombiano. Frente a las implicaciones en derechos de autor, se determinó que el contenido asociado a los

* Estudiante de noveno semestre de la Carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá D.C., Colombia). Contacto: juan-pachecoc@javeriana.edu.co

** Estudiante de décimo semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Bogotá D.C., Colombia). Contacto: lc.olarte10@uniandes.edu.co

NFTs está protegido. Por tal motivo, no hay una transferencia de derechos de autor cuando se compra un NFT.

Palabras clave: NFTs, valor, *blockchain*, derechos de autor.

ABSTRACT

NFTs are a certificate of ownership and authenticity of digital or physical content. These cryptographic tokens supported on the blockchain have multiple legal implications. This article aims to approach the concept of NFTs from different perspectives considering Colombian law. Among these, the conceptualization of the NFT as a value and its implications in terms of copyright. Regarding the conceptualization of the NFT as a value, it was estimated that they do not meet the requirements outlined in Law 964 of 2005. Therefore, NFTs cannot be advertised as investment vehicles protected in the Colombian legal regime. In respect of copyright implications, it was determined that the content associated with the NFTs is protected. Thus, there is no transfer of copyright when an NFT is purchased.

Keywords: NFTs, value, blockchain, copyright.

1. INTRODUCCIÓN

Durante el último año, las noticias y principales redes sociales del mundo no han dejado de hablar de los *Non Fungible Tokens* (en adelante “NFTs”). El éxito repentino de esta tecnología soportada en *blockchain* se debe a las multimillonarias ventas sobre obras de arte, canciones, memes, videos, objetos coleccionables, e incluso hasta tweets, que se han vendido como NFTs. Una de las transacciones más grandes se realizó sobre la obra de arte *Everydays - The First 5000 Days* del artista Beeple que se subastó por 69 millones de dólares¹.

En Colombia, los artistas también están incursionado en el mundo de los NFT. Por ejemplo, Soy Fira, criptoartista colombiana, en 2019 vendió la obra de arte “Beso estrellado”, “Autorretrato” y “la Mujer” por cientos de dólares en la plataforma OpenSea². Igualmente, el cantante Maluma lanzó en agosto de este

1 *Beeple (b. 1981) EVERYDAYS: THE FIRST 5000 DAYS*, Christie's (2021), <https://onlineonly.christies.com/s/beeple-first-5000-days/beeple-b-1981-1/112924>.

2 *Criptoartista colombiana vendió todas sus obras de estreno como NFT en menos de 24 horas*, FORBES (2021), <https://forbes.co/2021/03/17/tecnologia/criptoartista-colombiana-vendio-todas-sus-obras-de-estreno-como-nft-en-menos-de-24-horas/autenticidad>.

año su colección de NFTs, compuesta por coloridos gráficos en movimiento en la plataforma Ethernity.io³. Estos NFTs se están vendiendo hoy en día por miles de dólares.

Este mercado creciente de los NFTs tuvo su pico más alto en el segundo trimestre del 2021 con \$2.5 billones de dólares en ventas, frente a los \$13.7 millones de dólares del 2020⁴. Este crecimiento exponencial de los NFTs representa una nueva forma de adquirir bienes digitales únicos, lo que antes era imposible de hacer. Esto es posible porque el NFT es un token criptográfico que tiene un número de identificación y metadata que ningún otro token criptográfico tiene, por lo que cada token es único e irrepetible⁵. Al ser cada token único, se le puede vincular un contenido digital o físico sobre el cual se puede certificar la propiedad y autenticidad.

En vista de lo anterior, los NFTs se han convertido en objeto de estudio en múltiples disciplinas del derecho dada su trascendencia artística y económica. Por tal motivo, los objetivos del presente artículo son aproximarse al concepto de NFT, con especial énfasis en la definición de valor, y analizar las implicaciones en materia de derechos de autor que tienen los mismos. Así, el artículo sostendrá que los NFTs no cumplen con los requisitos expuestos en la Ley 964 del 2005, por lo que no pueden publicitarse como vehículos de inversión amparados por el régimen jurídico colombiano. De igual forma, frente a derechos de autor, se establecerá que el contenido asociado a los NFTs está protegido, por lo que no hay una transferencia de derechos de autor cuando se compra un NFT. Para llegar a esas determinaciones, el texto se dividirá en las siguientes secciones: (i) Los NFTs como valores, (ii) las implicaciones en materia de derechos de autor y (iii) las conclusiones.

2. LOS NFTS COMO VALORES NFTs

Definir a los NFTs como valores tiene numerosas implicaciones jurídicas. Esa categorización generaría una serie de derechos para los tenedores de los NFTs,

3 Maluma lanza colección de NFT en Ethereum llamada «Papi Editions», Criptonoticias (2021), <https://www.criptonoticias.com/comunidad/entretenimiento/maluma-lanza-coleccion-nft-ethereum-llamada-papi-editions/>

4 Elizabeth Howcroft, *NFT sales volume surges to \$2.5 bln in 2021 first half*, REUTERS (2021), <https://www.reuters.com/technology/nft-sales-volume-surges-25-bln-2021-first-half-2021-07-05/>

5 Ghaith Mahmood, Jordan Naftalis y Veronica Ye, *Creative Crypto: IP Implications of Selling Creative Works Tied to Non-Fungible Tokens*, Fintech and Payments (2021), <https://www.fintechandpayments.com/2021/03/creative-crypto-ip-implications-of-selling-creative-works-tied-to-non-fungible-tokens/>

a quienes jurídicamente se les llamaría “inversionistas” en vez de “coleccionistas”. Esos inversionistas verían en el arte un vehículo de inversión mediante el cual pueden recibir un NFT, y a partir de los precios del mercado, recibir una ganancia una vez vendan el NFT.

El artículo 2 de la Ley 964 de 2005 define como valor “todo derecho de naturaleza negociable que haga parte de una emisión, cuando tenga por objeto o efecto la captación de recursos del público”. Así, estipula los siguientes como requisitos para que un derecho, como el del tenedor de un NFT, sea considerado como valor:

1. Debe ser un derecho negociable.
2. Debe ser parte de una emisión estandarizada.
3. Debe tener como objeto o como efecto la captación de recursos del público.

Adicionalmente, el literal a del artículo 4 de la Ley 964 de 2005, estima que el Gobierno Nacional deberá “determinar las actividades que, en adición a las previstas en la presente ley, hacen parte del mercado de valores por constituir manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público mediante valores”. Por tanto, se puede colegir que dicha normativa adiciona un requisito para que un derecho pueda ser considerado como valor: el reconocimiento por parte del Gobierno Nacional.

En ese sentido, debe analizarse el derecho de los tenedores de NFTs a partir de esos cuatro requisitos para concluir si estos derechos en específico son valores o no:

2.1. Derecho negociable

Un derecho negociable, de acuerdo con la doctrina, debe tener vocación de negociabilidad⁶. Esto es, el derecho debe tener una vocación de ser transmitido o negociado en un determinado mercado⁷.

En efecto, los tenedores de NFTs pueden negociar sus NFTs en espacios como OpenSea, Rarible y Mintable. Esos espacios son *marketplaces* descentra-

6 Daniel Camacho Molano, *El concepto de “valor” en Estados Unidos y en Colombia: análisis comparado de su contenido*, Rev. Derecho Priv. 323–355 (2020).

7 *Id.*

lizados donde se compra, vende e intercambia NFTs⁸. Así, aquellos tenedores compran y venden sus NFTs mediante una billetera digital que se basa en la tecnología *Blockchain*⁹.

Por tanto, al poder negociar la tenencia de los NFTs en un mercado público y accesible para todo aquel que cumpla las condiciones de la plataforma en donde se compra o se vende, se puede colegir que es un derecho negociable.

2.2. Parte de una emisión estandarizada

Sobre el segundo requisito, debe mencionarse que la emisión es una creación simultánea de varios instrumentos financieros en virtud de un acto único¹⁰. Esos instrumentos deben ser homogéneos y estandarizados, tales como las acciones que emite una sociedad o los TES que emite un Estado¹¹.

Desde la misma definición de “emisión” puede interpretarse que la tenencia de NFTs no es un derecho que haga parte de una emisión. Ciertamente, una vez se crea el NFT, no surge otro instrumento financiero que permita hacer el análisis sobre si la emisión es estándar o homogénea. Por eso, al ser un instrumento en un acto único, el NFT difícilmente podría estimarse como una emisión. Es precisamente esa unicidad, la característica más importante de un NFT.

Por lo anterior, el derecho sobre la tenencia de NFTs no es parte de una emisión, sino de un acto único que consiste en la venta de un producto final cuyo precio está determinado por la enajenación que se hace directamente al comprador¹². En ese sentido, no cumple el requisito de la emisión.

2.3. Captación de recursos del público y reconocimiento del Gobierno

Aun cuando el hecho de no cumplir con el requisito de la emisión imposibilita al NFT ser considerado como valor, para efectos de este artículo es relevante

8 Moralis Academy, *Explaining OpenSea – What is OpenSea and HowIsIt Used?* (2021), <https://academy.ivanontech.com/blog/explaining-opensea-what-is-opensea-and-how-is-it-used>

9 Ollie Leech & Andrés Engler, *Cómo crear, comprar y vender NFTs*, Coindesk (2021), <https://www.coindesk.com/markets/2021/06/23/como-crear-comprar-y-vender-nfts/>

10 Camacho Molano, *supra* note 8.

11 *Id.*

12 Latham & Watkins LLP, *NFTs: But is it Art (or a Security)?* (2021), <https://www.fintechandpayments.com/2021/03/nfts-but-is-it-art-or-a-security/>.

analizar, desde una perspectiva crítica, lo que sucede con los NFTs frente a los demás requisitos.

La captación de recursos del público, en principio, podría reputarse como un efecto de la puesta en el mercado del NFT. Esto, por cuanto, a partir de unos contratos inteligentes, el artista recibe una serie de regalías con las que capta recursos del público que negocia su NFT.

Sin embargo, tal como lo expone la *United States Securities and Exchange Commission* (U.S. S.E.C.), que se encarga de proteger a los inversionistas de los Estados Unidos frente a los peligros del mercado¹³, “la apreciación del precio resultante únicamente de las fuerzas externas del mercado (como las tendencias inflacionarias generales o la economía) que impactan la oferta y la demanda de un activo subyacente generalmente no se considera “ganancia” según la prueba de Howey”¹⁴. Esa prueba de Howey es la que determina lo que es un valor en Estados Unidos, conocido como *investment contract*. En consecuencia, en la medida en que el precio del NFT no se basa en el esfuerzo del artista, sino en las fuerzas externas del mercado, difícilmente podría considerarse a los NFTs como una captación de recursos del público.

De igual forma, en Colombia no se ha reconocido como valor a los NFTs por parte del Gobierno, por lo que tampoco se cumple este requisito dispuesto en el artículo 4 de la Ley 964 de 2005.

Adicionalmente, la negociabilidad de los NFTs no le aporta la característica de valor, sino que hace referencia a la posibilidad de traspasar un coleccionable único representado en NFTs a personas diferentes al primer adquirente, que recibirá una regalía en virtud de los *smart contracts*. Tampoco puede reputarse como un título valor, pues no incorpora un derecho exigible. La Superintendencia Financiera tuvo estas mismas conclusiones en el Concepto 2008089567-003 de 2009, que estimó que el Certificado de Inversión Cinematográfica no es un valor¹⁵.

13 U.S. Securities and Exchange Commission, *About the SEC* (2020), <https://www.sec.gov/about.shtml>

14 U.S. Securities and Exchange Commission, *Framework for “Investment Contract” Analysis of Digital Assets* (2019), https://www.sec.gov/corpfm/framework-investment-contract-analysis-digital-assets#_edn1.

15 Concepto 2008089567-003 de 2009 [Superintendencia Financiera]. Certificado de inversión cinematográfica, posibilidad de adquisición por fiduciaria, contabilización.

2.4. Riesgos relacionados con las operaciones en NFTs

Sobre los riesgos relacionados con las operaciones en NFTs, debe destacarse que los mismos no hacen parte de la infraestructura del mercado de valores colombiano, no constituyen una inversión válida para las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus operadores no se encuentran autorizados para asesorar o gestionar operaciones sobre las mismas¹⁶. Por lo anterior, debe considerarse lo dispuesto por la Firma de abogados Latham & Watkins, que dispuso que aquellos que ejerzan operaciones sobre NFTs, deben evitar¹⁷:

- A. Comercializar las ventas de NFT como un esfuerzo de recaudación de fondos para construir una plataforma para ventas futuras;
- B. Emplear promotores, patrocinadores o terceros cuyos esfuerzos de marketing estén destinados a impulsar la apreciación de los NFT, y;
- C. Dar a los compradores de NFT la impresión de que pueden esperar razonablemente una revalorización del capital del activo digital u obtener beneficios de su activo como resultado de los esfuerzos del creador o de los esfuerzos de un tercero.

Con todo, resulta evidente que los NFTs incorporan derechos que no pueden ser considerados valores, por cuanto no cumplen los requisitos dispuestos por la normativa colombiana. De ahí que la venta de los NFTs no puede comercializarse como un vehículo de inversión, y aquellos que operen con NFTs deben conocer y asumir los riesgos inherentes a las operaciones que realicen, por cuanto no se encuentran amparadas por ningún tipo de garantía privada o estatal¹⁸.

3. LAS IMPLICACIONES LEGALES DE LOS NFTS RESPECTO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Antes de entrar a explicar los desafíos legales que presentan los NFTs en materia de derechos de autor, es importante señalar que nos encontramos inmer-

16 Concepto 2017120626-001 [Superintendencia Financiera de Colombia]. Medidas electrónicas, criptomonedas o monedas virtuales no constituyen valor.

17 Latham & Watkins LLP, *supra* note 14.

18 Superintendencia Financiera de Colombia, *supra* note 16.

sos en una cultura de copiar y pegar¹⁹. En esta cultura, derivada del uso de la tecnología, los individuos cortan, copian, pegan y difunden información como parte su práctica diaria. Esto ha generado que la idea de propiedad intelectual se vuelva borrosa y difícil de mantener²⁰.

Los artistas han sido los grandes afectados, pues si bien la tecnología les permite crear y difundir sus trabajos de forma más rápida a través de internet, al mismo tiempo sus obras son copiadas, reproducidas y adaptadas sin necesidad de invertir tiempo, dinero y esfuerzo²¹. Ello ha afectado sustancialmente los derechos de autor de los artistas, quienes no solo han dejado de percibir ganancias, sino que, no tienen forma de controlar cómo se van a distribuir sus obras en internet.

De ahí que hablar de NFTs sea tan importante, ya que con avances tecnológicos como el *blockchain*, discutido anteriormente, se puede cumplir la promesa incumplida de proteger a los derechos de autor de los artistas. Por tal motivo, en esta sección se ilustrarán las implicaciones legales más importantes que plantean los NFTs en materia de derechos de autor. Para cumplir con este objetivo, este apartado se dividirá en los siguientes subtemas: 3.1. el NFT y el activo digital subyacente, 3.2. el NFT y los derechos de autor, y 3.3. los beneficios y riesgos que traen los NFTs en materia de derecho autor.

3.1. El NFT y el activo digital subyacente

Cuando se habla de NFTs no se puede confundir la propiedad sobre un NFT con la propiedad sobre el contenido asociado al NFT²². Esto quiere decir que el contenido asociado al NFT no es en sí mismo el NFT, sino que está vinculado este²³. Esta sutil diferencia es muy importante porque se puede tener un NFT,

19 Barbara Combes, *The copy-and-paste culture of the Net Generation: Strategies for dealing with plagiarism*, ECU Publications, 2005, At. 6.

20 *Id.*

21 Tonya M. Evans, *Cryptokitties, Cryptography, and Copyright*, 47 AIPLA Q. J. 219, 2019, At 228.

22 Mateo Arturo Rojas, *Licencias NFT: Propiedad intelectual digital* (2021), Revistas P&M, <https://revistapym.com.co/opinion/licencias-nft-propiedad-intelectual-digital>

23 Para ejemplificarlo suponga que usted es propietario de un inmueble y tiene una escritura pública que certifica la propiedad sobre el inmueble. El NFT es la escritura pública, como el certificado de propiedad, pero el NFT no es en sí mismo el inmueble. La misma analogía puede ser aplicada con los NFTs, aunque no en lo relacionado con el derecho de propiedad, pues en ambos casos es muy distinto.

pero ello no implica que se tengan derechos de autor sobre el contenido asociado, el cual en principio le pertenece a su creador.

En vista de que no se puede confundir el NFT con el contenido asociado es importante tener claro cómo se vincula el contenido al NFT y qué puede ser vinculado a él, pues dependiendo de ello se pueden afectar o proteger los derechos de autor.

3.1.1. ¿Cómo se vincula el contenido al NFT?

Con respecto a la forma en que se puede vincular un contenido a un NFT, hay dos opciones: *on chain* y *off-chain*. El almacenamiento *off-chain* quiere decir que el contenido esta guardado en algún servidor centralizado y para acceder a este, el NFT debe redirigirlo a la URL donde se encuentra²⁴. Esto es problemático porque el servidor donde se almacena el contenido puede dejar de existir o cerrar el sitio web²⁵. Así, cuando ello ocurre, la persona sigue teniendo el NFT, pero no puede acceder al contenido vinculado.

La otra forma de almacenamiento se denomina *on-chain*. Dicha forma de vincular el contenido asociado permite que el archivo sea guardado dentro del token. Esta forma de almacenamiento es más segura porque el NFT ya no está ligado a la existencia de un servidor o compañía que hospede el contenido, sino que está dentro del NFT²⁶. No obstante, este tipo de almacenamiento solo permite guardar pocos *bytes* de información, por lo que normalmente el contenido no va a estar dentro del token, sino en alguna página web en la forma de almacenamiento *off-chain*.

3.1.2. ¿Qué puede ser vinculado al NFT?

Frente a la pregunta sobre qué puede ser vinculado a un NFT, se debe tener en cuenta que casi cualquier contenido puede ser representado en un NFT, desde una canción, un tweet²⁷, un vídeo, e incluso obras artísticas. En esta última categoría nos centraremos, dado que las obras de arte en formato digital y físico son

24 Joshua Fairfield, *Tokenized: The Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property*, Indiana Law Journal, 6 de abril de 2021, At 42.

25 Ghaith Mahmood, *supra note 5*.

26 Cabe resaltar que, si bien el archivo se encuentra dentro NFT, sigue existiendo la diferencia entre ser el propietario del NFT y tener los derechos autor sobre el contenido del NFT.

27 DW, *El fundador de Twitter pone a la venta su primer tuit* (2021), <https://www.dw.com/es/el-fundador-de-twitter-pone-a-la-venta-su-primer-tuit/a-56796707>.

protegidas por los derechos de autor y al mismo tiempo pueden estar vinculadas a un NFT.

De esta forma, dependiendo del formato – digital o físico - en el que se vincule una obra de arte a un NFT se pueden presentar varios escenarios:

A. Un artista puede crear una obra completamente digital representada en un NFT sin que exista una obra física. El artista por ser el creador tendrá los derechos de autor sobre la obra digital;

B. Un artista puede tener una obra física, la cual puede digitalizar y posteriormente crear una obra digital a partir de la obra física²⁸. En este caso, el artista podría declarar ambas obras como únicas, lo que permitiría vender ambas obras por separado y representarlas cada una en un NFT²⁹. Igualmente, el artista podría venderlas en conjunto, generando que el NFT represente tanto la obra digital como la obra física. Incluso, el artista podría destruir la obra física y dejar como obra única la digital en forma de NFT. Independientemente del formato en que se represente la obra en un NFT, el autor seguirá teniendo los derechos de autor sobre esta.

C. Un artista puede crear únicamente una obra física y vincularla a un NFT. En este caso, se suele enviar al comprador la obra de arte y el NFT será simplemente el certificado de autenticidad. Sobre la obra física el artista seguirá teniendo los derechos de autor³⁰.

Cabe resaltar, y nuevamente se vuelve al punto inicial, que independientemente del tipo de obra de arte (digital o física) y de la forma en qué se almacene la obra en el NFT (*off-chain* u *on-chain*), sobre todas estas distintas representaciones de las obras, el creador, artista y/o autor mantiene sus derechos de autor. Esta fue la posición que adoptó la Dirección Nacional de Derechos de Autor en

28 Si bien no hay consenso sobre si se tiene una obra física que luego se materializa en una obra digital si ello representa una obra derivada de la primera, en todo caso, el autor no dejará de tener sus derechos de autor sobre el activo.

29 Un ejemplo de una obra física y digital vendidas por separado es el caso del criptoartista Trevor Jones, quien vendió la obra “Picasso’s Bitcoin Bull” en físico y en digital. Véase: *Bitcoin Bull – An essay*, TrevorJonesArt (2020), <https://www.trevorjonesart.com/essay---bitcoin-bull.html>

30 *Can a physical oil painting be an nft?*, ARTYNFT (2021), <https://artynft.io/nft-granny/can-a-physical-oil-painting-be-an-nft/>

su concepto sobre NFTs³¹ al reconocer la diferencia entre la obra de arte y el soporte en el que se encuentra la obra que es el NFT. A continuación, se abordarán las principales discusiones en torno a los NFTs y derechos de autor.

3.2. El NFT y los derechos de autor

Una vez diferenciado el NFT de su contenido vinculado, empiezan a surgir grandes preocupaciones en el tema de los derechos de autor. Entre las preguntas más importantes se encuentra: ¿Qué derechos adquiere el comprador de un NFT y el autor de la obra? ¿El comprador puede modificar, comercializar o distribuir la obra? ¿Qué pasa si un NFT usa contenido de terceros? ¿Cómo se garantizan los derechos de autor de los terceros? Estas son preguntas que generan desafíos legales, pero que con la normativa actual colombiana pueden ser solucionados.

Para comenzar, hay que partir de la base de que no hay una transferencia o cesión de derechos de autor con el NFT al comprador. Esto se debe a que el autor de la obra sigue manteniendo sus derechos morales y patrimoniales sobre la obra y el comprador está a sujeta a las condiciones que se hayan establecido en el NFT y a la licencia. Ello trae implicaciones tanto para el artista de la obra como para el comprador.

Por un lado, el artista o creador de la obra sigue manteniendo sus derechos morales y patrimoniales porque fue quien a través de su intelecto produjo una obra original³². Esto conlleva a que realmente el comprador de un NFT no adquiera un derecho sobre la obra, pues para ello se tendría que hacerse una cesión de los derechos patrimoniales u obtener permiso para explotar la obra. En la mayoría de los casos, estas discusiones en torno a los derechos patrimoniales sobre la obra no son abordadas por las partes, lo que conlleva a que las partes interesadas no sepan a qué se están obligando y a qué tienen derecho. Este desconocimiento, si bien genera inseguridad jurídica, no es ajeno a los derechos que recaen en cabeza del artista cuando se está ante un NFT.

Ahora bien, para que un tercero o el comprador pueda explotar la obra de arte, debe obtener la autorización expresa y previa del autor, bien sea a través de (i) una licencia de uso o (ii) una cesión de derechos patrimoniales de derechos

31 Dirección Nacional de Derechos de Autor. Concepto 1-2021-8680 sobre obras de arte, generalidades, objeto, registro y NFT. 20 de septiembre de 2021.

32 Siempre que se esté ante una “creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria” será protegido por derechos de autor. Decisión 351 de 1993. Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos. 17 de diciembre de 1993. Art 3.

de autor³³. Con respecto a la licencia, las páginas web que comercializan NFTs, generalmente incorporan licencias que establecen que el comprador de un NFT sólo podrá usar, copiar y exhibir el contenido del NFT para uso personal, sin que se pueda tener un provecho económico. No obstante, algunas licencias sí permiten el provecho económico, como la licencia de los Cryptokitties³⁴.

Como se puede ver, cuando se compra un NFT el comprador no puede hacer todo lo que desee con la obra, pues está sujeto a una licencia que le impide usar, gozar y disponer de la ella libremente. Por eso, sería más acertado hablar de licenciado que de propietario, pues está limitado en su actuar con el NFT. En este punto, la ilusión de los NFT de ser propietario de cosas digitales se desvanece, ya que “la propiedad de un token vinculado a una pieza de propiedad intelectual no transmitirá los mismos derechos legales que la propiedad de un objeto físico en el que está incrustada la propiedad intelectual”³⁵. Por tanto, los compradores deben informarse sobre el negocio jurídico que celebran cuando adquieren un NFT.

La segunda forma en que un comprador puede explotar los derechos patrimoniales de una obra vinculada a un NFT³⁶. Una vez esto se haga hay una cesión de los derechos patrimoniales. En este caso, el comprador podrá ampliar su rango de acción con respecto a la obra vinculada al NFT, pero no podrá tener los derechos morales que son reservados para el autor.

En consecuencia, cuando se compra un NFT, no se puede disponer libremente de él. El NFT está sujeto, generalmente, a una licencia de uso que le permite únicamente al comprador usar, copiar y exhibir la obra de arte para uso personal y no comercial. A menos que el autor decida ceder los derechos patrimoniales o permitir un uso más amplio a través una licencia, el comprador no podrá tener un mayor provecho de la obra. Cabe resaltar que las normas en materia de autor siguen aplicando a estas obras de arte que son el contenido asociado a un NFT, por lo que, en principio, no es necesaria una regulación adicional.

33 Decisión 351 de 1993 [Comunidad Andina de Naciones] Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos. Art 30-32; Ley 23 de 1982. Sobre Derechos de Autor. Art 182 y 183.

34 CryptoKitties es un juego que funciona en una aplicación descentralizada en Ethereum, en el que se recolecta y se venden gatos virtuales. Cada gato en el juego es completamente único e irreplicable. En esta aplicación, los usuarios tienen una licencia que les permite obtener provecho económico de hasta \$100.000 dólares. *NFT License*, Dapper Labs (2018), <https://www.nftlicense.org/>.

35 Fairfield, *supra* note 21.

36 Ley 23 de 1982. Sobre Derechos de Autor. 28 de enero de 1982. Art 182 y 183.

3.3. Los beneficios y los riesgos de los NFT en materia de derechos de autor

Son cuatro los beneficios en materia de derechos de autor que generan los NFTs: (i) la posibilidad de crear condiciones a través de código en el NFT, (ii) la obtención de remuneración con la reventa de una obra de arte, (iii) la desaparición de obras huérfanas, y (iv) la escasez y univocidad del NFT en la era digital.

Con respecto al primer beneficio, los NFT pueden someterse a condiciones a través de código que permitan que cuando sucedan ciertas circunstancias se ejecuten ciertas acciones automáticamente. De esta forma, al estar el NFT soportado en la tecnología de *blockchain* va a existir trazabilidad y registro de las transacciones que se hagan sobre el NFT, lo cual permite con mucha facilidad que se ejecuten automáticamente las condiciones que se integren al *smart contract*, aun cuando el NFT haya sido objeto de diversas transacciones. Con los NFTs se ofrecen nuevas oportunidades para solucionar los problemas de los derechos de autor, porque se puede proporcionar un registro inmutable para cada obra protegida y asegurar que sea utilizado de la forma autorizada³⁷.

Frente al segundo beneficio, sobre la obtención de remuneración con la reventa de una obra de arte, se debe tener en cuenta que la configuración del NFT permite que cada vez que se haga una venta de la obra de arte, el artista reciba una remuneración por su obra. Así, por ejemplo, si un artista vende una obra como NFT, el pago va directamente al artista y un porcentaje de la venta se dirige a la plataforma que ayudó en la venta³⁸. Si este comprador decide vender posteriormente a otra persona la obra, le corresponderá al artista un porcentaje de la venta por sus derechos de autor y así sucesivamente.

El gran problema de la falta de remuneración de los artistas por sus obras puede ser solucionado con los NFTs, ya que automáticamente se hace el pago por la obra y en la reventa de esta. Sin los NFTs es difícil rastrear e incluso lograr que se haga la remuneración. Esta forma directa de interacción del artista con los compradores, sin necesidad de un intermediario³⁹, cambia sustancialmente la forma en que un artista vende e interactúa con su obra de arte.

Un tercer beneficio está relacionado con las llamadas obras huérfanas. Las obras huérfanas son aquellas no se logra conocer o identificar al titular de los

37 Evans, *supra* note 18.

38 *Id.*

39 Cabe resaltar que, aunque la transacción se puede hacer sin intermediario, los artistas suelen recurrir a sitios web especializados para comercializar los NFTs.

derechos de autor y, por ende, no se pueden obtener autorizaciones para explotar la obra por terceros⁴⁰. Esta dificultad puede acarrear la imposibilidad de explotar la obra o incurrir en una infracción a los derechos de autor. Con los NFTs se conoce quién es el titular de la obra y a quién se le debe pedir permiso para su explotación.

En cuarto lugar, hay que resaltar la naturaleza de los NFT: estos son escasos y únicos. Esta ficción que nace de los NFTs lleva a que los artistas puedan certificar que su obra es original y única, aun cuando hay miles de copias rondando por internet. No es lo mismo encontrarse una imagen en internet a tener un certificado de autenticidad y propiedad sobre esa imagen a través de un NFT. Estos beneficios hacen que los NFTs sean una buena opción para los artistas de hacer público su arte, no solo porque pueden llevar un control sobre las transacciones que pueden hacerse sobre las obras, sino por su posterior remuneración y elección de condiciones de funcionamiento.

Ahora bien, los riesgos de los NFTs también son latentes en materia de derechos de autor. Por un lado, la identidad de la mayoría de los usuarios en *blockchain* es anónima⁴¹, por lo que no hay claridad sobre el sujeto a quien puede recaerle una acción judicial por infracción a los derechos de autor. Por otro lado, existe el riesgo de que se venda una obra representada en un NFT que no le pertenezca a quien tiene los derechos patrimoniales, lo que vulnera los derechos de autor del creador.

Para ello, las plataformas han implementado procesos para que cuando se presente una situación de plagio se pueda eliminar el contenido sobre el cual se estaba certificando la propiedad⁴². Adicionalmente, algunas de estas plataformas, para evitar el plagio, le exigen a los usuarios que certifiquen quiénes son y que envíen un catálogo de sus otras obras de arte. De esta forma, las plataformas buscan proteger a los artistas y sus derechos sobre sus obras.

Para terminar, no se puede negar el impacto negativo para el ambiente que producen los NFTs, ya que consumen gran cantidad de energía y producen muchas toneladas de dióxido de carbono. Frente a ello ya se han presentado solu-

40 Antonio Pabón, *Digitalización, derechos de autor, obras huérfanas y acceso al conocimiento en la Comunidad Andina*, 45 Revista FORO DERECHO MERCANTIL, 2014, At. 11

41 John Aldemar Caballero, *CRIPATOMONEDAS, BLOCKCHAIN Y CONTRATOS INTELIGENTES*, Tesis de pregrado (2019).

42 Véase por ejemplo el procedimiento que se utiliza en Open Sea cuando hay plagio. <https://open-sea.io/tos>

ciones para ayudar a mitigar los efectos en el medio ambiente⁴³. Sin embargo, es importante reconocer que, para la producción de este nuevo mercado emergente de los NFTs, se está afectando seriamente al planeta en materia ecológica. Por eso, se deben analizar nuevas formas para que la comercialización sea más ecológica.

4. CONCLUSIÓN

La definición de los NFTs tiene múltiples implicaciones jurídicas que trascienden lo artístico y económico que, generalmente, motiva a los agentes del mercado de los NFTs. En ese sentido, con el objetivo de aproximarse al concepto, el artículo sostiene diversas perspectivas que deben analizarse a la luz del derecho colombiano y responden a las problemáticas relacionada con su éxito.

Frente a su conceptualización como valor, se estimó que no cumplen con los requisitos expuestos en la Ley 964 del 2005 para ser clasificados como tal. A pesar de ser un derecho negociable, no hace parte de una emisión, ni se efectúa una captación de recursos del público, por lo que tampoco está reconocido por el Gobierno como valor. En esa medida, los NFTs no pueden publicitarse como vehículos de inversión amparados por el régimen jurídico colombiano, y deben ser analizados con precaución por parte de los inversionistas.

En materia de derechos de autor, se estableció que el contenido asociado a los NFTs está protegido por derechos de autor. Por lo que, en principio, el comprador de un NFT no adquiere ningún derecho sobre el contenido protegido, a menos que se otorgue una licencia o se realice una cesión de los derechos patrimoniales. En estos casos, dependerá del artista definir qué valor les da a sus obras y cómo las integra en el mercado de los NFTs.

Igualmente, se señalaron los principales beneficios de los NFTs que derivan del uso de la tecnología de *blockchain*. Entre ellos, la posibilidad de crear condiciones específicas de funcionamiento del NFT, la obtención de remuneración con la reventa de una obra de arte y la desaparición de obras huérfanas. Por otro lado, se ilustraron los principales riesgos de los NFTs, tales como el impacto medioambiental, la dificultad para definir la persona contra la cual puede ir dirigida una acción judicial y la constante posibilidad de plagio.

43 Amay Wadar and Arun Dubey, *Are NFTs here to stay?*, 7 International Journal of Advanced Research in Science, Communication and Technology (IJAR SCT) (2), julio 2021, At. 82.

BIBLIOGRAFÍA

- Antonio Pabón, *Digitalización, derechos de autor, obras huérfanas y acceso al conocimiento en la Comunidad Andina*, 45 Revista FORO DERECHO MERCANTIL, 2014.
- Barbara Combes, *The copy-and-paste culture of the Net Generation: Strategies for dealing with plagiarism*, ECU Publications, 2005.
- *Beeple (b. 1981) EVERYDAYS: THE FIRST 5000 DAYS*, Christie's (2021), <https://onlinenly.christies.com/s/beeple-first-5000-days/beeple-b-1981-1/112924>.
- Cámara de Comercio de Bogotá, *Así va el negocio de blockchain en Colombia* (2019), <https://www.ccb.org.co/Clusters/Cluster-de-Software-y-TI/Noticias/2019/Agosto-2019/Asi-va-el-negocio-de-blockchain-en-Colombia> (last visited ago 26, 2021).
- *Can a physical oil painting be an nft?*, ARTYNFT, 1 de junio de 2021, <https://artynft.io/nft-granny/can-a-physical-oil-painting-be-an-nft/>
- Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. 15 de abril de 1887 (Colombia).
- Concepto 2008089567-003 de 2009 [Superintendencia Financiera]. Certificado de inversión cinematográfica, posibilidad de adquisición por fiduciaria, contabilización.
- Concepto 2017120626-001 [Superintendencia Financiera de Colombia]. Medidas electrónicas, criptomonedas o monedas virtuales no constituyen valor.
- *Criptoartista colombiana vendió todas sus obras de estreno como NFT en menos de 24 horas*, Forbes (2021), <https://forbes.co/2021/03/17/tecnologia/criptoartista-colombiana-vendio-todas-sus-obras-de-estreno-como-nft-en-menos-de-24-horas/autenticidad>.
- Daniel Camacho Molano, *El concepto de “valor” en Estados Unidos y en Colombia: análisis comparado de su contenido*, REV. DERECHO PRIV. 323–355 (2020).
- Decisión 351 de 1993. Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos. 17 de diciembre de 1993.
- Dirección Nacional de Derechos de Autor. Concepto 1-2021-8680 sobre obras de arte, generalidades, objeto, registro y NFT. 20 de septiembre de 2021.
- Elizabeth Howcroft, *NFT sales volume surges to \$2.5 bln in 2021 first half*, Reuters (2021), <https://www.reuters.com/technology/nft-sales-volume-surges-25-bln-2021-first-half-2021-07-05/>
- Ghraith Mahmood, Jordan Naftalis y Veronica Ye, *Creative Crypto: IP Implications of Selling Creative Works Tied to Non-Fungible Tokens*, Fintech and Payments, 15 de marzo de 2021.
- John Aldemar Caballero, *CRIPATOMONEDAS, BLOCKCHAIN Y CONTRATOS INTELIGENTES*, Tesis de pregrado (2019).
- Joshua Fairfield, *Tokenized: The Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property*, *Indiana Law Journal*, 6 de abril de 2021
- Latham & Watkins LLP, *NFTs: But is it Art (or a Security)?* (2021), <https://www.fintechandpayments.com/2021/03/nfts-but-is-it-art-or-a-security/>.
- Latham & Watkins LLP, *NFTs: A Beginner's Guide to Understanding the Hottest Crypto Craze* (2021), <https://www.fintechandpayments.com/2021/03/nfts-a-beginners-guide-to-understanding-the-hottest-crypto-craze/>.

- Ley 23 de 1982. Sobre Derechos de Autor. 28 de enero de 1982.
- *Maluma lanza colección de NFT en Ethereum llamada «Papi Editions»*, Criptonoticias (2021), <https://www.criptonoticias.com/comunidad/entretenimiento/maluma-lanza-coleccion-nft-ethereum-llamada-papi-editions/>
- Mateo Arturo Rojas, *Licencias NFT: Propiedad intelectual digital* (2021), Revistas P&M, <https://revistapym.com.co/opinion/licencias-nft-propiedad-intelectual-digital>
- Ollie Leech & Andrés Engler, *Cómo crear, comprar y vender NFTs*, COINDESK (2021), <https://www.coindesk.com/markets/2021/06/23/como-crear-comprar-y-vender-nfts/>
- Pratin Vallabhaneni & Shobha Lizaso, *The Rise of NFTs – Opportunities and Legal Issues*, White & Case (2021), <https://www.whitecase.com/publications/alert/rise-nfts-opportunities-and-legal-issues> (last visited ago 25, 2021).
- Rakesh Sharma, *Non-Fungible Token (NFT) definition*, INVESTOPEDIA , <https://www.investopedia.com/non-fungible-tokens-nft-5115211> (last visited sep 8, 2021).
- Tonya M. Evans, *Cryptokitties, Cryptography, and Copyright*, 47 AIPLA Q. J. 219, 2019.
- U.S. Securities and Exchange Commission, *Framework for “Investment Contract” Analysis of Digital Assets* (2019), https://www.sec.gov/corpfin/framework-investment-contract-analysis-digital-assets#_edn1.
- U.S. Securities and Exchange Commission, *About the SEC* (2020), <https://www.sec.gov/about.shtml>

