

APLICACIÓN DE LAS NORMAS PARA EJEMPLARES ÚNICOS A OBRAS PLÁSTICAS DIGITALES ACUÑADAS CON NFT¹

Paula Vega García

Investigadora Postdoctoral «Margarita Salas»
Universidad de Oviedo – Universidad de Cantabria

TITLE: *Application of the rules for unique pieces to digital plastic works certified with NFT*

RESUMEN: La comercialización de obras representadas mediante NFT ha creado un mercado de arte digital en el que se llega a equiparar una obra «tokenizada» con el ejemplar único u «original», propio del arte en soportes físicos. De ahí que se plantee en qué medida es posible aplicar a las obras plásticas digitales acuñadas mediante NFT la regulación específica que el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual recoge para las llamadas «obras de arte». En concreto, el disfrute del régimen de participación en las ganancias de la reventa (art. 24 TRLPI) plantea grandes interrogantes que no tienen solución sencilla. También se analiza qué ocurre con el derecho del autor de acceder al ejemplar único o raro de la obra (art. 14.7 TRLPI) y los derechos de exposición transmitidos con la adquisición (art. 56.2 TRLPI).

ABSTRACT: *The commercialization of works represented by NFT has created a growing digital art market in which the tokenized work is considered to match the status of the single copy, typical of art on physical form. Hence, the question arises of the extent to which it is possible to apply to digital plastic works acquired through NFT the specific regulation that the Intellectual Property Law collects for the so-called «works of art». In particular, the enjoyment of the Resale Right (art. 24 TRLPI). As well, it is studied the right of the author to access the single or rare copy of the work (art. 14.7 TRLPI) and the exhibition rights transmitted with the acquisition (art. 56.2 TRLPI).*

PALABRAS CLAVE: NFT, obras plásticas, arte digital, derecho de participación.

KEY WORDS: *NFT, plastic works, digital art, Resale right.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA BASE TECNOLÓGICA DE LOS NFT. 3. LA OBRA Y SU RELACIÓN CON EL SOPORTE. 4. LA TOKENIZACIÓN DE OBRAS. 5. LAS ESPECIALIDADES LEGALES DE LAS OBRAS DE ARTE EN FORMATO FÍSICO Y APLICACIÓN A OBRAS TOKENIZADAS. 5.1. *El derecho de participación en la reventa.* 5.1.1. Contenido y finalidad del derecho de participación. 5.1.2. Objeto del derecho de participación. 5.1.3. Derecho de participación y reventa de NFT. 5.2. *El derecho de acceso del autor al ejemplar único o raro.* 5.3. *El derecho a exponer la obra de arte adquirida.* 6. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA. FUENTES.

¹ Actividad financiada por la Unión Europea-NextGenerationEU, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Ministerio de Universidades, mediante convocatoria de la Universidad de Oviedo. Estancia de Investigación realizada en el Grupo de Investigación «Derecho e Innovación» de la Universidad de Cantabria.

1. INTRODUCCIÓN

El año 2022 ha sido el año de los NFT. El atractivo del mercado del «arte digital» ha logrado superar muchas de las reticencias de los usuarios de Internet y, también, de los inversores de arte². En concreto, el interés se ha centrado en el llamado «cripto-arte», formado fundamentalmente por creaciones digitales «tokenizadas», que ha incrementado su demanda en los últimos años, generando un mercado nuevo³. Aunque ya en el año 2023 la «burbuja» parecía haber estallado, no se puede negar el interés de esta modalidad de comercialización⁴. La «venta» de obras digitales a través de plataformas que garantizan su procedencia y su pertenencia a una tirada única o limitada es un sistema que permite incrementar el valor de un tipo de creaciones —las digitales— de un modo que su propia naturaleza reproducible hacía difícil⁵. A pesar de que tras la comercialización de los NFT de obras digitales de artes plásticas radica la

² Una definición de arte digital es la de «el conjunto de disciplinas creativas que emplean exclusivamente tecnología y herramientas digitales en su producción y/o en su exhibición, por su propia naturaleza el arte digital lleva asociado las características de la reproducibilidad, la desmaterialización y la obsolescencia». MEDINA AMORES, María y MEDINA, Miguel Ángel, «El arte NFT y su irrupción en el mercado del arte», en *Boletín de Arte-UMA* (2022), n.º 43, pp. 208. DOI: <http://dx.doi.org/10.24310/BoLArte.2022.vi43.14377>.

³ Sobre el estado actual del valor de los activos NFT se puede consultar el informe realizado por el equipo de expertos del sitio web especializado en criptoactivos dappGambI: <https://dappgambI.com/nfts/dead-nfts/> [Fecha de última consulta: 14 de diciembre de 2023]. También MORO VISCONTI, Roberto, «La valutazione dell'arte digitale», en *Il diritto industriale* (2021), n.º 5, p. 472.

⁴ Un ejemplo del «pinchazo» de la burbuja de los NFT lo representa la transmisión del primer tuit por parte de su autor, Jack Dorsey, que vendió el NFT por unos 3 millones de dólares. Cuando en 2022 su comprador intentó subastarlo, la oferta más alta que obtuvo fue de 280 €. Noticia disponible en: <https://forbes.es/actualidad/153983/por-que-nadie-quiere-comprar-el-nft-del-primer-tuit-de-dorsey-que-se-vendio-por-3-millones-de-dolares/> Sobre la evolución del mercado del cripto-arte, el informe realizado por Art Basel, una de las ferias de arte contemporáneo más prestigiosas, y la sociedad de servicios financieros UBS, revela como el mercado de los NFT de arte ha variado notablemente entre 2020 y 2023, alcanzando su máximo a finales de 2021 para sufrir una caída generalizada en las ventas que se mantiene en la actualidad, aunque con sectores que aún tienen un volumen de negocio interesante, como el de los coleccionables. No obstante, el informe apunta que sigue existiendo un importante mercado de reventa de arte a través de NFT, superando este al de la venta primaria. En este informe también se apunta que «el debate se dirige hacia el impacto a largo plazo de las aplicaciones de la *blockchain* en el mercado del arte». MCANDREW, Claire, *The Art Market 2023*, Art Basel & UBS, Zurich, 2023, p. 33-37. Disponible en: <https://theartmarket.artbasel.com/> [Fecha de última consulta: 14 de diciembre de 2023].

⁵ Como dice CALLEJO «frente a la copia masiva *ad infinitum* del arte digital “convencional”, el arte NFT aporta una garantía de “singularidad” o, al menos, de limitación en su reproducibilidad, esencial en esta recuperación del aura —y con ello del valor cultural— de la obra de arte». CALLEJO, Javier, «Tokens NFT o la manifestación del culto al arte en los mercados financieros», en *Observatorio blockchain* (marzo de 2021). Disponible en: <https://observatorioblockchain.com/nft/tokens-nft-o-la-manifestacion-del-culto-al-arte-en-los-mercados-financieros/> [Fecha de última consulta: 14 de diciembre de 2023].

intención de proporcionar al adquirente la misma sensación que la de comprar una obra de arte física única, es innegable que son realidades distintas.

Sin embargo, que se pretenda asemejar la obra plástica digital tokenizada a la obra plástica física lleva a plantearse hasta qué punto es posible aplicar ciertas normas que estaban pensadas para creaciones en soportes únicos a obras fácilmente reproducibles que, sin embargo, se venden a través de sistemas que convierten algunas de sus copias en «singulares». En concreto, qué es lo que ocurre con el derecho de participación en la reventa de la obra, cuya aplicación a determinadas categorías de creaciones puede entrañar ciertas dificultades de adaptación. Del mismo modo, es necesario determinar qué ocurre con otros derechos que también afectan principalmente a obras de arte en soporte físico, como son el derecho de acceso al ejemplar único o raro o los derechos de exposición del adquirente del soporte de una obra.

2. LA BASE TECNOLÓGICA DE LOS NFT

Blockchain es la denominación que recibe la tecnología que, integrada en sistemas de contabilidad distribuida (DLT), permite crear cadenas de información almacenada en una serie de «bloques» que forman una suerte de base de datos donde se puede reflejar cualquier hecho o negocio en un soporte digital⁶. Las bases de datos que utilizan *blockchain* tienen una ventaja evidente: la combinación de claves criptográficas, de algoritmos de resumen y de descentralización de la información hace imposible alterar los datos de todas las copias de la cadena y de todos los eslabones que forman parte de ella. La fiabilidad de este tipo de sistemas es lo que ha llevado a su rápido desarrollo y adopción en la realización de funciones diversas, desde certificación digital, a comercialización de productos, incluyendo la gestión financiera. En especial, el uso de *blockchain* ha tenido un impacto notorio en el ámbito financiero, debido a la aparición de las denominadas «criptomonedas», pero también en el mundo de la inversión, a través de los procedimientos de acuñamiento de tokens o «tokenización».

⁶ A estos efectos, puede interesar la definición de registro distribuido contenida en el artículo 3 del Reglamento (UE) 2023/1114 relativo a los mercados de criptoactivos (MICA), considerado como «un repositorio de información que mantiene registros de operaciones y se comparte a través de un conjunto de nodos de red TRD y está sincronizado entre dichos nodos, utilizando un mecanismo de consenso». Sobre *blockchain*, cfr. BARRIA NIEVAS, Sebastián, «Introducción al blockchain», *Revista Blockchain e Inteligencia Artificial*, vol. 3, (2022), n.º 4, pp. 1-28; LEGERÉN MOLINA, Antonio, «Retos jurídicos que plantea la tecnología de la cadena de bloques (Aspectos legales de blockchain)», *Revista de Derecho Civil*, vol. 6 (2019), n.º 1, pp. 177-237; MARTÍNEZ CASTAÑO, Rodrigo, «Blockchain: introducción técnica», en Cesar García Novoa y Diana Santiago Iglesias (Dirs.), *4ª Revolución industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 295-311.

No obstante, para hablar de tokenización es necesario partir del concepto básico de «criptoactivo».

Los *criptoactivos* son definidos como una «representación digital de un valor o de un derecho que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, mediante la tecnología de registro distribuido o una tecnología similar» (art. 3.1.5 MICA)⁷. Los *criptoactivos* se pueden dividir en dos grandes grupos: las *criptomonedas* y los *tokens*. Las *criptomonedas* son una serie de activos que cumplen las mismas funciones que una moneda *fiat* o tradicional. Pero, a diferencia de la moneda tradicional, no dependen de una institución pública que las haya creado o que las gestione. No obstante, a efectos de este estudio, el interés debe recaer en los *tokens*⁸.

Los *tokens* son representaciones de activos y lo que se introduce en la «cadena» es un símbolo, de tal modo que se pueda negociar con el activo subyacente en una plataforma que sea gestionada con *blockchain*⁹. Se ubica su aparición en la creación de los llamados *smart contracts* o contratos inteligentes apoyados por la plataforma *Ethereum*. Lo que caracteriza a la cadena de *Ethereum* es que permite la programación de los eslabones y, con ello, la introducción de «aplicaciones» a la cadena con funcionalidades específicas¹⁰.

El token creado dentro de una base de datos como *Ethereum* puede representar cualquier tipo de activo, sea con referencia a un activo «real» o como una medida de valor que solo tenga utilidad en el ámbito de la cadena, como las monedas utilizadas en

⁷ Para más información sobre los *criptoactivos* y sus categorías, véase BARRIO ANDRÉS, Moisés, «Concepto y clases de *criptoactivos*» en Moisés Barrio Andrés (Dir.), *Criptoactivos. Retos y desafíos normativos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, p. 52; HERENCIA ANTÓN, J., «Fundamentos tecnológicos de los *criptoactivos*», en Moisés Barrio Andrés (Dir.), *Criptoactivos. Retos y desafíos normativos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 72-74.

⁸ Cfr. SUÁREZ PUGA, Ernesto Alejandro, «Naturaleza y régimen jurídico de las *criptomonedas*», *InDret* (2021), n.º 2, p. 383-396.

⁹ MADRID PARRA define el *token* como «unidad de valor [...] representada por una unidad de información en soporte electrónico que reúne características especialmente apropiadas para garantizar su control, seguridad y transmisibilidad». MADRID PARRA, Agustín, «Del valor anotado al tokenizado», *Revista de Derecho del Sistema Financiero* (2022), núm. 1, apartado III.

¹⁰ Sobre *Ethereum*, sus orígenes y funcionamiento, cfr. EVANS, TONYA M., «Cryptokitties, Cryptography, and Copyright», *AIPLA Quarterly Journal*, vol. 47, n.º 2, pp. 239-242. Sobre las ventajas que ofrece *Ethereum* para la transmisión de NFT, cfr. PACK, Larissa, «NFTs: a new approach to digital content», *Information Today* (octubre, 2021), pp. 31-32; GARAVAGLIA, Roberto, *Tutto sugli NFT. Crypto art, token, blockchain e loro applicazioni*, Ulrico Hoepli Editore, Milán, 2022, pp. 71-78.

¹⁰ Cfr. GARAVAGLIA, Roberto, *op. cit.*, p. 10.

ciertos videojuegos. Gracias a la intervención de la tecnología *blockchain* se garantiza la obtención de un «certificado» inmutable y transparente relativo al activo en cuestión¹¹.

Una de las grandes categorías de tokens son los llamados «*non-fungible tokens*» o NFT. Como su nombre bien indica, los NFT son representaciones de activos que no son intercambiables por otros de la misma categoría, lo que les da un cierto sentido de «exclusividad» que puede ser reflejo de la singularidad del activo representado o no¹². Los NFT pueden referirse a bienes o derechos, como son los bienes muebles o inmuebles que, a través del proceso de tokenización se representan digitalmente en la información contenida en una cadena.

En cuanto a los bienes «tokenizados» y, en concreto, a las obras literarias, artísticas o científicas, en los últimos años se ha producido un aumento exponencial de su venta a través de NFT. La creación de NFT partiendo de obras digitales de cualquier categoría no es un fenómeno nuevo, pero ha sido a partir del año 2021 que ha adquirido más relevancia como mercado para el arte, sobre todo el digital¹³. Gracias a ello han surgido

¹¹ Cfr. CHOCHAN R. y PASCHEN J., «What marketers need to know about non-fungible tokens (NFTs)», *Business Horizons* (2021), edición digital, p.3.

¹² Los NFT como tal carecen de una regulación única y las normas que se les aplican dependen de la categoría de activo subyacente que representen. Se debe señalar que el Reglamento MICA excluye expresamente a NFT relativos a colecciones u obras de arte de su regulación en los considerandos 10 y 11. Concretamente, señala el Considerando 10 que «el valor de dichos criptoactivos únicos y no fungibles es atribuible a las características únicas de cada criptoactivo y a la utilidad que otorga al titular de las fichas [...]. Aunque los criptoactivos únicos y no fungibles podrían negociarse en los mercados y acumularse con fines especulativos, no son fácilmente canjeables, y el valor relativo de un criptoactivo de este tipo con respecto a otro, siendo cada uno de los cuales único, no puede determinarse por comparación con un mercado existente o con un activo equivalente. Tales características limitan la medida en que dichos criptoactivos pueden tener un uso financiero, acotando así los riesgos para los accionistas y el sistema financiero y justificando su exclusión del ámbito de aplicación del presente Reglamento». Sobre el concepto de NFT, cfr. BARRIO ANDRÉS, Moisés, *op. cit.*, p. 193, EVANS, Tonya M., *op. cit.*, pp. 219-266; GARAVAGLIA, Roberto, *op. cit.*, p. 93; LEWIS, Lynne; OWEN, Jane; FRASER, Hamish y DIGHE, Rohit, «Non-fungible tokens and Copyright Law», *Intellectual Property & Technology Law Journal*, vol. 33, (2021), n.º 8, p. 18; LÓPEZ RODRÍGUEZ, Ana Mercedes, «Competencia judicial internacional en controversias relativas a tokens no fungibles (NFT)», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 74/2 (julio-diciembre 2022), pp. 300.

¹³ Fue en 2021 cuando se vendió obra NFT más cara de la historia: «Everydays: the First 5000 Days», creación digital del artista Mike Winkelmann, conocido como Beeple. Fue vendida en subasta realizada por Christie's por 69,3 millones de dólares. Esta también fue la primera vez que una casa de subastas del prestigio de Christie's vendía una obra exclusivamente digital. <https://www.christies.com/en/stories/monumental-collage-by-beeple-is-first-purely-digital-artwork-nft-to-come-to-auction-0463a2c0f3174b17997fba8a1fe4c865>. En España, la primera obra de arte NFT subastada fue la obra «Olea Génesis», de Solimán López, vendida en septiembre de 2021 a través de la sala de subastas Durán Arte y Subastas. La obra consistía en una animación en vídeo de 59 segundos protagonizada por una escultura en 3D inspirada en el aceite de oliva. Este trabajo se inserta en un proyecto denominado OLEA, que pretende crear una nueva criptomoneda asociada a la comercialización,

una serie de plataformas específicas para este fin y la consagración de lo que se ha venido a llamar «cripto-arte» o «arte NFT»¹⁴.

Sobre el nuevo mercado del cripto-arte, puede considerarse que su surgimiento responde a tres factores. En primer lugar, a una necesidad del autor moderno de enfrentarse a los retos de la difusión digital de la obra, controlando o facilitando su distribución a través de la tokenización, así como generando una suerte de «copias certificadas», en contraposición a las «obras pirateadas» que circulan en la Red¹⁵. En segundo lugar, el éxito de los NFT se debe también a un movimiento en el marco de los creadores de contenidos digitales, que ven en esta tecnología la oportunidad de proporcionar a sus producciones un halo de singularidad impropio de la obra puramente digital que permite incrementar su valor en el mercado¹⁶. Y, en tercer lugar, gracias a la popularización de las plataformas con bases de datos que usan la tecnología *blockchain* ha surgido un entorno favorable a este tipo de activos, que agiliza su comercialización y, con ella, la obtención de beneficios para los autores de cualquier categoría.

por una parte, de aceite de oliva y, por otro, de creaciones NFT inspiradas en ese aceite. Se puede encontrar más información en: <https://cryptolea.org/#oleaSection> Otro ejemplo de arte NFT es el corto audiovisual «The Revolt», creado por el estudio de diseño Six N. Five en 2021. De tres minutos de duración, cuenta la historia de la «revolución» de los objetos funcionales pero escondidos de los hogares, como son los utensilios de limpieza. Actualmente, se comercializan distintas partes de este vídeo —su «colección»— a través de la plataforma Nifty Gateway: <https://www.niftygateway.com/collections/therevolt> [Fecha de última consulta: 14 de diciembre de 2023].

¹⁴ El cripto-arte se ha definido como el arte coleccionable en edición limitada criptográficamente registrado con una ficha en una cadena de bloques por FRANCESCHET, Massimo, COLAVIZZA, Giovanni, SMITH, T'ai, FINUCANE, Blake, OSTACHOWSKI, Martin Luka, *Scalet*, Serio, PERKINS, Jonathan, MORGAN, James y HERNÁNDEZ, Sebastián, «Crypto art: a decentralized view», *Leonardo*, vol. 4 (2021) n.º 54, pp. 402-405. Disponible en: https://doi.org/10.1162/leon_a_02003 [Fecha de última consulta: 14 de diciembre de 2023].

¹⁵ Los beneficios sobre la utilización de NFT para dar «valor» a las obras puramente digitales fue puesto de relieve por el informe llevado a cabo por el Departamento Temático de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales de la Unión Europea en el año 2022. En dicho informe se remarca que es una nueva vía para garantizar tanto la explotación económica de estas obras como la percepción de regalías por parte de los autores. No obstante, también se señalan las zonas oscuras, como la reproducción no consentida al crear los NFT o la dificultad para asegurar el respeto a los derechos de los autores. GARBERS-VON BOEHM, Katharina; HAAG, Helena; GRUBER, Katharina, *Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology with a focus on art NFTs and tokenized art*, Departamento Temático de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales, Unión Europea, 2022, pp. 7-8. Sobre los beneficios de la creación de NFT, cfr. LÓPEZ RODRÍGUEZ, Ana Mercedes, *op. cit.*, pp. 301-303.

¹⁶ Como bien indica EVANS, «los activos intangibles derivan su valor de su singularidad, escasez y, por supuesto, demanda». EVANS, Tonya M., *op. cit.*, p.247. En el apuntado sentido, GARAVAGLIA recuerda que el NFT nace para «mitigar la replicabilidad del arte en la era de la reproducción técnica». GARAVAGLIA, Roberto, *op. cit.*, p. 28.

Debe hacerse hincapié en una idea ya manifestada: la creación de un NFT sobre una obra plástica digital pretende convertir esta en un bien único o raro, darle la característica de «singularidad» que es propia del arte en formato analógico, pero para un formato donde tradicionalmente la reproducción masiva de obras es sencilla¹⁷. De ahí que, aunque el mercado de obras físicas de arte cada vez parece interesarse más por la venta a través de NFT, haya sido en el marco de las obras plásticas digitales donde más se haya incrementado la comercialización. Pero, por mucho que la tecnología intente evitarlo —a través de medidas tecnológicas u otros mecanismos de protección—, es la propia tecnología la que facilita la obtención de copias de cualquier contenido que se encuentre en formato digital¹⁸. Y si no es una copia exacta, será una lo bastante fiel como para satisfacer la necesidad que un potencial consumidor podría tener de ella.

No obstante, frente a la multitud de copias de una obra digital, es posible que haya una o un grupo de ellas especiales: aquellas que se hayan acuñado como NFT. Si la copia tokenizada es lícita —fundamentalmente, si quien la acuñó tenía permiso para ello— su comprador recibirá una reproducción certificada de la obra, lo que le otorga un valor especial sobre las demás.

Sin embargo, cuando lo acuñado es una «obra de arte plástica» y, sobre todo, si esta es digital, es necesario tener en cuenta algunos aspectos legales que van a ser claves para conocer el alcance de los derechos adquiridos y del régimen jurídico aplicable a esa «obra tokenizada».

3. LA OBRA Y SU RELACIÓN CON EL SOPORTE

Sobre las obras, la primera y necesaria referencia debe ser a la definición contenida en el artículo 10 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), que establece los

¹⁷ Como indican MEDINA AMORES, María y MEDINA, Miguel Ángel, «este valor cultural del aura de una obra de arte ligado a su unicidad y a su autenticidad ha sido tradicionalmente esencial para la valoración de las obras de arte en el mercado del arte». MEDINA AMORES, María y MEDINA, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 208.

¹⁸ Sobre la reproducibilidad de la obra de arte digital, CUESTA VALERA, *et al.*, realizan una reflexión basándose en estudios sobre el mercado artístico, afirmando que el elemento que más se valora en él es la exclusividad, atributo que no se puede conseguir en las obras digitales pues «es posible copiarlas ilimitadamente sin que existan diferencias entre el archivo «original» y sus copias». Haciendo referencia a la opinión de Nelson Goodman manifestada en la obra *Los lenguajes del arte: Aproximación a la teoría de los símbolos*, señalan que la obra digital es el epítome de la «obra alográfica», donde no existe un archivo original o inicial, sino que todas las copias son idénticas. CUESTA VALERA, Salomé; FERNÁNDEZ VALDÉS, Paula; MUÑOZ VIÑAS, Salvador, «NFT y arte digital: nuevas posibilidades para el consumo, la difusión y preservación de obras de arte contemporáneo», en *Artnodes* (2021), n.º 28, p. 3.

requisitos para considerar que una «creación» merece ser protegida por la regulación de la propiedad intelectual: «son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro».

En tanto que cuestión relevante con relación al tema tratado, cabe detenerse en el concepto de *medio o soporte* de la obra. El Texto Refundido considera que una obra, para ser protegible, debe haber sido expresada: se requiere que la idea que nace en la mente del autor se exteriorice al mundo físico, a través de cualquier medio, sea este tangible —como un libro— o intangible —por ejemplo, una representación teatral—. Nada impide que ese medio sea digital.

No obstante, no se debe confundir la obra con el elemento físico a través del que se manifiesta, por mucho que el segundo sea imprescindible para que el primero sea protegible. Es por eso por lo que la doctrina diferencia entre *corpus mysticum* y *corpus mechanicum*¹⁹.

El *corpus mysticum* es la creación en sí, el elemento ideal que es objeto de derechos de propiedad intelectual. Dicho objeto —la obra— para PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS goza de unas características particulares: tiene una estrecha relación con quien la crea, una especial significación social y cultural y, además, se trata de un bien inmaterial²⁰. En efecto, las obras —*corpus mysticum*— son bienes inmateriales, definidos por DÍEZ-PICAZO como «aquellas realidades que, careciendo de existencia corporal y siendo producto o creación intelectual del espíritu humano, el ordenamiento jurídico valora como posible objeto de derechos subjetivos»²¹. Por tanto, a diferencia de los bienes materiales, los inmateriales dependen de su previo reconocimiento por una norma, de una «manifestación legal» que los convierta de «cosas inmateriales» genéricas en «bienes» que puedan ser objetos jurídicos específicos²². Además, aparte de su

¹⁹ Cfr. GALÁN CORONA, Eduardo, «Comentario al artículo 3», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 39.

²⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, «De la propiedad intelectual», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, t. V, vol. 4-B*, Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart, Edersa, 1985, pp. 716-717.

²¹ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, vol. II*, Civitas, Madrid, 1995, p. 124.

²² Cabe recordar que se denomina tradicionalmente como «cosa» aquello que tiene una entidad, sea física o espiritual, mientras que «bien» es aquella cosa que tiene valor económico, puede ser apropiada y es apta para la satisfacción de ciertas necesidades de los sujetos de derechos, con una relación entre ambos términos de género y especie. Cfr. LEÓN ROBAYO, Edgar Iván, «La posesión de los bienes inmateriales», *Revista de Derecho Privado* (junio, 2006), pp. 80-82. En principio, se consideran como bienes inmateriales las obras literarias, artísticas y científicas; las invenciones industriales, incluidos los modelos de utilidad y los modelos y dibujos industriales, y los signos distintivos. Sobre las categorías de

necesidad de creación legal, el carácter inmaterial genera muchas de las especialidades que tienen las obras como objeto de derechos.

Si, por un lado, se hacía referencia al *corpus mysticum* como la obra en sí misma considerada, por otro se encuentra su *corpus mechanicum*: el soporte a través del que se manifiesta. Visto lo anterior, es evidente que el soporte es esencial, en tanto se trata del medio para la exteriorización de la obra, de lo que depende el nacimiento de los derechos sobre ella²³. En efecto, la existencia del soporte es indispensable para que se manifieste la obra y pueda tener trascendencia alguna para el ordenamiento jurídico²⁴. Sin embargo, la creación no se puede identificar absolutamente con su soporte. Es independiente e indiferente de él, en el sentido de que no importa el tipo de formato en el que se manifieste una obra, basta con que reúna los otros dos requisitos — creación intelectual y originalidad— para ser considerada protegible. Incluso siendo destruido el soporte, la obra como tal seguirá existiendo y siendo objeto de protección, aunque para el nacimiento de derechos de propiedad intelectual sobre ella necesariamente tenga que haberse exteriorizado²⁵. Del mismo modo, la transmisión

bienes inmateriales y sus particularidades, cfr. ASCARELLI, Tulio, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Bosch, Barcelona, 1970, p. 319 y ss. Es por el carácter inmaterial de la obra que, según BONDÍA ROMÁN, la propiedad intelectual establece una limitación respecto al uso que terceros pueden dar de los soportes materiales en los que se plasma. Como no es posible usar el *corpus mysticum* sin tener un *corpus mechanicum*, se crea una exclusiva de exteriorización de la creación intelectual para controlar las ganancias que se puedan obtener de ella. BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Propiedad intelectual. Su significado en la sociedad de la información*, Trivium, Madrid, 1988, p. 29.

²³ Para BIONDI «toda creación intelectual en cualquier campo (literario, artístico, científico, técnico) es considerada como bien. Tales creaciones son bienes inmateriales, aun manifestándose prácticamente en cosas materiales, ya que la creación, como idea, puede tener existencia independientemente del medio material que la transmite y la hace perceptible a los demás: una cosa es el poema, el romance, como obra del ingenio y otra cosa es el libro que lo reproduce; una cosa es la música y otra cosa los signos que permiten reproducirla». BIONDI, Biondo, *Los bienes*, Bosch, Barcelona, 1961, p. 77. Dice TAMPIERI que «característica esencial de la obra figurativa es el hecho de que la actividad creativa se expresa en una realización concreta y que en este tipo de obras el *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum* que lo contiene resultan compenetrados de manera que forman un todo único». TAMPIERI, Tiziana, *La vendita di opere d'arte: fra tutela e mercato*, CLUEB, Bolonia, 2006, p. 244. En el mismo sentido, cfr. ALBADALEJO, Manuel, *Derecho civil I. Introducción y Parte general, vol. II*, Bosch, Barcelona, 1989, p. 71; ASCARELLI, T., *op. cit.*, p. 265; GONZÁLEZ LÓPEZ, Marisela, *El derecho moral de autor en la Ley Española de Propiedad Intelectual*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 221; PLAZA PENADÉS, Javier, *El derecho de autor y su protección en el artículo 20, 1, b) de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 44. En la jurisprudencia se han referido a esta distinción entre otras la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1965, la primera sentencia del caso Serrano, que se pronunciaba de este modo: «para la comprensión de dichas facultades [morales y económicas] hay que partir de la distinción entre la creación de la obra en sí y el ejemplar en que la misma se materializa y cobra corporeidad, pues si el autor tiene la propiedad intelectual de su obra, el comprador de la misma al adquirirla ostenta sobre ella un indiscutible derecho dominical, que solo puede estar limitado por la voluntad de las partes o por la Ley».

²⁴ Cfr. GALÁN CORONA, Eduardo, *op. cit.*, p. 39.

²⁵ Cfr. BONDÍA ROMÁN, Fernando, *op. cit.*, p. 193.

sucesiva del soporte no alterará los derechos que el autor tenga sobre la obra, aunque pueda matizarlos y condicionar su ejercicio.

Si bien ambas realidades —obra intelectual y soporte— conviven, también son independientes. Y es por ello por lo que el artículo 3 TRLPI declara que «los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con: 1.º La propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual; 2.º Los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra; 3.º Los otros derechos de propiedad intelectual reconocidos en el Libro II de la presente Ley». Por tanto, sobre un mismo soporte —tangible o intangible— pueden recaer una amplia gama de derechos que tienen que compaginarse, especialmente cuando sus titulares son diversos²⁶. La convivencia es especialmente particular cuando se trata de obras plasmadas en un soporte material que no se puede reproducir, dentro de las que normalmente se incluyen las denominadas «obras de arte gráficas o plásticas».

Entre todas las categorías de obras existentes y mencionadas en el artículo 10 TRLPI, que incluye una lista no exhaustiva, hay unas que destacan por su relación particular con el soporte que las contienen. Son las llamadas «obras plásticas», mencionadas en la letra e) del siguiente modo: «las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas». También es destacable que, en el propio artículo, se haga una referencia a las obras plásticas aplicadas, aquellas que tienen una función práctica y que, debido a ello, tienen unos atributos particulares, como su reproducibilidad²⁷.

²⁶ Sobre la convivencia de derechos sobre un único soporte, GALÁN CORONA hace un análisis de las limitaciones que puede sufrir el titular del *corpus mechanicum* de una obra, especialmente debido a los derechos morales de autor. Así en general, diferencia aquellos casos en los que una obra se puede reproducir con facilidad de aquellos en los que solo existe un ejemplar original. En el primer caso, prevalece el derecho de propiedad ordinaria sobre el soporte y no habría problema en introducir alteraciones en un ejemplar, así como tampoco se vería alterada porque se ejercitarán los derechos morales de modificación o retirada del comercio. En el segundo, en cambio, debido a la imposibilidad de obtener un nuevo ejemplar equivalente al original, los derechos morales están mucho más limitados. Lo mismo respecto a la destrucción del ejemplar único. En ambos casos, el dominio sobre el soporte debe ceder frente a los derechos del autor. En cuanto a la modificación, se requiere en todo caso el consentimiento del titular material para poder realizarla. cfr. GALÁN CORONA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 40-50.

²⁷ Cfr. RUIPÉREZ DE AZCÁRATE, Clara, *Las obras del espíritu y su originalidad*, Reus, Madrid, 2012, pp. 136-137, BERCOVITZ, Germán, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 57-59.

A pesar de tratarse todas ellas de creaciones de tipologías y soportes diversos, hay dos elementos que son comunes: su medio de expresión es la forma y el color²⁸. Además, tradicionalmente, a las obras plásticas no resultado de artes aplicadas se les atribuyen las características básicas de «unicidad de la obra» y «corporalidad». En cuanto a la «unicidad», se refiere a la inseparabilidad entre el soporte y la obra, formando un «*unicum*», como lo denominaba BIONDI²⁹. Ello implica que no es posible abstraer la obra del soporte, ni hacer réplicas exactas de ella, siendo en sí misma única e irreplicable. La unicidad es consecuencia de la «corporalidad». Al encontrarse la obra intrínsecamente vinculada a unos elementos físicos —la piedra, la arcilla, el lienzo—, su soporte es tangible y analógico por naturaleza. Si bien es cierto que pueden obtenerse reproducciones de la obra, estas serán «de segunda categoría», nunca idénticas al original, que seguirá teniendo un valor superior incluso en aquellas obras plásticas potencialmente reproducibles, como los grabados o las fotografías³⁰.

El concepto de «obra plástica», a menudo, se confunde y se usa como sinónimo del de «obra de arte»³¹. A pesar de ser un concepto indeterminado, lo cierto es que tradicionalmente se ha vinculado la «obra de arte» a aquellas creaciones «de las bellas artes»³². La propia RAE determina en su definición de bellas artes que estas son el

²⁸ Cfr. BERCOVITZ, Germán, *op. cit.*, p. 36; RUIPÉREZ DE AZCÁRATE, Clara, *op. cit.*, pp. 133-137; VV.AA., *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica*, Trama editorial, Madrid, 2005, pp. 31-32; VICENT LÓPEZ, Cristina, *Derechos de autor sobre la obra plástica enajenada*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1999, pp. 23. ORTEGA DOMÉNECH añade la materia a la forma y al color. No obstante, como en la actualidad es posible realizar obras plásticas donde la materia sea «virtual», ese elemento es relevante solo cuando se trate de obras físicas. ORTEGA DOMÉNECH, Jorge, *Obra plástica y derechos de autor*, Reus, Madrid, 2000, pp. 45-49.

²⁹ BIONDI, después de señalar la clara diferencia entre los bienes inmateriales y las cosas materiales en las que se manifiestan, reconoce que «hay obras del ingenio que se materializan en ciertas cosas corporales y no tienen existencia independiente de ellas. Por tanto, representan un *unicum*: una obra de arte pictórica o escultórica se concreta en la tabla, tela o mármol y la reproducción no tiene el mismo significado y valor que puede tener la reproducción de un poema o de una música. Las reproducciones de la obra literaria, científica, musical son infinitas, todas iguales entre sí, sin que existan copias, como no existe un original. Por el contrario, en la pintura y en la escultura bien es tanto la creación como idea, como el medio material en que se transfigura, que ya no es materia, sino que resulta obra de arte». BIONDI, Biondo, *op. cit.*, pp. 77-78.

³⁰ Denomina «copias de segunda categoría» a las reproducciones de obras plásticas ASCARELLI (*op. cit.*, p. 188-189). JARACH, por su parte, señala que las obras plásticas «pueden ser objeto de reproducción, pero las ilustraciones que las reproducen tienen una importancia marginal en relación con la obra original. [...] Objeto principal del derecho del pintor y del escultor sigue siendo el ejemplar único». JARACH, Giorgio, *Manuale del diritto d'autore*, Mursia, Milano 1968, p. 111. Sobre el valor del original de la obra plástica en creaciones reproducibles y el «aura» que genera ese valor, cfr. BERCOVITZ, Germán., *op. cit.*, pp. 70-75.

³¹ En VV.AA., *La tutela...* (*op. cit.*, p. 31) se equipara el uso de los conceptos «obra plástica» y «obra de arte» en el apartado dedicado a definir el primer término.

³² Por ejemplo, la Guía del Convenio de Berna, al desarrollar el contenido del artículo 2.6.g del referido tratado, determina que la categoría de «obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía» se refiere a «las obras llamadas artísticas, tanto bidimensionales (dibujos, cuadros, grabados,

«conjunto de las que tienen por objeto expresar la belleza, y especialmente la pintura, la escultura y la música»³³. Nada impide que creaciones de diversas categorías se consideren «obras de arte», como podrían ser una pieza de teatro o una poesía. Sin embargo, cuando el Texto Refundido se refiere a «obras de arte», en dos ocasiones lo hace añadiendo el adjetivo de «plásticas»: al regular el derecho de participación (art. 24 TRLPI) y la transmisión de derechos al adquirente del soporte de una obra (art. 56.2 TRLPI). En una tercera ocasión, menciona las obras de arte al hilo de las diferentes modalidades de comunicación pública de una obra. En concreto, al referirse a «la exposición pública de obras de arte y sus reproducciones» (art. 20.2.h TRLPI). Si bien no se menciona explícitamente que tales obras son «plásticas», lo cierto es que las creaciones más idóneas para encuadrarse en esta modalidad de comunicación pública son ciertas categorías de creaciones plásticas, cuando su naturaleza determine que su explotación económica principal se realice a través de su exhibición, como en el caso de esculturas y pinturas.

De cualquier modo, frente a las obras plásticas que se encuentran en soporte físico están las obras que, cumpliendo el requisito de expresión a través de la forma y el color, se encuentran en un soporte digital. La referencia obligada es hacia los artistas que, usando técnicas digitales, elaboran creaciones pictóricas, gráficas o fotográficas, incluyendo las obras multimedia. Las creaciones digitales tienen un soporte intangible —el archivo informático—, donde se encuentra fijada la obra, con el fin de permanecer almacenada o distribuirse siempre o principalmente de forma digital³⁴. También hay

litografías, etc.) como tridimensionales (esculturas, estatuas, obras arquitectónicas, monumentos, edificios, etc.), independientemente de su género (figurativo o abstracto) y de su finalidad (arte “puro”, fines publicitarios, etc.)». VV.AA., *Guía del Convenio de Berna*, OMPI, Ginebra, 1978, p. 17.

³³ RAE. Definición disponible en: <https://dle.rae.es/arte> [Fecha de última consulta: 14 de diciembre de 2023].

³⁴ Algunos autores no consideran como soporte físico el aparato en el que se encuentra almacenada una obra digital y, por eso, BOUZÁ REILLY distingue dentro de las obras digitales entre los «bienes informáticos» de tipo intangible —aquellas almacenadas en un soporte físico identificable y ubicable— y las obras que tienen como soporte la Red, donde es imposible su localización. BAUZÁ REILLY, Marcelo, «Los derechos de autor en Internet», *Revista de la Facultad de Derecho* (2001), n.º 20, p. 51. En línea con lo anterior, es de interés el análisis que hace MALLO MONTOTO sobre la tangibilidad del soporte y su incidencia en la determinación del régimen jurídico que se aplica a las transmisiones de obras digitales (Cfr. *La difusión en Internet de contenidos sujetos al derecho de autor*, Reus, Madrid, 2018, pp. 327-333). Este autor considera insuficiente la distinción que realizan algunos autores, entre un acto de distribución de ejemplares y uno de comunicación pública, basándose en la incorporación de la obra a un soporte físico. De aceptarse tal premisa, el hecho de que todas las producciones digitales estén almacenadas en un soporte físico —más o menos ubicable, sea un USB o alguno de los servidores conectados a Internet— haría que se pudiera considerar que una obra que se introduce en la Red se está «distribuyendo», no «comunicando al público». La clasificación de los actos de transmisión de obras en Internet en el ámbito de la comunicación pública nunca fue tajante y en los propios debates que llevaron a la aprobación del Tratado de Derecho de Autor de 1996 se había decidido mantener cierta ambigüedad en torno a su encuadre. Una solución a esta cuestión la ofrece CARBAJO CASCÓN, que define como soporte tangible aquel

obras digitales contenidas en soportes tangibles —como pueden ser los CD, las memorias USB o las tarjetas SD— que son accesibles al público a través de la distribución de ejemplares de tales soportes³⁵. Así, la categoría de «obras digitales» abarca un amplio espectro de creaciones, algunas de las cuales cuentan con un régimen particular de protección³⁶.

La gran diferencia entre la obra de arte en soporte físico y las obras digitales con una configuración similar es que mientras las primeras son creaciones únicas o producidas en un número reducido, las obras digitales son naturalmente reproducibles de manera ilimitada, compartiendo las copias la misma esencia y aspecto exterior del original³⁷. En efecto, las obras digitales, por encontrarse almacenadas en un soporte informático, pueden ser copiadas con relativa facilidad. Incluso en aquellos casos en los que el código del archivo esté protegido a través de medidas técnicas, es posible copiar su

que presenta una naturaleza «*off line*», distinguible de las obras «*on line*» o aquellas que se transmiten a través de la Red. De tal modo, toda reproducción de soporte tangible se transmitirá mediante la distribución de ejemplares y toda reproducción de soporte intangible se transmitirá mediante comunicación pública y, en el caso de entornos digitales, por vía de la puesta a disposición, pues considera que «la mal llamada distribución *on line* de contenido es, en realidad, desde la perspectiva de la propiedad intelectual una comunicación interactiva o puesta a disposición en línea de contenidos». CARBAJO CASCÓN, Francisco, «Creación, edición y lectura en la sociedad de la información: entre la propiedad intelectual y el acceso a la cultura», *Pliegos de Yuste* (2010), n.º 11-12, p. 132. No obstante, la última afirmación ha quedado desfasada en un contexto donde es posible el suministro de copias digitales singularizadas por medios puramente intangibles sin necesidad de que exista una comunicación pública en los términos habituales. Lo que es evidente es que la diferencia entre las obras digitales en soporte tangible e intangible es relevante en tanto, como señala CÁMARA LAPUENTE, «el método de suministro, o visto desde la perspectiva del consumidor, la “forma de acceso” al contenido digital determinará si sus facultades de goce son las propias de una *adquisición de la propiedad* (casi ilimitada sobre el soporte, limitada sobre el contenido por efecto de la propiedad intelectual concurrente), *de un uso* (permanente o temporal) o *de un servicio*». CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo», *Revista CESCO de Derecho* (2014), n.º 11, p. 84.

³⁵ En relación con la distinción entre la obra digital que se encuentra disponible en la Red y aquella que se comercializa en soporte físico, es necesario hacer diferencia a la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y a la Directiva (UE) 2019/771 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, ambas de 20 de mayo de 2019. La Directiva de compraventa de bienes se aplica a todo aquel contrato de venta de bienes en línea. Sin embargo, cuando el bien tangible comercializado contiene algún tipo de contenido digital, la norma hace una distinción fundamental. Por una parte, están los contenidos digitales suministrados en un soporte material donde el interés está en el contenido, no en el medio que lo transmite. En este caso, no se aplicará la Directiva de compraventa, sino la de suministro. En cambio, cuando se trate de bienes con elementos digitales necesarios para que cumplan su función pero que no sean la razón exclusiva para la adquisición del bien, se aplicará la Directiva de compraventa.

³⁶ Así pues, tendrán un régimen particular las obras audiovisuales (cfr. arts. 86 a 93 TRLPI), obras radiofónicas (cfr. art. 94 TRLPI), programas de ordenador (cfr. arts. 95 a 104 TRLPI), meras fotografías (cfr. art. 128 TRLPI) y ciertas categorías de bases de datos (cfr. arts. 133 a 137 TRLPI).

³⁷ Cfr. VV.AA., *La tutela...*, *op. cit.*, pp. 33-34. Véase nota 19.

«exteriorización». Esto es, sin necesidad de usar el mismo código que el original, se puede obtener una reproducción exacta desde el punto de vista externo, haciendo indistinguible original y copia para el ojo inexperto.

Precisamente, para crear copias de obras digitales certificadas y «únicas» se utiliza la tokenización, que las vincula a un NFT.

4. LA TOKENIZACIÓN DE OBRAS

La creación de NFT partiendo de obras digitales se ha venido desarrollando con cierta asiduidad en los últimos años gracias a la proliferación de plataformas destinadas a la comercialización de cripto-arte, como pueden ser Open Sea, Mintable o Rarible. No obstante, lo que se encuentra en estas plataformas no es lo mismo para todos los NFT. Así pues, la primera gran diferenciación que se debe realizar es entre aquellas acuñaciones que se afectan exclusivamente al «soporte» de la obra y las que se refieren a los derechos de explotación de la obra, y que pueden estar aparejados o no a la entrega de un ejemplar permanente de esta.

Si la tokenización se refiere al soporte de la obra, como es el archivo digital de una creación de arte plástica, el negocio jurídico subyacente es una compraventa propiamente dicha, pues con la transmisión de un NFT se adquiere la propiedad del soporte, la copia digital de la obra³⁸. La principal consecuencia de este tipo de transmisión es la limitación en cuanto a los derechos que adquiere el comprador del NFT que representa la obra³⁹.

Como regla general, al adquirir el «soporte» solo se están recibiendo las posibilidades de utilizar este según su naturaleza, como cualquier propiedad ordinaria, no facultades que se encuentren bajo el paraguas de los derechos de explotación, regulados en España en los artículos 17 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI). Esto es, el que tiene el soporte de una obra no puede reproducirla, distribuirla, comunicarla públicamente, transformarla o explotarla en el sentido amplio del concepto (cfr. art. 56.1 TRLPI)⁴⁰. Existe, no obstante, una excepción en la regulación española: en caso de que la obra sea plástica o fotográfica, se prevé que su adquirente

³⁸ Cfr. GARBERS-VON BOEHM, et al., *op. cit.*, p. 22.

³⁹ Considera posible la comercialización del mero soporte de una obra LACRUZ MANTECÓN, Miguel Luis, *Inteligencia artificial y derecho de autor*, Reus, Madrid, 2021.pp. 185. Sobre la cesión de derechos en la compra del NFT que representa una obra, PLAZA PENADÉS, Javier, *Propiedad intelectual y protección de sistemas de inteligencia artificial y metaversos*, Aranzadi, Cizur menor, 2023.pp. 92-94.

⁴⁰ Cfr. LÓPEZ RODRÍGUEZ, Ana Mercedes, *op. cit.*, pp. 301 y 304.

reciba el derecho a exponerla (art. 56.2 TRLPI), salvo pacto en contrario. Para el resto de las creaciones, la compra del soporte solo implica la adquisición de la propiedad sobre este de manera exclusiva. No obstante, es posible que se transmitan derechos de explotación sobre la obra junto al soporte, bien porque se haya indicado en el *smart contract*, bien porque la plataforma donde se comercializa el NFT establece que así sea⁴¹.

Si lo que se representa con el NFT no es el soporte que contiene la obra, lo que está tokenizado no es una mera copia de la obra, sino los derechos sobre el bien inmaterial —*corpus mysticum*—, que pueden ser de mero uso o de explotación. La diferenciación entre un supuesto de transmisión de la propiedad del soporte y de los derechos de uso o explotación sobre la obra es compleja en el ámbito puramente digital, puesto que ambos implican la obtención por parte del adquirente de un «ejemplar» de la obra, una reproducción que pueda ser la base del ejercicio de los derechos recibidos, sean los que sean. La clave parece estar en la naturaleza del acuerdo establecido al crear el NFT, aunque también se puede deducir por factores como la temporalidad de la copia recibida o la existencia de controles o limitaciones para el uso. En tales casos, el contrato subyacente es el de una licencia, de uso o de explotación, regulada en España en términos generales en los artículos 43 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. En el caso de acuñación de derechos de explotación, hay que tener en cuenta que la amplitud de los derechos que se comercializan a través de NFT dependen de quien esté realizando la transmisión: no es lo mismo lo que puede autorizar el autor de la obra original que el propietario del soporte o un licenciataria de determinadas facultades de explotación⁴².

⁴¹ Por ejemplo, los NFT de la NBA Top Shot se transmiten para un uso personal y no comercial. Los términos de uso de estos NFT se describen en: <https://nbatopshot.com/terms>. En cambio, los «monos (apes)» de Bored Ape Yacht Club (BACY) o los gatos de CryptoKitties sí llevan consigo una licencia de uso comercial, lo que permite realizar *merchandising* que utilice las imágenes adquiridas a través de sus NFT. La información sobre estas licencias se puede encontrar respectivamente en <https://boredapeyachtclub.com/#/terms> y <https://www.cryptokitties.co/Technical-details>. No obstante, los términos y condiciones de algunos NFT no son muy claros en cuanto a qué derechos de propiedad intelectual se transmiten junto al token, de ahí que la firma de capital riesgo Andreessen Horowitz haya creado las licencias «Can't be evil»: acuerdos estandarizados sobre derechos de autor de obras de arte NFT que permiten la cesión parcial o total de la propiedad intelectual de los artistas a los compradores. Los diferentes modelos de estas licencias están disponibles en: <https://github.com/a16z/a16z-contracts> [Fecha de última consulta: 14 de diciembre de 2023].

⁴² En general sobre la compraventa de obras tokenizadas, los derechos que se pueden acuñar y los problemas que pueden surgir en relación a la propiedad intelectual cuando el proceso se realiza sin la debida autorización del autor, cfr. VEGA GARCÍA, Paula, «La comercialización de obras plásticas digitales tokenizadas», *Revista Aranzadi Derecho y Nuevas Tecnologías* (2023), vol. 63.

A efectos del tema tratado, interesa centrarse en la cuestión de la transmisión de obras digitales tokenizadas. En concreto, en cómo se realizará esta transmisión. Incluso aunque una obra ya esté en formato digital, no será habitual que, entre la información contenida en el bloque que forme el NFT, esté la propia obra, aunque sea algo técnicamente posible. Es decir, en el bloque se acostumbra a incluir los datos necesarios para acceder a la obra en cuestión, pero no la obra en sí misma⁴³. Aun así, no es impensable que el receptor de una transmisión encriptada reciba la obra concebida por el autor cuando se trata de obras digitales⁴⁴. Y es que las obras digitales son fácilmente «*hasheables*», esto es, reducibles a un algoritmo de resumen único e irreplicable, como demuestra la experiencia de los registros digitales de organismos como CEDRO o Safe Creative⁴⁵. No obstante, lo normal es que se entregue de manera contemporánea o posterior la obra digital, igual que al adquirente del NFT de una obra física, por los medios que se hayan establecido en el *smart contract* en que se base la operación⁴⁶.

⁴³ La mayoría de los NFT se consideran tokens «extrínsecos», en tanto solo representan un bien o derecho que se encuentra fuera de la cadena y cuyo valor representan. En contraposición están los NFT «intrínsecos», aquellos que tienen valor por sí mismos, por representar un valor existente en la *blockchain*, sin necesidad de hacer referencia a un objeto existente fuera de la cadena. Serían aquellos que incorporan la obra de arte en los metadatos del token, de tal modo que no es necesario su almacenamiento externo. Sin embargo, debido a que esto hace al token más pesado y más «caro» de acuñar, es muy habitual que se realice este tipo de NFT (cfr. GARBERS-VON BOEHM *et al.*, *op. cit.*, p. 16). No obstante, no es infrecuente encontrarse con algunos ejemplos de NFT que incorporan imágenes creadas con símbolos dentro de sus metadatos. En la serie de *Word of Women* existen ejemplos de este tipo de utilización. El contrato que incluye una imagen en sus metadatos se puede encontrar en: <https://etherscan.io/token/0xe785e82358879f061bc3dcac6f0444462d4b5330#code> [Fecha de última consulta: 14 de diciembre de 2023].

⁴⁴ Sobre esta modalidad de obra encriptada, cfr. BRANKOV, Amelia, «Copyright considerations with NFTs», *Trust & Estates* (abril, 2022), p.18.

⁴⁵ La tecnología *blockchain* es el elemento clave de registros digitales como WIPOProof (actualmente fuera de servicio), el registro de certificación digital de CEDRO o Safe Creative. Los tres funcionan como depósitos privados de obras con el objetivo de crear un principio de prueba de autoría. Para ello, la inscripción de una creación en sus bases de datos lleva a la creación de una huella digital de los archivos adjuntados y un certificado que se almacenan en la cadena *Ethereum*. Sobre estas plataformas, se pueden consultar sus respectivas páginas web: <https://wipoproof.wipo.int/wdts/> (WIPOProof); <https://www.cedro.org/registro-digital> (CEDRO) y <https://www.safecreative.org/> (Safe Creative) [Fecha de última consulta: 14 de diciembre de 2023].

⁴⁶ Las obras pueden incluirse en un espacio de Internet, al que se accede a través de un enlace incrustado en el *smart contract*. Pero, debido al riesgo de que este tipo de espacios se vean alterados y, por tanto, el enlace que contenga la obra se rompa, también es posible su almacenamiento en otro tipo de redes descentralizadas del tipo «*peer to peer*», donde el contenido se guarda en varios servidores, de tal modo que siempre habrá una copia disponible para acceder al archivo adquirido, como es InterPlanetary File System (IPFS). Es menos habitual que el NFT se asocie con un aparato físico que contenga la obra, como un USB. Cfr. CUESTA VALERA, Salomé, *et al.*, *op. cit.*, pp. 5-6 ; LEWIS, Lynne ; OWEN, Jane ; GARBERS-VON BOEHM, *et al.*, *op. cit.*, pp. 15-16. FRASER, Hamish y DIGHE, Rohit, «Non-fungible tokens and Copyright Law», *Intellectual Property & Technology Law Journal*, vol. 33 (2021), n.º 8, p. 18.

Para la acuñación de token no fungible se debe de poseer en primer lugar una *wallet* o billetera digital de criptomonedas, necesarias para cualquier transacción de NFT⁴⁷. La billetera vincula a los usuarios con los mercados de NFT, ya que almacena las claves criptográficas privadas que permitirán la creación de bloques en las diferentes *blockchain* y permite la gestión de los cryptoactivos almacenados en ella⁴⁸.

El token puede crearse tanto dentro de la cadena —«*on chain*»— usando alguna de las plataformas especializadas en NFT, u «*off-chain*», a través de una programación específica que se sirve de los estándares de Ethereum para la configuración del token y que lo guarda dentro de la billetera, pero sin vincularlo inicialmente a ninguna cadena⁴⁹. No obstante, lo habitual es acudir a alguna de las numerosas plataformas donde crear el NFT, como pueden ser Open Sea, Mintable o Rarible, que guardan sus transacciones en una *blockchain*, normalmente Ethereum o Polygon.

Una vez elegida la plataforma, el proceso de formación del NFT requiere la introducción de una serie de datos. Entre la información que se debe aportar se incluye, en la gran mayoría de los casos, el archivo de la obra que se pretende acuñar o, al menos, una imagen que la represente⁵⁰. Una vez se ha seguido todo el proceso y se han introducido los datos necesarios, se culmina con la «firma» y cierre del bloque que contiene la

⁴⁷ Existen diferentes billeteras que permiten gestionar transacciones de NFT, como Metamask, Trust Wallet o Coinbase Wallet.

⁴⁸ Las claves criptográficas se usan en la *blockchain* para encriptar, enlazar y leer la información contenida en la cadena. Normalmente hay una privada y una pública, usándose la primera para la encriptación y la segunda para su descifrado. Las claves tanto del emisor de un bloque como de su receptor se incluyen en él para enlazar ambas partes y producir la transacción. Cfr. BARON, Richard, «Aspects techniques de la technologie blockchain», en Franck Marmoz, *Blockchain et droit*, Dalloz, Paris, 2018, pp. 10-11; GONZÁLEZ-MENESES, M., *Entender Blockchain, Una introducción a la tecnología de registro distribuido*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 83-98; HERENCIA ANTÓN, J., «Fundamentos tecnológicos de los cryptoactivos», *Cryptoactivos. Retos y desafíos normativos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 68-71.

⁴⁹ El estándar habitual para la creación de tokens no fungibles es el ERC-721, ya que permite la creación de tokens únicos. El texto del estándar se puede encontrar en el siguiente enlace: <https://eips.ethereum.org/EIPS/eip-721>. [Fecha de última consulta: 14 de diciembre de 2023].

⁵⁰ Aunque en el informe del Departamento Temático de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales de la Unión Europea se llega a la conclusión de que el acuñado de NFT implica reproducción, pero no acto de comunicación pública es posible argumentar lo contrario. Si bien no cabe duda de que la acuñación fuera de la cadena normalmente no implicará comunicación pública, porque la información sobre el token permanece en el *wallet* de su creador, no se puede decir lo mismo de aquellos creados directamente en la cadena. Los datos de la *blockchain* son públicos, lo que permite acceder a la información contenida en los metadatos de los NFT, incluida la localización de la obra subyacente. Salvo en aquellos casos donde el almacenamiento de la obra se haga en un entorno digital protegido por alguna medida tecnológica, como puede ser una contraseña, o en un dispositivo físico, en el momento en el que se utiliza una base de datos o un sitio de Internet público se debería considerar que existe una comunicación pública a efectos del artículo 20.1.i) TRLPI. Cfr. GARBERS-VON BOEHMN, *et al.*, *op. cit.*, pp. 32-34; VEGA GARCIA, Paula, *op. cit.*, apartado 2.

creación del NFT. A continuación, se genera un número con una dirección que lo vincula con el *smart contract* que gestiona la existencia y las transacciones del NFT.

A través del proceso de acuñación, el NFT resultante representa un activo, como puede ser el archivo de una obra plástica digital. Su comercialización se lleva a cabo en alguna de las referidas plataformas y los sucesivos adquirentes recibirán solo los derechos expresados en la información contenida en el bloque.

Así pues, la cuestión que se puede llegar a plantear es si es posible considerar una obra digital reproducible como una «obra de arte» plástica única o limitada en el sentido que usa el Texto Refundido en los artículos 24 y 54.2 y, por tanto, aplicarles el régimen particular de estas obras, a pesar de carecer del carácter de «ejemplar original», cuando ha sido acuñada como NFT. Además, por su especial relación con los ejemplares originales, que en muchas ocasiones también son únicos o raros, se debe cuestionar qué es lo que ocurre con el ejercicio del derecho moral de acceso a la obra cuando esta es digital y, en particular, cuando está tokenizada.

5. LAS ESPECIALIDADES LEGALES DE LAS OBRAS DE ARTE EN FORMATO FÍSICO Y APLICACIÓN A OBRAS TOKENIZADAS

5.1. *El derecho de participación en la reventa*

5.1.1. Contenido y finalidad del derecho de participación

El derecho de participación se regula en la actualidad en el artículo 24 TRLPI. Aunque el origen de la legislación actual está en la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, su régimen ha evolucionado notablemente en los últimos años. En especial, desde que se ha atribuido a las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual la competencia de recaudar y redistribuir los ingresos derivados de la aplicación de este derecho a la reventa de «obras de arte» (cfr. art. 24.10 TRLPI).

Lo que establece el artículo 24 TRLPI es que los autores de obras de arte gráficas o plásticas tienen el derecho de percibir una parte del precio de toda reventa que se realice de su obra tras la primera transmisión. Es decir, una vez vendida, cuando la obra vuelva a salir al mercado y se comercialice de nuevo, se pretende que el autor reciba una parte de los ingresos que corresponden al vendedor de la obra. Se trata de un

derecho de corte patrimonial configurado como inalienable e irrenunciable⁵¹. En un principio se había establecido que también era intransmisible, pero una modificación introducida en el año 1992 permitió la transmisión, si bien solo *mortis causa*⁵². En consecuencia, el autor no puede deshacerse de su derecho y sus herederos siguen recibiendo una parte de los ingresos que a este le hubieran correspondido por las reventas de su obra durante los siguientes 70 años (cfr. art. 24.1 TRLPI).

En cuanto a los elementos básicos del derecho de participación del artículo 24 TRLPI, cabe destacar que no se concede un derecho general a la participación, sino que se limita desde el punto de vista subjetivo a que la reventa —solo compraventa, nunca otro contrato traslativo de la obra— se realice con la participación de «profesionales del mercado del arte». En concreto, menciona «salas de venta, salas de subastas, galerías de arte, marchantes de obras de arte y, en general, cualquier persona física o jurídica que realice habitualmente actividades de intermediación en este mercado» que actúen como vendedores, compradores o intermediarios en la reventa y con independencia de la intervención de servicios de la sociedad de la información.

Por tanto, las ventas privadas no dan lugar a un derecho sobre el precio de reventa, a no ser que cuenten con la intermediación de alguno de estos profesionales⁵³. También debe apuntarse que, si bien parece que el concepto de «profesionales del mercado del arte» es restringido, la cláusula de cierre del apartado 4 del artículo 24 TRLPI permite que casi cualquiera que se dedique a vender cripto-arte de manera profesional pueda ser considerado como tal. Ello, junto a la mención expresa que se hace a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, permite considerar como «profesional» a aquellas plataformas que se dedican a la puesta en contacto entre creadores y público. Incluso a aquellas que gestionan la comercialización de NFT. Como sea, quienes se consideren «profesionales del mercado del arte» tienen una serie de obligaciones destinadas a hacer efectivo el

⁵¹ Aunque el derecho de participación tiene un carácter esencialmente patrimonial, su carácter irrenunciable y las particularidades en cuanto a su gestión hacen que algunos autores lo traten como un derecho especial autónomo. Es el caso de CONDE-PUMPIDO TOURÓN («Los derechos especiales en la Ley de Propiedad Intelectual: el derecho de participación de los artistas en la reventa de sus obras y la remuneración compensatoria por copia privada», *Cuadernos de Derecho Judicial. Propiedad intelectual: aspectos civiles y penales*, AA.VV., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 67). Otros, como VEGA VEGA afirman que se trata de «derechos mixtos», por combinar «facultades pecuniarias con fundamentos morales». VEGA VEGA, José Antonio, *Derecho de Autor*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 130. En cambio, ORTEGA DOMENECH afirma rotundamente que se trata de un derecho de carácter patrimonial. ORTEGA DOMENECH, Jorge, *op. cit.*, p. 152.

⁵² Cfr. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, *op. cit.*, p. 69; VICENT LÓPEZ, Cristina, *op. cit.*, pp. 176-179.

⁵³ Cfr. ARNAU MOYA, Federico, «Los derechos patrimoniales de autor y sus límites», en *Derecho mercantil y tecnología*, coord. por M. J. Blanco Sánchez, Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 66.

pago de los derechos de participación, incluyendo la notificación a las entidades de gestión pertinentes y la retención del porcentaje adecuado.

Igualmente, no cualquier reventa supone el nacimiento de un derecho a cobrar, sino que se establecen en el artículo 24.7 TRLPI un precio mínimo de 800 €, excluidos impuestos. El importe de la participación, además, se determina siguiendo unos porcentajes escalonados en función del precio final de reventa.

Sobre la existencia del derecho de participación, en sus orígenes históricos —ubicados en la Ley francesa de 20 de mayo de 1920, que crea el «*droit de suite*»— se buscaba proteger al autor que se había visto obligado a vender su obra en un momento donde, quizás, no pudo obtener un gran beneficio económico, revalorizándose *a posteriori* sin que pudiera beneficiarse de tal incremento de valor⁵⁴. De este modo, se quería garantizar que el autor se viera premiado no solo por la creación y venta de sus obras, sino también por su aumento de valor posterior. Se destinaba, por tanto, a aquellos creadores que no podían «reproducir» de nuevo sus producciones, por tratarse de elaboraciones únicas o de las que no se podían obtener copias idénticas.

Así pues, lo que el legislador tenía en mente era una situación en la que el autor no podía obtener rendimientos de la reproducción de la obra por ser esta de imposible o difícil copia idéntica⁵⁵. Es decir, obras plásticas como cuadros, fotografías, grabados, esculturas o cualesquiera otras donde cualquier reproducción realizada nunca tendría la misma calidad o fuera esencialmente diferente a la primera, la «versión original»⁵⁶.

5.1.2. Objeto del derecho de participación: el «ejemplar original»

En la regulación actual, el artículo 24 TRLPI comienza indicando que el derecho de participación corresponde a «los autores de obras de arte gráficas o plásticas». Aunque el concepto de «obra de arte» es indeterminado, como se ha tenido la oportunidad de

⁵⁴ COLOMBET, Claude, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, París, 1997, p. 215; DESBOIS, Henri, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, París, 1966, p. 336.

⁵⁵ Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Los derechos de autor de obras de arte*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 111-112; ORTEGA DOMENECH, Jorge, *op. cit.*, p. 148.

⁵⁶ Como explica Díez SOTO, el derecho de participación está asociado a razones de equidad y tenía «un cierto carácter asistencial y alimenticio», implantado para que los creadores de obras plásticas pudieran recibir algún tipo de compensación económica adicional después de haberse desprendido del soporte de su obra antes de que esta hubiera alcanzado un valor alto. Díez SOTO, Carlos Manuel, «Algunas cuestiones a propósito del derecho de participación del autor de una obra de arte original sobre el precio de reventa (*droit de suite*)», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n.º 2, p. 210-211. En un sentido similar, TAMPIERI, Tiziana, *op. cit.*, p.250-251; VICENT LÓPEZ, Cristina, *op. cit.*, p. 171; VV.AA., *op. cit.*, p. 56.

explicar al analizar la naturaleza de la obra con relación a su soporte, sí que existe una línea general que define qué obras se consideran plásticas. Dicha categoría, como se ha visto, es amplia y heterogénea, razón por la cual, al regular el derecho de participación, el artículo 24 TRLPI comience exponiendo una lista no exhaustiva de qué obras son susceptibles de englobarse en esta categoría: «cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapices, cerámicas, objetos de cristal, fotografías y piezas de vídeo arte».

Muchas de tales creaciones se incluyen en el ya mencionado apartado e) del artículo 10 TRLPI, pero es destacable como algunas de las obras aquí reconocidas como «obras plásticas» no son recogidas en el artículo 24 TRLPI, como objeto de un posible derecho de participación, llevando a cuestionarse si pueden o no disfrutar de este régimen. Lo cierto es que no existe una lista cerrada de qué tipos de «obras» pueden englobarse en esta categoría y hasta qué punto pueden sus autores —y, en su caso, los herederos de estos— disfrutar del derecho de participación en los términos legalmente previstos.

Así pues, siendo más o menos claro el concepto de «obra plástica», el artículo 24 TRLPI refiere qué se debe entender a efectos del derecho de participación como «obras de arte originales» y, por tanto, cual es el objeto de tal derecho: «los ejemplares de obras de arte objeto de este derecho que hayan sido realizados por el propio autor o bajo su autoridad». En el concepto apuntado, un aspecto que debe ponerse en relevancia es el de «ejemplares», con el adjetivo de «originales». Ejemplar es un término que se usa en el Texto Refundido con el sentido de «reproducción» y que se suele vincular a una explotación a través de copias de una obra y su publicación (cfr. art. 4 TRLPI), frente a la que se realiza «comunicándola públicamente» (cfr. art. 20 TRLPI)⁵⁷. El ejemplar, en el caso del artículo 24 TRLPI, se dice que ha de ser «original». Se debe entender aquí que el uso de «original» no es equivalente al del requisito que establece el artículo 10 TRLPI para la protección de las obras, sino que tiene el sentido de primera copia o de aquel ejemplar realizado directamente por el autor, en contraposición a posteriores reproducciones mecánicas⁵⁸. Basándose en las tipologías de creaciones mencionadas por el artículo 24 TRLPI podría decirse que se trata de obras que tienen un componente físico importante, donde lo relevante no solo es la obra, sino el propio soporte, que tiene un valor especial por ser el continente de una «obra de arte plástica» y por la

⁵⁷ Cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El derecho de autor en Internet*, Comares, Granada, 2001, p. 251; ERDOZAÍN LÓPEZ, José Carlos, *Las retransmisiones por cable y el concepto de público en el Derecho de Autor*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 348.

⁵⁸ Cfr. BERCOVITZ, Germán, *op. cit.*, p. 365.

imposibilidad o dificultad para obtener una reproducción exacta o un gran número de reproducciones.

No obstante, hay que recordar que tanto el artículo 10 TRLPI, al enumerar las obras plásticas, como el 24 TRLPI, al señalar algunas de las que tienen derecho de participación, incluían creaciones que sí son reproducibles, como los grabados, las estampas o las fotografías. A diferencia de las que tienen un soporte único, las indicadas pueden tener diversas reproducciones o ejemplares, obtenidos a partir del molde u original creado por el autor⁵⁹. Se ha planteado entonces la duda de cuál será el «ejemplar original». BERCOVITZ entiende que, en estos casos, solo serán ejemplares los realizados de forma no mecánica por el autor o por aquellos designados por él⁶⁰. En caso de que su reproducción fuera en serie, no se podría considerar entonces que los obtenidos sean «ejemplares originales» y, por tanto, no se les aplicaría el derecho de participación del artículo 24 TRLPI. De ahí que, por ejemplo, se suelen excluir las obras de arte aplicadas de la concepción de «obra de arte plástica» en el sentido del artículo 24 TRLPI. Ello se debe a que las obras de arte aplicadas, aunque sean «plásticas», están diseñadas para su fácil reproducción por su carácter de «objeto de uso» al que se le ha dado un componente «artístico» no presente en su modelo básico.

El problema de la indeterminación en cuanto al número de ejemplares de una obra que pueden dar lugar al derecho de participación ha sido objeto de crítica por la doctrina⁶¹. En efecto, el artículo 24 TRLPI se refiere a «los ejemplares», infiriéndose que se puede tratar de más de uno. Sin embargo, es evidente que la venta de ciertos tipos de «ejemplares» no debería dar lugar a la retribución prevista, debido a que se trata de una mera copia de una creación fácilmente reproducible, como pueden ser los libros.

La clave parece estar en la última frase del apartado primero del artículo 24 TRLPI que ahora se analiza: «dichos ejemplares estarán numerados, firmados o debidamente autorizados por el autor». Es decir, el ejemplar no solo tiene que ser «el original», sino

⁵⁹ Cfr. VICENT LÓPEZ, Cristina, *op. cit.*, p. 25.

⁶⁰ Cfr. BERCOVITZ, Germán, *op. cit.*, pp. 370-372.

⁶¹ ORTEGA DOMENECH recuerda como DESBOIS afirmaba que la inclusión de obras resultado de utilización de planchas —los grabados— llevaba a desnaturalizar el derecho de participación. Pero reconocía el mismo DESBOIS que podría aplicarse el *droit de suite* cuando se tratara de un pequeño número de ejemplares. El propio ORTEGA DOMENECH da por buena esta idea, señalando que «parece que el signo clarificador de la inclusión de este tipo de obras se encuentra en su realización por la mano del artista, con un número tal que sea raro o, por lo menos, difícil encontrar dicha obra en el mercado, ya que la calidad es más importante que la cantidad, pero ésta última marca finalmente la salida del mercado de una obra con mayor o menor éxito». ORTEGA DOMENECH, Jorge, *op. cit.*, pp. 156-157.

que tiene que estar, de algún modo, identificado como tal por el autor, a través de su numeración —para indicar que son parte de una serie limitada—, su firma o su autorización. El requisito apuntado puede cumplirse de diversas maneras, siempre que se deje constancia de la voluntad del autor de considerar ciertas copias como los «ejemplares originales». Tal posibilidad, permitida para obras digitales a través de la tokenización de ciertas copias, junto a la existencia de la categoría de «ejemplares únicos reproducibles» que parece admitir el artículo 24 TRLPI podría ser una puerta abierta a su aplicación a creaciones en soportes digitales. Pero, para poder dar una respuesta clara sobre este punto, previamente es necesario señalar en qué casos se podría hablar de «ejemplares» respecto de creaciones en soporte digital. Y, para poder entender las dificultades en el reconocimiento de tal categoría, es necesario plantear antes la diferencia entre «comunicación pública» y una posible «distribución digital» de obras.

La comunicación pública, tal y como se define en el artículo 20 TRLPI, es la explotación de la obra que se realiza sin acudir a ejemplares, pero que permite el acceso a la creación por parte de una pluralidad de personas, el público. Incluye, entre otras, la exposición de obras plásticas, la radiodifusión, las representaciones escénicas y la puesta a disposición a través de la Red. En el marco de esta última categoría, «la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija» que regula el apartado i) del artículo 20 TRLPI es la modalidad básica en la transmisión y recepción de una obra a través de medios digitales, como Internet. Es más, en este ámbito se evita el uso del término «ejemplares», porque se suele asociar a una copia individualizada, casi siempre física, de la obra. Se prefiere por eso el concepto de «reproducción», en especial porque toda transmisión en la Red implica la realización de una o múltiples copias de la obra, lo que permite que esta llegue desde el servidor que la almacena hasta el receptor que ha solicitado acceder a ella. Sin embargo, dichas «copias» no suelen considerarse como «ejemplares», sino meras reproducciones técnicas necesarias para el acceso a un contenido⁶².

⁶² De la definición del derecho de reproducción (art. 18 TRLPI) como «*fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias*» se extrae que una obra que se encuentre en formato digital es, en sí misma, una copia. En este sentido, dice RAMÍREZ SILVA, que el derecho de reproducción «es indudablemente necesario para divulgar una obra o prestación en Internet ya que, en principio, para permitir el acceso online a la creación será necesario, como paso tecnológico previo, multiplicar la obra o prestación para introducirla en el servidor o equipo correspondiente». RAMÍREZ SILVA, Pablo, «Webs de enlaces y propiedad intelectual», *InDret* (abril 2012), n.º 2, edición digital, p. 8.

Por tradición, frente a la explotación mediante comunicación pública se encuentra aquella que se realiza mediante «la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma»: la distribución (art. 19 TRLPI). Si bien el Texto Refundido no menciona el concepto de «ejemplar» en su regulación del derecho de distribución, al contraponerse a la comunicación pública, que se hace «sin previa distribución de ejemplares» (art. 20 TRLPI), se ha venido haciendo una equiparación entre «ejemplar» y «distribución en soporte tangible»⁶³.

Para las obras que se encuentran en un archivo digital, la definición restringida del concepto «ejemplar» tiene claras consecuencias. La obra digital puede distribuirse por medio de formatos analógicos. Ahí está el ejemplo de los CD, unidades USB o memorias externas que contienen música, obras audiovisuales, programas informáticos e incluso bases de datos. No obstante, en tales supuestos el «ejemplar» es el soporte físico que contiene la obra. En cambio, cuando se trata de obras digitales transmitidas a través de redes informáticas, no existe una clara diferenciación entre soporte y obra. Más difícil es su separación en el entorno digital, donde es difícil considerar que algunas transmisiones de obras en soportes digitales puedan ser una «distribución», por ejemplo, cuando se envía o descarga un archivo y se obtiene una copia particular de la obra. De ahí que, en general, se afirme que en tales casos se está siempre ante una comunicación pública que se realiza sin ejemplares.

En concreto, uno de los ámbitos donde más se ha incidido en la imposibilidad de considerar ciertas transmisiones digitales como distribución es en el ámbito de la llamada doctrina del agotamiento del derecho de distribución del artículo 19.2 TRLPI. Someramente, según este principio consagrado por la legislación y jurisprudencias europea y española, con la primera venta de un ejemplar de una obra termina el derecho del autor a percibir una retribución a cambio⁶⁴. Posteriores disposiciones onerosas de tales reproducciones no generan nuevos ingresos para el autor ni requieren de su aprobación⁶⁵.

⁶³ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, *Derecho Privado de Internet*, Civitas, Madrid, 2002, pp.263-265 y GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *op. cit.*, pp. 246-247.

⁶⁴ En concreto, el artículo 19.2 TRLPI indica lo siguiente: «cuando la distribución se efectúe mediante venta u otro título de transmisión de la propiedad, en el ámbito de la Unión Europea, por el propio titular del derecho o con su consentimiento, este derecho se agotará con la primera, si bien sólo para las ventas y transmisiones de propiedad sucesivas que se realicen en dicho ámbito territorial». Sobre el derecho de agotamiento, cfr. BERCOVITZ, Germán, *op. cit.*, p. 284.

⁶⁵ El régimen de participación es una excepción al principio del agotamiento, basado en una cuestión de equidad: como señala DÍEZ SOTO, «trata de compensar en alguna medida la situación de desventaja en la que se encuentran los creadores de obras plásticas o gráficas originales –cuyos derechos de explotación

Tal y como su denominación indica, el agotamiento del derecho de distribución está pensado para la «distribución» de obras, es decir, aquella que se realiza mediante la comercialización de ejemplares. Sin embargo, en su momento se pretendió aplicar esta doctrina también a las obras «comunicadas al público». La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya en su sentencia de 18 de marzo de 1980, asunto C-62/79, el llamado caso Coditel I, daba a entender que el derecho de comunicación pública no se agotaba, debido al carácter efímero de la comunicación y la ausencia de un soporte material duradero. En la actualidad, tal idea se materializa en lo dispuesto en el artículo 3.3 de la Directiva 2001/29/CE de Derechos de Autor en la Sociedad de la Información, que señala que «ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público con arreglo al presente artículo podrá dar lugar al agotamiento de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2 [derechos de comunicación pública de autores, artistas y productores]».

A pesar de la contundencia de la legislación, las dudas sobre la aplicación del agotamiento siguieron existiendo respecto a aquellos bienes digitales que, si bien transmitidos en línea, tenían una naturaleza no efímera, como es el caso de las copias duraderas de programas de ordenador. En la sentencia del caso *UsedSoft c. Oracle*, de 3 julio de 2012 (asunto C-128/11), con relación a la posibilidad de «revender» licencias de uso sobrantes de programas descargados de una página web, el tribunal afirmó que es «venta» el «contrato mediante el que una persona transfiere a otra, a cambio de pago de un precio, los derechos de propiedad de un bien corporal o incorporeal que le pertenece». En el asunto tratado, la copia transmitida por Oracle se obtenía mediante un contrato de licencia de uso de duración ilimitada y ello fue interpretado por el tribunal como que la propiedad de la copia del programa había sido transmitida a los clientes⁶⁶. Por tanto, el agotamiento del derecho de distribución afecta en el contexto apuntado tanto a copias materiales como inmateriales de una obra (fundamento 59).

vinculados a la distribución y a la comunicación o exposición pública se agotan o se ven muy limitados desde el momento en que se enajena el soporte— frente a los autores de otros tipos de creaciones susceptibles de ser objeto de una explotación continuada mediante el ejercicio de las facultades de reproducción y distribución». DÍEZ SOTO, Carlos Manuel, *op. cit.*, p.211.

⁶⁶ En concreto, señala la sentencia de 3 de julio de 2012 que «dado que el adquirente que descarga una copia del programa de ordenador controvertido mediante un soporte material, como puede ser un CD-ROM o un DVD, y que celebra el correspondiente contrato de licencia de uso, obtiene el derecho de utilizar dicha copia por una duración ilimitada a cambio del pago de un precio, debe considerarse que estas dos operaciones implican igualmente, en el caso de la puesta a disposición de una copia del programa de ordenador controvertido mediante un soporte material, como puede ser un CD rom o un DVD. De transferencia del derecho de propiedad de tal copia» (fundamento 47). Realiza un análisis extenso sobre el caso *UsedSoft* MINERO ALEJANDRE, Gemma, «Reventa de *Software* de segunda mano: Estado de la cuestión en la Unión Europea tras la sentencia "*UsedSoft c. Oracle International*"», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid* (2012), núm. 26, pp. 161-182.

Tal interpretación, sin embargo, solo se refiere al ámbito de los programas de ordenador porque se aplican las normas especiales para este tipo de obras —en concreto, la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador—, como más tarde señaló el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia del Caso Tom Kabinet, de 19 de diciembre de 2019 (asunto C-263/18)⁶⁷. Para el resto de las creaciones, en cambio, se sigue la regla general, según la cual es diferente la entrega de una obra —en el asunto tratado, una obra literaria— a través de un soporte tangible o de un soporte intangible. En el primer caso, se trataría de una venta, sometida al agotamiento del derecho de distribución, mientras que en el segundo caso se trata de una comunicación pública de una obra que da como resultado que el usuario que accede a ella la pueda usar a través de una copia⁶⁸.

Sin entrar a valorar la pertinencia de dos pronunciamientos tan diversos sobre objetos similares —obras digitales en soportes intangibles— no se puede obviar lo que se afirma, a la luz de lo expuesto en la sentencia del caso Tom Kabinet: que la descarga de una obra digital desde un sitio de Internet es una comunicación pública. La salvedad estaría en los casos en los que la obra fuera un programa de ordenador, puesto que entonces sí se considera que la adquisición de la copia del programa es una distribución. Tal interpretación, aplicada a la regulación española, llevaría a determinar que las obras en formato digital transmitidas a través de Internet siempre son «comunicadas públicamente» y, por tanto, que no se puedan considerar nunca ejemplares, puesto que, como se ha visto, el artículo 20 TRLPI lo excluye.

Aún a pesar de lo expuesto, debería poder interpretarse que, en ciertos casos, el archivo digital de una obra se pueda considerar un «ejemplar» a efectos de aplicar determinadas normas a obras en archivos informáticos singularizados. Si, por ejemplo, se toma el concepto que maneja la Real Academia Española de «ejemplar», es un «escrito, impreso, dibujo, grabado, reproducción, etc., sacado de un mismo original o modelo», prescindiendo, por tanto, de la referencia a un «ejemplar físico» y abarcando

⁶⁷ Sobre el caso *Tom Kabinet*, Cfr. ARAGÓN POZO, Fernando, «El principio de agotamiento del derecho de distribución en bienes sin soporte material tras la sentencia Tom Kabinet», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 55, pp. 285-218; ORTIZ DEL VALLE, María del Carmen, «Setting the limits of the concept of “communication to the public” by the European Court of Justice due to copyright infringement in information society», *Revista Lex Mercatoria*, vol. 16 (2020), pp. 86-95.

⁶⁸ El pronunciamiento del caso Tom Kabinet fue más tarde ratificado en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de septiembre de 2021, asunto C-410/1 (caso *The Software Incubator*).

cualquier copia extraída de la matriz inicial de la obra⁶⁹. No obstante, para que se pudiera considerar ejemplar una obra digital es necesario no solo que sea una reproducción, sino que esa reproducción se pueda encontrar en un soporte duradero y, sobre todo, que sea singular. Podría ser, por ejemplo, una copia identificada e identificable, diferente de cualesquiera otras, que no esté solo puesta a disposición en un entorno digital, sino que pertenezca a un determinado sujeto que, a su vez, lo pueda transmitir como si fuera su propietario. Esto es, una obra acuñada como NFT.

Si se admitiera una cierta ampliación del concepto de «ejemplar», podría llegarse a considerar que la copia de una obra de arte plástica digital vendida a través de un NFT es un «ejemplar» cuya reventa daría origen al derecho de participación del artículo 24 TRLPI.

Pero, aunque se pudiera llegar a una interpretación donde el formato del «ejemplar» no sea relevante, en el ámbito concreto del derecho de participación hay un escollo adicional. Y es que se ha utilizado para apoyar la interpretación de la obra de arte a efectos del artículo 24 TRLPI como obra «física» lo dispuesto en la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (DDP). En concreto, en su considerando 2, que en su redacción en español afirma que «el objeto del derecho de participación es la obra material, a saber, el soporte al que se ha incorporado la obra protegida». En su versión en inglés, obra material es «physical work», trabajo físico. Esto ha llevado a considerar que el derecho de participación solo se puede aplicar a obras en soporte tangible⁷⁰.

La literalidad de la norma es tal que, aplicada a la legislación española, excluiría cualquier derecho de participación que pudiera aplicarse a obras digitales, incluso a las certificadas con NFT. Sin embargo, como se ha explicado a lo largo del presente apartado, el derecho de participación tiene su origen histórico en un momento donde no existía Internet. Es más, aunque la Directiva de derecho de participación sea del año 2001, en aquel momento no había una tecnología como la que respalda los NFT que permitiera la singularización de las obras creadas y transmitidas a través de medios digitales. No se debe olvidar que la finalidad de la norma es «garantizar a los autores de obras de arte gráficas y plásticas una participación económica en el éxito de sus obras;

⁶⁹ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, basándose en la noción de DURRANDE, también maneja un concepto amplio de los ejemplares, considerando como tales aquello donde «en ellos se reproduzcan íntegramente todos los componentes de la obra original». PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, *Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 74-75.

⁷⁰ Cfr. GARBERS-VON BOEHM, *et al.*, *op. cit.* pp. 39-40.

este derecho tiende a restablecer un equilibrio entre la situación económica de los autores de obras de arte gráficas y plásticas y la de otros creadores que se benefician de la explotación sucesiva de sus obras» (considerando 3 DDP). En general, la copia digital de una obra no es capaz de alcanzar un gran valor. Sin embargo, las copias digitales acuñadas en NFT, sí. Aun, aunque la «burbuja» de los NFT haya pasado, la certificación de ciertas reproducciones de obras plásticas digitales como las «auténticas» sigue teniendo interés para los consumidores de contenidos, a veces el suficiente como para que estén dispuestos a pagar por ellos. Si la suma es lo suficientemente considerable, habida cuenta que quizá otras vías para explotar esa misma obra pueden no ser tan lucrativas, puede defenderse el derecho del artista a recibir algún tipo de participación en las ganancias obtenidas en la reventa de esas «copias certificadas».

Así pues, es posible plantearse que el resultado de la transmisión del archivo certificado concreto que contiene una obra por medios digitales pueda tener la consideración de «envío de un ejemplar», aunque su obtención se produzca a través de una comunicación pública, en concreto, de una puesta a disposición. En tal supuesto, podría llegar a admitirse que, en ciertos contextos, una «obra digital» se distribuye por medio de «ejemplares» en el sentido del artículo 24 TRLPI, sobre todo cuando se vende de manera individualizada o en un número limitado, como sucede a través de su acuñación.

5.1.3. Derecho de participación y reventa de NFT

Como se ha indicado en apartados anteriores, el *droit de suite* nace con el fin de garantizar unos ingresos a los autores cuando hayan vendido los ejemplares — pensando en ejemplares únicos o de tiradas cortas— de su obra y estos son objeto de reventas posteriores. Es decir, se establece un remedio para que el autor pueda obtener un rendimiento adicional cuando no es posible su generación a través de la vía de la reproducción de nuevos ejemplares, por realizar creaciones de las que no se pueden hacer un gran número de copias. Cuando la obra es fácilmente reproducible, en cambio, se tiende a considerar que no es aplicable el derecho de participación, por tener el autor otras vías para obtener los dichos rendimientos. En el marco de estas «obras fácilmente reproducibles» se encuentran aquellas en soporte digital, formato que permite la obtención de copias idénticas al archivo original en el número que se desee. Para paliar la caída de valor provocada por la facilidad en su multiplicación, los artistas han comenzado a confiar en la acuñación de las obras de arte plásticas como NFT. El NFT singulariza y hace que una o una serie de copias de una obra tengan un carácter exclusivo, a través de su certificación usando tecnología *blockchain*. En

definitiva, el NFT da un valor especial a ciertas reproducciones de una creación, a determinados «ejemplares», si se utiliza la terminología del artículo 24 TRLPI. Dicha singularidad, si se superara las restricciones interpretativas a que obliga la Directiva sobre el derecho de participación y que actualmente impiden aplicar a obras sin soporte físico el artículo 24 TRLPI, como se ha indicado al final del apartado anterior, podría justificar que a las creaciones plásticas acuñadas se les aplicara el derecho de participación.

Además, tampoco se puede hacer caso omiso a la realidad: hay copias de obras comercializadas a través de NFT que se están revendiendo por cantidades superiores a las de su venta original y ello debería reportar algún beneficio para sus autores. Y es que en los últimos tiempos el hecho de que una obra digital se haya tokenizado hace que, para el público, sí que adquiriera ese carácter de «obra única» que tienen las obras plásticas analógicas y un valor de mercado relevante.

Pero no es posible obviar que, por mucho que una obra digital se pretenda «singularizar» a través de su tokenización, siempre será posible para el autor hacer nuevos NFT de su obra, necesitando solo una copia idéntica a la acuñada que reproducir de nuevo. Por mucho que se comprometa a no hacer nuevos ejemplares y que pueda ser responsable si los realiza, la posibilidad existe. Y no solo reproducciones similares, sino copias idénticas al original que inevitablemente van a restar valor a aquellas previamente acuñadas.

Como se ha visto, el Texto Refundido no impide expresamente que se pueda disfrutar de una participación en la reventa de obras que son reproducibles, si bien es cierto que, en cuanto hay una distribución de dichas copias a cierta escala comercial, se debería excluir esta posibilidad. En el eventual caso de las obras acuñadas, el hecho determinante de la aplicación del régimen de participación podría no ser que se trate de una obra en soporte único, sino que el soporte en cuestión sea especial hasta el punto de responder al espíritu de la norma recogida en el artículo 24 TRLPI⁷¹. Por ejemplo, porque ese ejemplar concreto tiene un valor que no tiene ninguna de las demás reproducciones que se puedan realizar, por muy idénticas que sean.

⁷¹ Por ejemplo: el autor de un libro no tendría por qué percibir un precio de la reventa de un ejemplar firmado que haya adquirido un elevado precio en el mercado, porque el ejemplar en concreto no es «obra de arte». En cambio, si se trata de un ejemplar que ha sido ilustrado a mano por el autor en los márgenes sí se podría plantear que en el ejemplar hay un elemento que hace especial ese frente a otros y que, además, le aporta el carácter creativo extra necesario para considerarlo una «obra de arte».

Sobre si es suficiente que un «ejemplar» de la obra haya sido tokenizado para considerar justificado que por la reventa de esa copia concreta pueda el autor percibir una parte del precio, podría hacerse recaer la respuesta afirmativa o negativa en el grado de distribución de copias de la obra tokenizada. Si solo una o un número reducido de copias de la obra están acuñadas, sin que existan otras reproducciones legales que se puedan adquirir fuera del ámbito de los NFT, podría llegar a justificarse la aplicación del derecho de participación si llegara a abrirse dicha posibilidad a obras que no están en formato físico. En el supuesto apuntado, aunque la naturaleza de la obra plástica digital permita su reproducción, con su venta a través de NFT se intenta impedir o limitar su número, creando ejemplares «numerados, firmados o debidamente autorizados por el autor» (art. 24.1 TRLPI). En cambio, cuando sea posible encontrar de modo legal copias de la obra, tanto tokenizadas como sin tokenizar, siendo las primeras simplemente una «edición especial», se debería excluir el régimen de participación.

De cualquier modo, ante una ausencia de régimen legal aplicable a la cuestión de la participación en las ganancias por la reventa de NFT, la solución ha venido por medio de la propia tecnología que sostiene el sistema. La tokenización de la obra implica la transmisión del NFT en el marco de la plataforma que lo alberga, plataforma que articula sus transacciones a través de *smart contracts* donde no es inhabitual que se incluyan acuerdos de participación⁷². Esto es, que, por contrato, cada vez que un NFT se venda, quien lo creó perciba una parte de las ganancias de esa nueva venta, bien automáticamente, bien en ciertos intervalos temporales⁷³. Incluso se está trabajando

⁷² Sobre estas regalías NFT, GILBERT y HERNÁNDEZ explican lo siguiente: «son pagos criptográficos diseñados para ofrecer a los creadores un recorte de las ventas secundarias de sus coleccionables digitales. El porcentaje de venta designado para las regalías es fijado por el creador en el momento de la acuñación - típicamente alrededor del 6%. Las plataformas de contratos inteligentes en las que se acuñan NFT son, en la mayoría de los casos, responsables de automatizar los pagos» (traducción propia). GILBERT, John y HERNANDEZ, Ornella, «How NFT Royalties Work – and Sometimes Don’t», *Blockworks* (noviembre de 2022). Disponible en at: <https://blockworks.co/news/nft-royalties-sometimes-they-work-sometimes-they-dont> . Véase también PINTO-GUTIÉRREZ, Christian; GAITÁN, Sandra; JARAMILLO, Diego; VELASQUEZ, Simón, «The NFT hype: what draws attention to non-fungible tokens», *Mathematics* 10 (2022), n.º 3, 335, edición digital, p. 1 y CHOHAN R. Y PASCHEN J., «What marketers need to know about non-fungible tokens (NFTs)», *Business Horizons* (2021), edición digital, p. 4; FERRILL, Elizabeth, SHAH, Soniya y YOUNG, Michael, «Demystifying NFTs and Intellectual Property: What You Need to Know», *Reuters* (mayo de 2022). Disponible <https://www.reuters.com/legal/legalindustry/demystifying-nfts-intellectual-property-what-you-need-know-2022-05-10/> [Fecha de última consulta: 14 de diciembre de 2023].

⁷³ «Algunos *marketplaces* acreditan las regalías inmediatamente después de la recompra de NFT, lo que permite al creador disfrutar de las regalías instantáneamente, mientras que otros prevén un abono a intervalos de tiempo prefijados por la plataforma. En este segundo caso, se abonará un importe igual a la suma de todos los importes devengados en concepto de canon durante el periodo temporal especificado. Todos los pagos de regalías se realizan en la criptomoneda (o token fungible) utilizada por primera vez». GARAVAGLIA, Roberto, *op. cit.*, pp. 148-149.

en un estándar de creación de NFT en *Ethereum* que permita cobrar los *royalties* derivados de esa «participación» aun cuando haya un cambio en la plataforma de comercialización⁷⁴.

El sistema de pago de «regalías» por la reventa establecida en estas plataformas, sin embargo, adolece de algunos problemas. Por apuntar alguno de ellos, el principal sería que la regalía se paga a quien acuñó el token, sin tener en cuenta si fue el autor de la obra que representa o un tercero. En el segundo caso, existe la posibilidad de que el autor de la obra pueda no recibir nada si la tokenización se realizó sin su conocimiento o consentimiento. Tampoco se puede olvidar que no todos los *smart contracts* incluyen este tipo de cláusulas y que puede haber autores que desconozcan incluso la posibilidad de establecer estas «obligaciones de regalías» en sus NFT.

Además, la solución técnica puede generar conflicto si, en el caso de que eventualmente se extendiera el régimen del artículo 24 TRLPI a obras en soporte intangible, se puede considerar el rendimiento establecido en los *smart contracts* como cobrado a cuenta del derecho de participación.

Y es que, como se ha mencionado, en la actualidad el cobro y posterior reparto de las cantidades derivadas de este derecho se realiza por medio de las entidades de gestión de derechos de autor, que pueden exigírselo a los «profesionales del mercado del arte» que intervengan en las transacciones. Por tanto, podría llegar a entenderse —de admitir que las obras digitales vendidas a través de un NFT son «ejemplares de obras de arte originales» a las que aplicar el régimen de participación— que no se ha pagado la cuota correspondiente a la entidad de gestión y generar un problema en las plataformas encargadas de la venta de estas obras. Se trata esta de una cuestión puramente teórica que debería ser solucionada si en algún momento se replantea la interpretación que actualmente se debe dar sobre la cualidad material de los soportes de los ejemplares sujetos a derecho de participación.

⁷⁴ No obstante, aunque no es infrecuente el establecimiento de «cláusulas» de regalías en los *smart contracts*, también lo es que en función de cómo y dónde se hayan acuñado los NFT puede ser difícil para los *marketplaces* determinar cuál es el porcentaje del precio que debe destinarse a las regalías o, en función de cuando se hayan acuñado, quizás ni siquiera contemplan dicha posibilidad. Para superar las dificultades señaladas, la empresa Manifold, colaborando con las principales plataformas de acuñación de NFT, ha creado el *Royalty Registry*, un registro privado de configuración de royalties que permite, por una parte, añadir fácilmente «cláusulas» de royalties a *smart contracts* de NFTs y, por otra, facilitar a los *marketplaces* la búsqueda de la información sobre royalties a través de su *Royalty Engine*. Se puede encontrar más información en: <https://royaltyregistry.xyz/> [Fecha de última consulta: 14 de diciembre de 2023].

5.2. El derecho de acceso del autor al ejemplar único o raro

Debido a la importancia del componente físico de algunos tipos de obras que se encuentran en soportes que no pueden ser replicados —o solo pueden serlo en un número limitado de copias—, un derecho que aparece fuertemente vinculado a este tipo de creaciones es el de acceso al ejemplar único o raro. El último de los derechos morales incluidos en el artículo 14 TRLPI permite al autor solicitar a quien tenga el soporte de una de sus obras o una de sus últimas copias que se le permita acceder a ellas, si fuera necesario y con el fin de ejercitar sus derechos de autor⁷⁵. El requisito básico para poder ejercitar este derecho es que un ejemplar de la obra se encuentre en poder de un tercero y que dicho ejemplar sea el único o de los pocos que la contienen. Si bien es cierto que se emplea sobre todo en el campo de las obras plásticas, nada impide que se pueda aplicar a cualquier categoría de creación susceptible de tener un soporte único o del que no se hayan producido o no queden gran número de ejemplares⁷⁶.

La pretensión del autor que ejercita este derecho es acceder a la obra, no recuperarla. Por tanto, se le debe permitir realizar reproducciones o cualesquiera operaciones con el objeto de que pueda ejercitar los derechos que considere pertinentes⁷⁷. No deja de ser un derecho instrumental, que permite el ejercicio de otros; aunque el Texto Refundido menciona expresamente el de divulgación de la obra (art. 14.1 TRLPI), abarca cualquier otro derecho patrimonial o personal. Respecto a los derechos patrimoniales, el autor podría explotar la obra mediante reproducciones (art. 18 TRLPI) o su comunicación pública (art. 20 TRLPI), incluso a través de medios digitales. En cuanto a los derechos morales, podría debatirse el uso de este derecho para modificar la obra (art. 14.5 TRLPI), en tanto podría afectar de forma desmedida al derecho del poseedor del soporte y supondría la alteración de una propiedad ajena. Otros como el derecho a la integridad (art. 14.4 TRLPI) o el de autoría (art. 14.3 TRLPI) también

⁷⁵ Como bien señala GONZÁLEZ LÓPEZ, el derecho moral de acceso es un claro ejemplo en el que se diferencia el régimen del *corpus mechanicum* y del *corpus mysticum* de la obra, donde el segundo establece una limitación para el disfrute del primero. GONZÁLEZ LÓPEZ, Marisela, *op. cit.*, p. 221. en el mismo sentido MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, «Comentario al artículo 14», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 242.

⁷⁶ Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Civitas, Madrid, 1991, p. 117; GONZÁLEZ LÓPEZ, Marisela, *op. cit.*, p. 223; VICENT LÓPEZ, Cristina, *op. cit.*, pp. 95-98. Si se sigue el criterio usado por la Ley de Patrimonio Histórico Español para proteger textos escritos, serían raros aquellos de los que queden tres o menos ejemplares en fondos públicos (art. 50 LPH).

⁷⁷ Señala ESPÍN CÁNOVAS que la finalidad de la norma del artículo 14.7 TRLPI es permitir obtener reproducciones, fotografías o dibujos para poder explotar la obra cuando no se hubiera cedido a tercero. ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *op. cit.*, p. 118.

podrían utilizarse a través del derecho de acceso, por ejemplo, si se sospecha que se ha alterado indebidamente la obra o su ubicación o si quien tiene el soporte se está haciendo pasar por su autor.

Al regular el derecho de acceso, el Texto Refundido se refiere a «cuando se halle [la obra] en poder de otro». Se presupone, por tanto, que el soporte en que se encuentra la obra está bajo la posesión de una persona diferente del autor. La acción destinada al ejercicio de tal derecho se dirigirá frente al poseedor; esto es, quien ostente la *tenencia material* de la cosa, y que puede ser diferente del propietario. Será este poseedor el que recibirá, en su caso, las indemnizaciones pertinentes y aquel cuyo interés habrá de ser tenido en cuenta para acceder a la obra.

La Ley impone unas condiciones para el ejercicio del derecho de acceso, habida cuenta de las molestias que puede ocasionar a quien tenga la obra en su poder: no desplazamiento del soporte, minimización de los perjuicios e indemnización.

En primer lugar, el autor no puede requerir que la obra se desplace de su ubicación actual, siendo él quien ha de presentarse en el lugar donde esté la obra. La salvedad se produciría cuando hubiera un acuerdo —anterior o posterior al ejercicio del acceso— con el poseedor del soporte para que la obra sea trasladada a otra ubicación para, por ejemplo, su exhibición⁷⁸. En segundo lugar, todo el proceso debe llevarse a cabo causando la menor incomodidad al poseedor de la obra, que tiene por tanto capacidad de decisión sobre la forma y el lugar del acceso. Y, finalmente, por todos los perjuicios que el acceso pueda ocasionarle, el autor debe indemnizar al tenedor en la cuantía que se determine⁷⁹. De cualquier modo, su cuantificación deberá tener en cuenta si el poseedor, además de mera tenencia de la obra, es cesionario de otros derechos de explotación, ya que, en este segundo caso, además del daño efectivamente causado habría que indemnizar también el lucro cesante⁸⁰.

Un ámbito donde se ha cuestionado la posibilidad de emplear este derecho moral es el de los «programas de ordenador». En tanto que obras digitales y potencialmente de fácil reproducción, se pone en tela de juicio que realmente exista una necesidad de

⁷⁸ Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *op. cit.*, p. 118; GONZÁLEZ LÓPEZ, Marisela, *op. cit.*, pp. 225-226; MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, *op. cit.*, p. 243; VICENT LÓPEZ, Cristina, *op. cit.*, p. 99.

⁷⁹ Para MARTÍNEZ ESPÍN, al tratarse de una «expropiación privada», los criterios para determinar la cuantía serán los de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y su Reglamento; en concreto los que determinan la indemnización por ocupación temporal y otros daños. Cfr. MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, *op. cit.*, p. 244.

⁸⁰ Cfr. GONZÁLEZ LÓPEZ, Marisela, *op. cit.*, p. 226; MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, *op. cit.*, p. 243.

acceder al «ejemplar único o raro» porque su propia naturaleza dificulta que pueda serlo. MARTÍNEZ ESPÍN considera por ello que no se les podría aplicar, pero sí que cabe ejecutar el derecho de acceso respecto de las instrucciones para usarlos o fabricarlos⁸¹.

No obstante, sí que existiría algún supuesto donde una obra digital, incluido un programa de ordenador, fuera un ejemplar único; por ejemplo, si el elemento de *hardware* que lo almacena está en poder de un tercero y no existe ninguna otra copia. Se aplicaría aquí lo tratado en el apartado sobre el derecho de participación en torno al concepto legal de «ejemplar» y la posibilidad de que este no se encuentre en soporte material, sino que admita referirse también a determinadas reproducciones singularizadas de una obra. Así, cuando el número de «ejemplares digitales» de una obra fuera escaso se podría justificar una interpretación de este precepto para que se permita el acceso en los términos del artículo 14.7 TRLPI. En concreto, el acceso respecto de obras digitales puede hacerse de maneras diversas y no siempre implicará contacto directo con el ejemplar que tiene un determinado poseedor, sino a una copia de este, reproducción autorizada por la necesidad de ejercitar los derechos legalmente reconocidos al autor. Menos habitual será que el autor tenga acceso al elemento físico donde se almacena el archivo digital de la obra, aunque quizás sí pueda plantearse en aquellos supuestos donde esta está protegida por medidas tecnológicas que impiden su reproducción.

De cualquier modo, es evidente que la utilización que tiene el derecho ahora analizado en cuanto a obras digitales o digitalizadas que se encuentren puestas a disposición en la Red es mínima⁸².

Vista la regulación general y algunos apuntes doctrinales respecto al derecho de acceso, la cuestión entonces sería si es posible ejercitarlo en caso de que la obra se haya transmitido a través de un NFT. Para ello se debe determinar si la obra tokenizada y posteriormente vendida cumple el requisito de ser ejemplar único o raro.

Cuando el NFT represente una creación en soporte físico y, por tanto, este se haya entregado en cumplimiento del acuerdo pertinente, no habría ninguna duda. En tal

⁸¹ Cfr. MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, *op. cit.*, p. 243.

⁸² Podría ponerse como ejemplo que, por las razones que sean, se ha eliminado del todo una fotografía que en su momento se había colgado en alguna plataforma que conserve copias de todos los contenidos que se hayan exhibido en ella —por ejemplo, por constar aún en su copia de seguridad que no se ha actualizado, como en el caso de Facebook o *Archive of our own*—. En tal caso podría plantearse el solicitarle una copia de esa supuesta última reproducción de la obra.

caso, el NFT es un mero instrumento para la certificación de la obra y para facilitar su comercialización. Por tanto, se aplica el artículo 14.7 TRLPI de manera plena.

En cambio, cuando lo transmitido sea la copia «certificada» de una obra digital, existirán las mismas reticencias que las manifestadas en torno a programas de ordenador y las demás obras digitales. En tanto que obras digitales, la facilidad de multiplicar los archivos hace difícil que se considere que una concreta reproducción se trate de un «ejemplar único o raro», porque el autor tuvo oportunidad técnica de conservar una copia exactamente igual a la que pudiera haber transmitido. Sin embargo, podría darse la circunstancia de que el autor se hubiera deshecho o perdido el «ejemplar original», impidiéndole obtener una reproducción que le permita ejercitar sus derechos. En tal caso, probando que la copia acuñada es la única que queda, que se han perdido las demás reproducciones y existe forma de recuperarlas de un modo que no perjudique al propietario o propietarios de las restantes, podrá el autor ejercitar este derecho frente al tenedor actual de la obra vendida a través de NFT.

5.3. *El derecho a exponer la obra de arte adquirida*

En cuanto a los intereses de los adquirentes del mero soporte de una obra de arte plástica, el artículo 56.2 TRLPI tiene una norma particular respecto a los derechos transmitidos a los adquirentes. La regla general que ya se ha apuntado es que la transmisión del soporte no implica la transmisión de los derechos sobre la obra, a menos que así se indique (art. 56.1 TRLPI). Esto es así para proteger los intereses del autor, que en caso contrario vería como cualquiera que comprara un ejemplar de su obra —copia física o digital— tendría la posibilidad de realizar nuevas reproducciones, venderlas, emitirlas o transformarlas libremente. En cambio, lo que ocurre cuando se adquiere un ejemplar es que se recibe solo el derecho de propiedad sobre el *corpus mechanicum*, dejando de lado cualquier facultad sobre el *corpus mysticum*⁸³.

No obstante, cuando se trata de obras de arte plástica o fotográfica, la situación es particular. No se trata de ejemplares genéricos, copias realizadas de manera automática, sino de obras que pueden ser únicas o parte de una serie limitada. El adquirente no solo compra un soporte, sino el valor añadido de una obra que, en muchos casos, para ser disfrutada requiere ser «vista», pudiendo considerarse este su «uso natural»⁸⁴. Pero la exposición de una obra de arte plástica puede llegar a implicar

⁸³ Cfr. VV.AA., *op. cit.*, p. 62; VICENT LÓPEZ, Cristina, *op. cit.*, pp. 105-107.

⁸⁴ Terminología empleada por BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán, *Obra plástica y derechos patrimoniales de autor*, Madrid, 1997, p. 323.

una comunicación pública, cuando aquella no se haga en entornos privados (cfr. art. 20.2.h)⁸⁵. Es decir, ciertos modos de usar la obra implican su exposición, un acto de explotación que, aun siendo no lucrativo, estaría vetado en principio por la intransmisibilidad de derechos patrimoniales dispuesta en el artículo 56.1 TRLPI.

Al ser parte del destino de este tipo de obras que se muestren y ante la posibilidad de que ello lleve a una recepción por parte de un público más o menos amplio, el artículo 56.2 TRLPI establece una excepción a la regla general en relación con los derechos transmitidos al adquirente de una obra de arte. El referido precepto determina que «el propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica tendrá el derecho de exposición pública de la obra, aunque ésta no haya sido divulgada, salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original. En todo caso, el autor podrá oponerse al ejercicio de este derecho, mediante la aplicación, en su caso, de las medidas cautelares previstas en esta Ley, cuando la exposición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional»⁸⁶. Es decir, lo que establece este precepto es que el adquirente del soporte de una obra plástica o fotográfica recibirá, junto con el *corpus mechanicum*, el derecho a exponerlo públicamente cuando no se hubiera pactado lo contrario en el contrato de compraventa. Además, cuando la exposición no se lleve a cabo en las condiciones apropiadas, se concede al autor la posibilidad de adoptar medidas

⁸⁵ El Texto Refundido no tiene una definición de lo que se deba considerar como «público» pero sí de lo que no es tal. Así el artículo 20.1 TRLPI, párrafo segundo —precepto dedicado al derecho de comunicación pública— señala que no es pública «aquella comunicación que se celebre en un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo». Como expresa el texto transcrito, el concepto «público» está más relacionado con el carácter del acceso a la obra que con un número concreto de personas, excluyendo, en general, los actos que tengan una connotación doméstica. Según BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, el mencionado «carácter doméstico» de una difusión se puede analizar desde dos perspectivas: la personal y la espaciotemporal (*Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 86-87). Por un lado, desde el punto de vista de las relaciones entre las personas que conforman la pluralidad de individuos que perciben la obra, cuando el «público» está formado exclusivamente por familiares o amigos no se puede considerar que exista una «divulgación» como tal, puesto que el círculo en que se mueve la obra es limitado y, por tanto, privado. Por otro lado, además de los vínculos entre el autor y el «público», la segunda perspectiva valora el lugar y el momento en que se produce el acceso a la obra. En cuanto al espacio, no se puede decir que una divulgación sea pública cuando se produce en un entorno reducido y privado, como puede ser una vivienda o la habitación de una casa. Con menor razón si, además, se realiza para un grupo limitado de personas. Por otra parte, el aspecto temporal se habrá de valorar cuando una difusión es continuada y lleva a que un número elevado de individuos puedan acceder a la obra. Hay que tener en cuenta que la recepción no tiene que ser necesariamente simultánea, admitiéndose que el público lo formen un cúmulo sucesivo de individuos o, incluso, que no estén presentes en el lugar donde se realiza la divulgación.

⁸⁶ Más ampliamente sobre el contenido y la interpretación del artículo 52.2 TRLPI, cfr. ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios completos de propiedad intelectual. Volumen cuarto*, Reus, Madrid, 2013, pp. 88-99.

cautelares, para evitar el menoscabo a sus intereses⁸⁷. El precepto deja en manos del autor excluir la cesión del derecho de exposición en el acto de venta del soporte, exclusión que se extenderá a los sucesivos propietarios de la obra⁸⁸

Si se traslada el referido régimen a aquellos casos en los que una de las copias de la obra se ha transmitido a través de un NFT, sin incluir ningún derecho de explotación sobre ella, es argumentable que se le pueda aplicar automáticamente la regulación antes señalada. Y es que, aunque se trate de una obra plástica, el artículo 56.2 se refiere expresamente al «propietario del original de una obra de artes plásticas». Es decir, utiliza la misma terminología empleada por el artículo 24 TRLPI. De ahí que sea posible aplicar lo dicho previamente respecto a la interpretación del concepto «ejemplar original» en este contexto y su eventual identificación por parte del autor a través de su numeración, firma o la creación bajo su autorización. Como en el contexto del artículo 56 TRLPI no hay ningún obstáculo que impida considerar que una copia digital certificada a través de NFT pueda ser considerada como «ejemplar original», sería posible que su transmisión se viera afectada por la norma que prevé en su apartado segundo la transmisión conjunta del derecho a la exposición de la obra plástica acuñada.

Dicha exposición deberá realizarse de acuerdo con la naturaleza de la obra transmitida. Esto es, si la obra es digital, la exposición podrá realizarse digitalmente, siempre limitando el acceso a ella a modalidades de comunicación pública similares a las de una «exposición» en el sentido tradicional —obra en soporte físico exhibida al público en un local o emplazamiento concreto para su disfrute—, que impidan la obtención de reproducciones permanentes, para garantizar el respeto a los derechos del autor. Por ejemplo, si un NFT representa una imagen diseñada para ser avatar en una plataforma social, ese será el ámbito donde podrá ser expuesta. En cambio, modalidades de exposición que vayan más allá de lo que la configuración de la obra plástica digital permite podrían considerarse nuevas formas de explotación, vetadas por la limitación del artículo 56.2 TRLPI.

En relación con el modo de exposición, cabría preguntarse si es posible alterar el modo de exhibición mediante la obtención de una reproducción analógica de una obra digital

⁸⁷ El hecho de que se pueda controlar la forma en la que se realiza la exposición cuando afecte a los intereses del autor está directamente relacionado con el derecho moral a la integridad regulado en el artículo 14.4 TRLPI.

⁸⁸ Cfr. BERCOVITZ, Germán, *op. cit.*, p. 324.

adquirida mediante NFT. Es decir, si se puede tomar una obra plástica acuñada, imprimirla y «exponerla» por medios analógicos.

Dicho procedimiento supone la obtención de reproducciones que, realizadas en los términos del artículo 31.2 TRLPI, no son lícitas sin autorización específica⁸⁹. Incluso aunque se trataran de copias realizadas al principio con un fin privado, si tal reproducción implica un acto posterior de exhibición, sí estaría conculcando los derechos del autor. Y es que no se debe olvidar un principio básico en este ámbito y consagrado en el artículo 23 TRLPI: los derechos patrimoniales del autor son independientes entre sí. Como consecuencia del apuntado principio, la autorización para la realización de ciertos actos de explotación de la obra —en el caso analizado, autorización legal para exhibir la obra, en virtud del artículo 56.2 TRLPI—, solo permite aquello expresamente previsto y permitido. Cualquier acto de explotación diferente debe ser consentido adicionalmente por el autor o, en su caso, por terceros que puedan tener cedidos los derechos de explotación sobre la creación que se trate.

En el supuesto analizado, la existencia de un cambio en el soporte de la obra implica introducir esta en un ámbito nuevo, distinto de aquel para el que se creó y que supone una forma de exhibición diferente de la prevista. Se debe entender, por tanto, que, a falta de acuerdo ulterior con el autor, la autorización para la exhibición prevista en el artículo 56.2 TRLPI se limita a aquella acorde con la naturaleza de la obra en el momento de su transmisión, impidiendo la realización de cualquier tipo de reproducción ulterior para su comunicación pública por medios diferentes, por mucho que en el marco de las excepciones a los derechos de autor sea lícita la obtención de dichas reproducciones para disfrute privado.

6. CONCLUSIONES

La acuñación de obras artísticas usando NFT ha creado un mercado que, una vez pasado el furor causado por su crecimiento en el año 2021, ha llevado a la aparición de

⁸⁹ Artículo 31.2. TRLPI. «Sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias, constitutivas del límite legal de copia privada:

- a) Que se lleve a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales.
- b) Que la reproducción se realice a partir de una fuente lícita y que no se vulneren las condiciones de acceso a la obra o prestación.
- c) Que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio.»

una serie de plataformas especializadas en la comercialización de creaciones digitales. Sobre todo, de creaciones que entran dentro del marco de las «obras plásticas», del estilo de las que refiere el artículo 10.1 TRLPI. El proceso de «tokenización» aporta a las obras plásticas en formato digital una característica de la que carecían: la exclusividad. A diferencia de las obras plásticas en formatos físicos, donde su valor reside en la posibilidad de adquirir una copia única —a veces, irrepetible— del trabajo de un artista, la facilidad de reproducción de los archivos digitales excluía a las obras digitales de ese valor. Sin embargo, la certificación de una o de un número limitado de copias de una obra a través de su acuñación como NFT permite crear un halo de exclusividad que justifica que determinado archivo de una obra tenga un mayor valor.

Ante tal situación, donde un conjunto creciente de obras se «singulariza» a través de los NFT, surge la duda de si es posible aplicarles la misma regulación que el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual atribuye a las obras de arte en soportes físicos. En concreto, a lo que la norma considera el «ejemplar original» y, en especial, respecto a los derechos de participación (art. 24 TRLPI) y de acceso al ejemplar único o raro (art. 14.7 TRLPI) así como a la posible transmisión automática de la facultad de exposición de una de estas obras (art. 56.2 TRLPI).

En cuanto al concepto de ejemplar, habitualmente se vincula con copias físicas que se publican y distribuyen en un entorno analógico. Frente a ellas, las reproducciones digitales se considera que se comunican públicamente en entornos como Internet u otras redes. No obstante, ante la ausencia de una definición legal, podría interpretarse que determinadas copias en soporte duradero, como son los archivos digitales, pudieran considerarse ejemplares, siempre que sean «singulares». Singularidad que aportaría su acuñación como NFT. La acuñación, además, permitiría considerar una copia como «original», al haber sido certificada como tal por el autor.

Sin embargo, aunque se aceptara que determinada copia de una obra plástica tokenizada sea un «ejemplar original», la aplicación de la regulación del Texto Refundido para tales creaciones sería dispar.

Así, en lo que respecta al derecho de acceso al ejemplar único o raro o a la transmisión del derecho de exposición de la obra, podrían admitirse para este tipo de obras, siempre y cuando se cumplan los requisitos legales. Aunque, para su aplicación, habría que adaptar el modo de «acceso» o los tipos de «exposición» en cada caso.

Más dificultades tendrá la aplicación del derecho de participación a la reventa de obras tokenizadas a través de las plataformas de comercialización de NFT. Porque en este

caso la regulación, específicamente la Directiva sobre derecho de participación de la Unión Europea, solo permite que se aplique este derecho a obras en soporte material. No obstante, el propio mercado de los NFT se ha encargado de evitar que esto sea un problema, incluyendo la posibilidad de que con cada transmisión de estas obras acuñadas una parte del valor de la reventa se atribuya al que creó el token. No se trata de un sistema perfecto, porque adolece de ciertos problemas, como la posibilidad de que quien cobre la regalía sea un tercero sin autorización del autor o de que nunca se haya establecido dicha cláusula. De ahí que pudiera ser recomendable la extensión del derecho de participación a los casos de ventas de obras digitales a través de NFT, con la debida adaptación para que este no entre en conflicto con las cláusulas de los *smart contracts*.

Así pues, se puede concluir señalando que la aplicación a obras plásticas acuñadas como NFT del régimen legal de las obras en ejemplares originales o únicos es desigual en función de la norma que se trate, pero que en general es posible su utilización con las debidas adaptaciones en la regulación y, sobre todo, en su interpretación y aplicación.

BIBLIOGRAFÍA

ALBADALEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho civil I. Introducción y Parte general, vol. II*, Bosch, Barcelona, 1989.

ARAGÓN POZO, Fernando, «El principio de agotamiento del derecho de distribución en bienes sin soporte material tras la sentencia Tom Kabinet», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 55, pp. 285-218.

ARNAU MOYA, Federico, «Los derechos patrimoniales de autor y sus límites», en *Derecho mercantil y tecnología*, coord. por M. J. Blanco Sánchez, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 49-81.

ASCARELLI, Tulio, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Bosch, Barcelona, 1970.

BARON, Richard, «Aspects techniques de la technologie blockchain», en *Blockchain et droit*, Franck Marmoz (Dir.), Dalloz, Paris, 2018, pp. 7-18.

BARRIA NIEVAS, Sebastián, «Introducción al blockchain», *Revista Blockchain e Inteligencia Artificial*, vol. 3 (2022), n.º 4, pp. 1-28.

BARRIO ANDRÉS, Moisés, «Concepto y clases de criptoactivos», en *Criptoactivos. Retos y desafíos normativos*, Moisés Barrio Andrés (Dir.), Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

BAUZÁ REILLY, Marcelo, «Los derechos de autor en Internet», *Revista de la Facultad de Derecho* (2001), n.º 20, pp. 47-60.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán, *Obra plástica y derechos patrimoniales de autor*, Madrid, 1997.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

BERGEL SAINZ DE BARANDA, Yolanda, *La compraventa de obras de arte. Problemas de Derecho privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

BIONDI, Biondo, *Los bienes*, Bosch, Barcelona, 1961.

BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Propiedad intelectual. Su significado en la sociedad de la información*, Trivium, Madrid, 1988.

BRANKOV, Amelia, «Copyright considerations with NFTs», *Trust & Estates* (abril, 2022), pp. 52-52.

CALLEJO, Javier, «Tokens NFT o la manifestación del culto al arte en los mercados financieros», en *Observatorio blockchain* (marzo de 2021). Disponible en: <https://observatorioblockchain.com/nft/tokens-nft-o-la-manifestacion-del-culto-al-arte-en-los-mercados-financieros/>.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo», *Revista Cesco de Derecho* (2014), n.º 11, pp. 79-167.

CARBAJO CASCÓN, Francisco, «Creación, edición y lectura en la sociedad de la información: entre la propiedad intelectual y el acceso a la cultura», *Pliegos de Yuste* (2010), n.º 11-12, pp. 127-134.

CHOHAN R. y PASCHEN J., «What marketers need to know about non-fungible tokens (NFTs)», *Business Horizons* (2021), edición digital, pp. 1-15.

COLOMBET, Claude, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, París, 1997.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, «Los derechos especiales en la Ley de Propiedad Intelectual: el derecho de participación de los artistas en la reventa de sus obras y la remuneración compensatoria por copia privada», *Cuadernos de Derecho Judicial. Propiedad intelectual: aspectos civiles y penales*, AA.VV., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 63-96.

CUESTA VALERA, Salomé; FERNÁNDEZ VALDÉS, Paula; MUÑOZ VIÑAS, Salvador, «NFT y arte digital: nuevas posibilidades para el consumo, la difusión y preservación de obras de arte contemporáneo», en *Artnodes* (2021), n.º 28.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, *Derecho Privado de Internet*, Civitas, Madrid, 2002.

DESBOIS, Henri, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, París, 1966.

DÍEZ SOTO, Carlos Manuel, «Algunas cuestiones a propósito del derecho de participación del autor de una obra de arte original sobre el precio de reventa (*droit de suite*)», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n.º 2, pp. 209-254.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995.

ERDOZAÍN LÓPEZ, José Carlos, *Las retransmisiones por cable y el concepto de público en el Derecho de Autor*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego:

- *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Civitas, Madrid, 1991.

- *Los derechos de autor de obras de arte*, Civitas, Madrid, 1996.

EVANS, Tonya M., «Cryptokitties, Cryptography, and Copyright», *AIPLA Quarterly Journal*, vol. 47, n.º 2, pp. 219-266.

FERRILL, Elizabeth, SHAH, Soniya y YOUNG, Michael, «Demystifying NFTs and Intellectual Property: What You Need to Know», *Reuters* (mayo de 2022). Disponible en: <https://www.reuters.com/legal/legalindustry/demystifying-nfts-intellectual-property-what-you-need-know-2022-05-10/>

FRANCESCHET, Massimo, COLAVIZZA, Giovanni, SMITH, T'ai, FINUCANE, Blake, OSTACHOWSKI, Martin Luka, *Scalet*, Serio, PERKINS, Jonathan, MORGAN, James y HERNÁNDEZ, Sebastián, «Crypto art: a decentralized view», *Leonardo*, Vol. 4 (2021), n.º 54, pp. 402-405. Disponible en: https://doi.org/10.1162/leon_a_02003

GALÁN CORONA, Eduardo, «Comentario al artículo 3», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pp. 37-67.

GARAVAGLIA, Roberto, *Tutto sugli NFT. Crypto art, token, blockchain e loro applicazioni*, Ulrico Hoepli Editore, Milán, 2022.

GARBERS-VON BOEHM, Katharina; HAAG, Helena; GRUBER, Katharina, *Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology with a focus on art NFTs and tokenized art*, Departamento Temático de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales, Unión Europea, 2022.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El derecho de autor en Internet*, Comares, Granada, 2001.

GILBERT, John y HERNANDEZ, Ornella, «How NFT Royalties Work – and Sometimes Don’t», *Blockworks* (noviembre de 2022). Disponible en: <https://blockworks.co/news/nft-royalties-sometimes-they-work-sometimes-they-dont>

GONZÁLEZ LÓPEZ, Marisela, *El derecho moral de autor en la Ley Española de Propiedad Intelectual*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, Manuel, *Entender Blockchain. Una introducción a la tecnología de registro distribuido*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

HERENCIA ANTÓN, Jesús, «Fundamentos tecnológicos de los criptoactivos», *Criptoactivos. Retos y desafíos normativos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 63-77.

JARACH, Giorgio, *Manuale del diritto d’autore*, Mursia, Milano, 1968,

LEGERÉN MOLINA, Antonio, «Retos jurídicos que plantea la tecnología de la cadena de bloques (Aspectos legales de blockchain)», *Revista de Derecho Civil*, vol. 6 (2019), n.º 1, pp. 177-237.

LEÓN ROBAYO, E. I., «La posesión de los bienes inmateriales», *Revista de Derecho Privado*, junio, 2006, pp. 77-116.

LEWIS, Lynne; OWEN, Jane; FRASER, Hamish Y DIGHE, Rohit, «Non-fungible tokens and Copyright Law», *Intellectual Property & Technology Law Journal*, vol. 33 (2021), n.º 8, pp. 18-19.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, Ana Mercedes, «Competencia judicial internacional en controversias relativas a tokens no fungibles (NFT)», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 74/2 (julio-diciembre 2022), Madrid, pp. 299-321.

MADRID PARRA, Agustín, «Del valor anotado al tokenizado», *Revista de Derecho del Sistema Financiero* (2022), núm. 1.

MALLO MONTOTO, David, *La difusión en Internet de contenidos sujetos al derecho de autor*, Reus, Madrid, 2018.

MARTÍNEZ CASTAÑO, Rodrigo, «Blockchain: introducción técnica», en *4ª Revolución industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, Cesar García Novoa y Diana Santiago Iglesias (Dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 295-311.

MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, «Comentario al artículo 14», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, pp. 215-244.

MCANDREW, Claire, *The Art Market 2023*, Art Basel & UBS, Zurich, 2023, p. 33-37. Disponible en: <https://theartmarket.artbasel.com/>

MEDINA AMORES, María y MEDINA, Miguel Ángel, «El arte NFT y su irrupción en el mercado del arte», en *Boletín de Arte-UMA* (2022), n.º 43, pp. 207-220. DOI: <http://dx.doi.org/10.24310/BoLArte.2022.vi43.14377>.

MINERO ALEJANDRE, Gemma, «Reventa de *Software* de segunda mano: Estado de la cuestión en la Unión Europea tras la sentencia “*UsedSoft c. Oracle International*”», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid* (2012), núm. 26, pp. 161-182.

MORO VISCONTI, Roberto, «La valutazione dell’arte digitale», *Il diritto industriale* (2021), n.º 5, pp. 472-486.

NADINI, Mattieu; ALESSANDRETTI, Laura; DI FIACINTO, Flavio; MARTINO, Mauro; AIELLO, Luca Maria; BARONCHELLI, Andrea, «Mapping the NFT revolution: market trends, trade networks and visual features», en *Nature* (2021), n.º 11, edición digital, pp. 1-11.

ORTEGA DOMENECH, Jorge, *Obra plástica y derechos de autor*, Reus, Madrid, 2000.

ORTIZ DEL VALLE, María del Carmen, «Setting the limits of the concept of “communication to the public” by the European Court of Justice due to copyright infringement in information society», *Revista Lex Mercatoria* (2020), vol. 16, pp. 86-95.

PACK, Larissa, «NFTs: a new approach to digital content», *Information Today* (octubre, 2021), pp. 30-32.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, «De la propiedad intelectual», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. V, vol. 4-B, Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart, Edersa, 1985, pp. 715-717.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, *Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación*, Civitas, Madrid, 1993.

PINTO-GUTIÉRREZ, Christian; GAITÁN, Sandra; JARAMILLO, Diego; VELASQUEZ, Simón, «The NFT hype: what draws attention to non-fungible tokens», en *Mathematics 10* (2022), n.º 3, 335, edición digital.

PLAZA PENADÉS, Javier, *El derecho de autor y su protección en el artículo 20, 1, b) de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

RAMÍREZ SILVA, Pablo, «Webs de enlaces y propiedad intelectual», *InDret* (abril 2012), n.º 2, edición digital.

ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios completos de propiedad intelectual. Volumen cuarto*, Reus, Madrid, 2013

RUIPÉREZ DE AZCÁRATE, CLARA, *Las obras del espíritu y su originalidad*, Reus, Madrid, 2012.

SUÁREZ PUGA, Ernesto Alejandro, «Naturaleza y régimen jurídico de las criptomonedas», en *InDret* (2021), n.º 2, p. 383-396.

TAMPIERI, Tiziana, *La vendita di opere d'arte: fra tutela e mercato*, CLUEB, Bolonia, 2006

VEGA GARCÍA, Paula, «La comercialización de obras plásticas digitales tokenizadas», *Revista Aranzadi Derecho y Nuevas Tecnologías* (2023), vol. 63.

VEGA GARCÍA, Paula, «La propiedad sobre copias de programas de ordenador: a propósito del caso *The Software Incubator*», en *Casos y temas de Derecho vivo*, Luis Manuel Piloñeta Alonso (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2024.

VEGA VEGA, José Antonio, *Derecho de Autor*, Tecnos, Madrid, 1990.

VICENT LÓPEZ, Cristina, *Derechos de autor sobre la obra plástica enajenada*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1999.

VV.AA., *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica*, Trama editorial, Madrid, 2005.

VV.AA., *Guía del Convenio de Berna*, OMPI, Ginebra, 1978.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

Bored Ape Yacht Club: <https://boredapeyachtclub.com/#/terms>

CEDRO: <https://www.cedro.org/registro-digital>

Christies: <https://www.christies.com/en/stories/monumental-collage-by-beeple-is-first-purely-digital-artwork-nft-to-come-to-auction-0463a2c0f3174b17997fba8a1fe4c865>.

Cryptokitties: <https://www.cryptokitties.co/Technical-details>

dappGambL: <https://dappgambL.com/nfts/dead-nfts/>

Ethereum Improvement Proposals: <https://eips.ethereum.org/EIPS/eip-721>.

Etherscan: <https://etherscan.io/token/0xe785e82358879f061bc3dcac6f0444462d4b5330#code>

Forbes España: <https://forbes.es/actualidad/153983/por-que-nadie-quiere-comprar-el-nft-del-primer-tuit-de-dorsey-que-se-vendio-por-3-millones-de-dolares/>

Github: <https://github.com/a16z/a16z-contracts>

NBA Top Shot: <https://nbatopshot.com/terms>

Nifty Gateway: <https://www.niftygateway.com/collections/therevolt>

OLEA: <https://cryptolea.org/#oleaSection>

RAE: <https://dle.rae.es/>

Royalty Registry: <https://royaltyregistry.xyz/>

SafeCreative: <https://www.safecreative.org/>

WIPOProof: <https://wipoproof.wipo.int/wdts/>

Fecha de recepción: 13.01.2023

Fecha de aceptación: 21.03.2024