

LAS IMPORTACIONES PARALELAS Y EL AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN EN MATERIA DE DERECHO DE AUTOR

Autor:

Pablo Wegbraйт: abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Actualmente se desempeña en la firma de abogados Kors, Noviks & Asociados (Buenos Aires, Argentina).

Presentación:

El titular de un derecho de autor tiene la facultad de “fragmentar” su derecho: puede, por ejemplo celebrar contratos de edición sobre una obra literaria otorgando la facultad de editar su obra para un determinado país a una editorial y para otro grupo de países a una empresa distinta. Esta situación puede repetirse con todas las categorías de obras y modalidades de explotación. Así quien edita un calendario con imágenes de cuadros de un pintor famoso no tiene el derecho de hacer lo propio con láminas que incorporen los mismos cuadros –a menos que el titular lo autorice en forma expresa e indubitable- y, a su vez, estas facultades pueden estar restringidas temporal y territorialmente.

Introducción.

El titular de un derecho de autor tiene la facultad de “fragmentar” su derecho: puede, por ejemplo celebrar contratos de edición sobre una obra literaria otorgando la facultad de editar su obra para un determinado país a una editorial y para otro grupo de países a una empresa distinta. Esta situación puede repetirse con todas las categorías de obras y modalidades de explotación. Así quien edita un calendario con imágenes de cuadros de un pintor famoso no tiene el derecho de hacer lo propio con láminas que incorporen los mismos cuadros –a

menos que el titular lo autorice en forma expresa e indubitable- y, a su vez, estas facultades pueden estar restringidas temporal y territorialmente.

En otras palabras, dado que el titular de un derecho de autor es el único que puede determinar en qué territorios explotará –o autorizará a terceros a que exploten- su derecho de autor, existe el peligro de que “compartimente” los mercados en los que goza de derechos exclusivos fijando precios excesivos para las obras protegidas (lo cual sería posible si se permitiese a los titulares de derechos controlar indefinidamente la comercialización de sus obras).

El peligro mencionado fue advertido hace más de un siglo en Alemania desarrollándose la doctrina del agotamiento (en ese entonces aplicada a las patentes) en virtud de la cual una vez que el titular de un derecho de patente ha obtenido provecho por la “primera venta” de su producto protegido –por sí o por un tercero autorizado a su comercialización- su derecho se “agota” no pudiendo obstaculizar la futura comercialización del producto. En otras palabras, cuando el producto protegido –en virtud de su puesta lícita en el comercio por el titular del derecho o por un tercero autorizado a su comercialización- ha salido de la órbita del titular, no hay nada que éste pueda hacer para obstaculizar las posteriores ventas de dicho producto protegido (siempre que éstas sean lícitas).

La cuestión del agotamiento se plantea debido a las denominadas “importaciones paralelas”, que tienen lugar cuando una persona física o jurídica –no relacionada con el titular de un derecho de autor- importa ejemplares que incorporan obras protegidas desde un mercado donde dichas obras se comercializan a un precio inferior para su reventa en un mercado de precio superior. Dicho de forma muy simple: donde no existen diferencias de precio superior., no existen importaciones paralelas. Las diferencias de precio mencionadas pueden deberse a diversos factores, como variaciones en el tipo de cambio o existencia de precios subsidiados.

Las importaciones paralelas suponen la existencia de una “red oficial” montada por el titular del derecho de autor para la comercialización de la obra y de los importadores paralelos, que operan al margen de esa red.

Podemos resumir las dos posiciones básicas que existen en torno al agotamiento y las importaciones paralelas de la siguiente forma:

- Por un lado, están quienes opinan que las importaciones paralelas deben ser admitidas. La contracara de esta posición es que el agotamiento del derecho debe ser internacional. De acuerdo con esta postura, si la importaciones paralelas se restringen –es decir, si se considera que el derecho de autor se nos e agota internacionalmente- los titulares de derechos tendrán la posibilidad de controlar la comercialización de sus obras protegidas más allá de la primera venta. En otras palabras, un escenario donde las importaciones paralelas se encuentran prohibidas permite al titular extender su derecho a la distribución de las obras, sin limitarse simplemente a ir contra quienes plagian obras protegidas y/o cometen actos de piratería a gran escala. Según esta postura, lo anterior trae como resultado que los titulares de derechos de autor “compartimenten” los diferentes mercados nacionales cobrando en diferentes países el máximo precio posible por la venta de ejemplares de la misma obra, que muchas veces excede largamente el precio que sería suficiente para obtener una ganancia. Los defensores de esta postura consideran que dichas diferencias de precio sólo se explican en función de un deseo de los titulares de derechos de obtener rentas desmedidas y que los gobiernos deben permitir las importaciones paralelas para que los precios internacionales alcancen un equilibrio –gracias a las importaciones provenientes de mercados de precios inferiores a mercados de precios superiores- beneficiando al mismo tiempo a los consumidores y promoviendo el desarrollo cultural de los pueblos. Al mismo tiempo, se beneficiaría a los países en vías de desarrollo ya que –al ser dichos países donde por lo general se cobran precios más bajos- éstos podrían exportar mayores volúmenes a los países desarrollados de ejemplares que incorporan obras protegidas que en los países desarrollados son cobrados a mucho mayor precio (es decir, un ejemplar de la misma obra es comercializado a un mayor precio en países desarrollados que en países subdesarrollados).

- Por otro lado, están quienes piensan que las importaciones paralelas debe ser prohibidas. La contracara de esta posición es que el agotamiento del derecho debe ser nacional (o en todo caso regional). Según esta visión, es necesario permitir a los titulares de derechos de

autor que establezcan diferencias entre los mercados nacionales dado que las variaciones de precios entre los mercados se deben a sendas diferencias de costos laborales, impuestos y aranceles (por nombrar sólo algunas). Según esta postura, cobrar precios diferentes de acuerdo con el mercado es esencial en muchos casos para recuperar las enormes sumas invertidas en la creación de nuevas obras. Se argumenta que si los titulares de derechos de autor no pueden cobrar precios diferenciados (obteniendo grandes ganancias en países desarrollados y menores en países en vías de desarrollo) ello ocasionaría a la larga un desincentivo para la creación artística, dado que las empresas multinacionales no apostarían a la creación de nuevas obras porque no obtendrían una adecuada recompensa. Al mismo tiempo, los países en vías de desarrollo se verían perjudicados porque las empresas multinacionales dejarían de abastecerlos por temor a que ejemplares de menor precio se “cuelen” hacia los países desarrollados. Los defensores de esta posición consideran además que el agotamiento nacional deriva de la posibilidad de fragmentación territorial del derecho de autor. Es decir, si la forma de explotación del derecho de autor puede dividirse de acuerdo con el territorio, de ello resulta la facultad del titular de impedir que terceros importen sin su autorización ejemplares de obras protegidas provenientes del extranjero.

En general, cuando se produce una importación paralela es porque existe un derecho válido y vigente (no necesariamente registrado conforme el establecido principio de que el derecho de autor nace con la creación) tanto en el país de exportación como en el de importación. De todas formas, ocurre en ocasiones que la importación paralela se produce desde un país donde la protección expiró –o donde no existe protección– hacia un país donde la protección está vigente. Dicho de otro modo: la protección está vigente al menos en el país de importación. En caso contrario, el problema no se plantearía ya que el titular del derecho en el país de importación no tendría fundamento para oponerse a la introducción y comercialización de ejemplares de obras sobre las cuales posee derechos.

El comercio paralelo debe ser distinguido de supuestos como el tráfico y venta de obras pirateadas, que los titulares de derechos pueden combatir ya sea que se admitan o no las importaciones paralelas.

Clases de agotamiento.

Existen tres clases de agotamiento: nacional, regional e internacional.

En virtud del agotamiento nacional, una vez que se han puesto en circulación ejemplares que incorporan la obra protegida dentro del territorio de un Estado, por el titular o con su consentimiento, el derecho ha quedado agotado. El titular no puede poner trabas a la comercialización dentro de ese estado aunque sí puede hacerlo en aquellos casos en que la primera puesta lícita en el comercio ha sido efectuada fuera del territorio de ese Estado.

Conforme el agotamiento regional, una vez que se han puesto en circulación ejemplares que incorporan la obra protegida dentro del territorio de un mercado común o unión aduanera, por el titular o con su consentimiento, el derecho ha quedado agotado en lo que al territorio del mercado común o unión aduanera se refiere. El titular no puede poner trabas a la comercialización dentro del mercado común o unión aduanera aunque sí puede hacerlo en aquellos casos en que la primera puesta lícita en el comercio ha sido efectuada fuera del mercado regional.

De acuerdo con el agotamiento internacional, el derecho se agota una vez que ejemplares que incorporan la obra protegida han sido puestos lícitamente en el comercio de cualquier país, por el titular o con su consentimiento.

Cuestiones específicas relativas al agotamiento del derecho de distribución del autor.

El análisis del agotamiento del derecho de autor difieren del que se pueda realizar respecto de la propiedad industrial dado que aquél –al menos en la tradición jurídica continental europea- está compuesto de una serie de facultades morales y patrimoniales.

Desde el punto de vista económico, es necesario tener en cuenta que el costo de producir obras protegidas por el derecho de autor no guarda relación con la cantidad de personas que las verán o usarán (piénsese, por ejemplo, en un programa de televisión: el costo de producción es el mismo sin importar la cantidad de espectadores). Por lo tanto, se

argumenta que si bien el costo de creación de un film, un fonograma de computación puede ser muy elevado (el llamado “costo de expresión”), el costo de reproducción de la obra es por lo general bastante reducido. Por consiguiente, se sostiene que de permitirse el free riding, el costo de la obra para quien la copia estará representado solamente por el costo marginal del ejemplar, el cual es obviamente mucho menor que el llamado “costo de expresión”.

El derecho de reproducción no se agota nunca dado que, de otro modo, el derecho de autor quedaría vaciado de contenido. Para poner un ejemplo; un autor, en ejercicio de su derecho de reproducción, edita 10.000 ejemplares de un libro de su autoría, que son posteriormente puestos en el comercio con su consentimiento. Si considerásemos que el derecho se agota, entonces el autor no podría decidir si edita o no nuevos ejemplares. Es en función de esta característica especial del derecho de reproducción, que se considera que éste nunca no se agota.

Tampoco considero que se agote el derecho de comunicación al público. Por ejemplo, si un autor comunica al público su obra a través de la televisión, conserva el derecho de comunicarla asimismo a través de Internet, ya que de otra forma se podría utilizar la obra sin abonar por los nuevos usos. En definitiva, el agotamiento del derecho de autor tiene que ver exclusivamente con los aspectos referidos a la comercialización y distribución de la obra protegida, no afectando el haz de derechos restantes reconocidos al autor de una obra.

Otro problema particular del derecho de autor tiene que ver con las obras de ejemplar único (por ejemplo, un cuadro). Considero que la comercialización en este supuesto no plantea mayores problemas (ya que difícilmente podemos imaginar la compartimentación de un mercado por la comercialización de una sola obra). El inconveniente puede surgir si una obra de ejemplar único es reproducida (por ejemplo, si se editan a nivel industrial juegos de naipes que incorporan cuadros de un autor famoso). En este caso, al haber ejemplares tangibles, podrían tener lugar importaciones paralelas si en un determinado mercado los juegos de naipes mencionados –producidos a escala industrial- son comercializados a un precio mayor que en otros mercados.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario recalcar una vez más que la discusión sobre el agotamiento del derecho de autor gira exclusivamente –o así debiera ser a riesgo de limitar seriamente su alcance- en torno a la forma en que se comercializa la obra, es decir, en lo concerniente al derecho de distribución, que tiene como objetivo complementar los demás derechos exclusivos de que goza el autor al permitirle controlar la explotación comercial de la obra sobre un territorio determinado.

Los Estados que han reconocido en forma expresa el derecho de distribución en sus legislaciones han debido asimismo diseñar sus límites, dado que parecería excesivo reconocer una facultad que permita a su titular controlar la comercialización de la obra en todos sus estadios.

En contraposición con lo anterior, Barfield-Groombridge argumentan que deben restringirse las importaciones paralelas para permitir a los titulares de derechos de autor establecer diferentes estrategias de precios y comercialización. Por ejemplo, en la industria cinematográfica existe una práctica conocida como “windowing” que implica distribuir obras protegidas en forma no simultánea, en diferentes mercados y a través de diversos medios de difusión. Los autores citados argumentan que el estreno escalonado de los Films permite que cada participante de la industria cinematográfica cuente con un período exclusivo durante el cual puede maximizar sus ganancias y que ello es particularmente importante para empresas cinematográficas nuevas o de menor envergadura – que necesitan recaudar capital con fines de producción- propósito que logran cediendo total o parcialmente los derechos sobre el film incluso antes de que sea estrenado. Barfield-Groombridge argumentan por otra parte que la existencia de importaciones paralelas impediría que se lleven a cabo estas prácticas, perjudicando a la larga a las industrias cuyas obras son protegidas por el derecho de autor.

Otro argumento de Barfield-Groombridge a favor de restringir las importaciones paralelas es que de esta forma los titulares de derechos de autor pueden fijar precios diferenciados de acuerdo con los diferentes mercados o de acuerdo con diferentes grupos dentro de un mismo mercado, lo cual es considerado necesario para lograr una comercialización rentable y eficaz de las obras protegidas. En este sentido, expresan que para las industrias relacionadas con el derecho de autor, los

factores demográficos, sociales y económicos juegan un rol preponderante en la fijación de los precios; por ejemplo, el poder de compra de los jóvenes y el porcentaje de penetración en el hogar de ordenadores, televisión y compact disc juegan un rol decisivo en los precios fijados a nivel nacional para las diversas obras protegidas. Se supone que el permitir esta más eficiente compartimiento de mercados traerá como resultado que los titulares de derechos de autor distribuyan más ampliamente sus obras protegidas.

El agotamiento del derecho de distribución y los Acuerdos internacionales (Acuerdo sobre los ADPIC, toda y TOIEF)

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (AADPIC) no consagra un tipo de agotamiento en desmedro de otro. Sólo dispone en su artículo 6 que, a reserva de lo dispuesto en los artículos 3 y 4 (que se refieren, respectivamente, a las cláusulas de trato nacional y nación más favorecida), no se podrá recurrir a los métodos de resolución de disputas previstos en el Acuerdo para dirimir cuestiones relacionadas con el agotamiento de los derechos de propiedad intelectual.

Explicando esta disposición, García Vidal sostiene que el artículo 6 se limita a establecer que sea cual sea el tipo de agotamiento que un miembro desee elegir, deberá hacerlo con carácter general (respetando el principio de la nación más favorecida, es decir, no podrá permitir las importaciones paralelas provenientes de un miembro y prohibir las que provengan de otro) y sin discriminar en relación con el lugar de procedencia de las importaciones paralelas (respetando el principio de trato nacional, es decir, sin discriminar entre productos u obras nacionales y extranjeros).

Respecto del TODA y el TOIEF, Villalba y Lipszyc correctamente señalan que –si bien ambos tratados reconocen un derecho de distribución (el TODA en su art. 6 y el TOIEF en su art.8)- dichos instrumentos no se han pronunciado sobre el agotamiento de este derecho, limitándose a expresar que la cuestión queda diferida a las respectivas legislaciones nacionales.

LAS IMPORTACIONES PARALELAS Y EL AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN...

Como han dicho varios doctrinarios, en lo relativo al agotamiento la comunidad internacional ha decidido, por el momento, ponerse de acuerdo para estar en desacuerdo.

El agotamiento del derecho de distribución en los procesos de integración regional.

Como en tanto otros temas, la Unión europea ("UE") se encuentra también en este caso a la vanguardia.

En la UE, como en los demás procesos de integración regional, la cuestión del agotamiento es crucial ya que los derechos de autor podrían presentar una amenaza a la plena integración del mercado común. Ello es así, ya que debido a la posibilidad de fragmentación territorial de los derechos que nos ocupan, el reconocimiento de facultades exorbitantes a favor de los titulares puede conducir a una división artificial del mercado común.

En la UE, la discusión se plantea en torno al artículo 30 del Tratado de Roma, que autoriza restricciones al contenido entre los Estados miembros de la UE en aras de la protección de la propiedad intelectual y comercial. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ("TJCE") ha dictado diversos fallos sobre la cuestión los cuales, expresándolo en forma muy resumida, ha tendido a privilegiar la libre circulación de mercancías por sobre los derechos de autor.

En el ámbito europeo, era necesario resolver si podía considerarse que la referencia a "propiedad industrial y comercial" contenida en el art. 30 del Tratado de Roma incluía también al derecho de autor. El interrogante fue respondido por la afirmativa por el TJCE al expresar que, a fin de evitar caer en un rigorismo formal y rechazar al derecho de autor el beneficio de la excepción prevista en el artículo 30 por la simple razón de no estar ahí mencionado, era posible recurrir a la analogía. Por o tanto, a los fines del artículo 30 debía asimilarse el derecho de autor a la propiedad industrial y comercial.

Röttinger comenta que se había argumentando que no era posible aplicar al derecho de autor la jurisprudencia desarrollada por el TJCE respecto de las marcas ya que el derecho de autor comprende facultades

morales. Si bien el TJCE ha reconocido las mencionadas facultades, también ha expresado que el derecho de autor comprende asimismo la facultad de explotar comercialmente la obra, particularmente a través de licencias contra el pago de regalías y, por lo tanto, no corresponde establecer en ese sentido una distinción entre la propiedad industrial y los derechos de autor a los fines del artículo 30. Ello se debe a que la explotación comercial de la obra constituye una fuente de remuneración para su titular por lo que, desde esa óptica, los aspectos comerciales del derecho de autor plantean los mismos problemas que los derechos de propiedad industrial o comercial.

De todas formas, y teniendo en cuenta que el art. 30 es un disposición de excepción, el TJCE ha expresado que la restricción a la libre circulación de mercancías sólo se justifica en la medida en que sea necesario para proteger el objeto específico del derecho de autor.

En el caso *Musik-Vertrieb membran y K-tel c. GEMA*, el TJCE trató sobre discos y cassettes puestos lícitamente en el comercio en una serie de Estados miembros excepto Alemania. Al ser importados a Alemania, la sociedad de gestión colectiva del derecho de autor en dicho país, GEMA, exigió el pago de la diferencia existente entre la regalía que ya había sido abonada en los países de origen y la regalía más elevada que correspondía abonar en Alemania, argumentando que las licencias no habían sido otorgada para el territorio alemán y que las regalías habían sido calculadas sólo respecto de la distribución en el país de fabricación. El TJCE expresó que una disparidad entre las legislaciones nacionales no podía justificar que un Estado miembro otorgue protección legal a prácticas de un organismo privado incompatibles con las reglas relativas a la libre circulación de mercancías. Agregó el TJCE que el autor puede elegir libremente, de acuerdo con sus intereses, dónde pondrá la obra en circulación. En este caso, el TJCE trató el cobro de una regalía suplementaria como una medida equivalente a un arancel aduanero. Según Röttinger, es necesario tener en cuenta que en el caso bajo análisis las obras habían sido puestas en circulación al amparo de una licencia legal en el Reino Unido, por lo que el titular del derecho se hallaba limitado e sus facultades de negociación. Por ello, el autor citado se pregunta cómo el TJCE puede haber considerado que el derecho se había agotado teniendo en cuenta que no hubo consentimiento del autor para la puesta en el comercio.

El caso EMI Electrola c. Patricia trataba de soportes de sonido puestos en el comercio en un Estado miembro de la UE donde el plazo de protección había expirado. El interrogante que se planteaba era si un titular de los derechos en otro Estado miembro –donde el plazo de protección no había expirado- podía oponerse a la importación de dichos soportes. A diferencia de lo expresado en el caso GEMA, el TJCE opinó que si bien la disparidad de legislaciones nacionales puede crear restricciones al comercio intracomunitario de soportes de sonido, éstas pueden estar justificadas si resultan de las diferencias de términos de protección (teniendo en cuenta que éstos están indisolublemente ligados a la existencia misma de los derechos exclusivos) y si no constituyen además un medio de discriminación arbitrario, circunstancia que – conforme el TJCE- no se hallaba presente en el caso.

En el caso Coditel, el TJCE trató la situación en que un tercero sin autorización del titular del derecho de autor retransmitió en un segundo Estado miembro un film que ya había sido exhibido públicamente en un primer Estado miembro por un licenciatario que contaba con el consentimiento del titular del derecho. Los derechos para exhibir y radiodifundir el film en el segundo Estado miembro correspondían a un licenciatario distinto de aquel que había exhibido el film en el primer Estado miembro.

El TJCE se preguntó si podían dividirse en forma geográfica dentro de la UE los derechos exclusivos de exhibición pública y radiodifusión del film de forma tal que la exhibición o radiodifusión en un Estado miembro (con el consentimiento del titular del derecho) no interfiere con los derechos exclusivos de exhibición o radiodifusión otorgados en otro Estado miembro. El TJCE hizo referencia a la especial naturaleza de la industria cinematográfica y de radiodifusión, que depende para su viabilidad económica de los ingresos obtenidos de la repeticiones por la exhibición de las obras, distinguiendo además las representaciones públicas de otras obras como los libros y los fonogramas, cuyos ingresos se basan en la puesta en el comercio de ejemplares físicos concluyendo que –en función de las características de la industria del film y la radiodifusión- la asignación geográfica exclusiva de derechos de exhibición y radiodifusión entre los Estados miembros no entraba en conflicto con la libertad de prestar servicios de acuerdo con lo prescrito por el Tratado de la UE. Por otro lado, la exhibición o radiodifusión públicas de un film en

un Estado miembro no interferiría con los derechos exclusivos de exhibir o radiodifundir el film en un segundo Estado miembro.

Según Abbott, el caso Coditel da a entender que las licencias sobre derechos de exhibición o radiodifusión para un determinado territorio nacional o regional no deberían llevar implícito un derecho paralelo de exhibición o radiodifusión en otro territorio nacional o regional. La divisibilidad territorial de los derechos de exhibición, representación y radiodifusión parece ser un principio aceptado debido a la naturaleza particular de las obras exhibidas o radiodifundidas, por lo que las licencias sobre derechos de exhibición y radiodifusión constituyen un caso especial a los fines del análisis de las importaciones paralelas.

Existen actualmente siete Directivas de la UE en torno al derecho de autor y derechos conexos: (i) Directiva 91/250/CEE del Consejo, 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, (ii) Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, (iii) Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, (iv) Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, (v) Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, (vi) Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la amortización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, y (vii) 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.

Salvo las Directivas referidas al término de protección y al derecho de participación a favor de autores de obras de arte originales, las demás Directivas tratan la cuestión del agotamiento.

La Directiva sobre programas de ordenador expresa (art. 4.c) que la primera vista en la UE de una copia de un programa por el titular de los derechos o con su consentimiento, agotará el derecho de distribución en la UE de dicha copia, salvo el derecho de controlar el subsiguiente alquiler del programa o de una copia de éste.

La Directiva sobre derechos de alquiler, en cambio, es más amplia en su ámbito de protección ya que expresa (art, 1, apdos. 1 y4) que los derechos de alquiler y préstamo sobre originales y copias de obras protegidas por el derecho de autor no se agotan en caso de venta o de otro acto de difusión de originales y copias.

La Directiva sobre radiodifusión, satélite y cable también ha optado por una postura amplia de protección ya que dispone en art. 2 que los Estados miembros reconocerán a los autores el derecho exclusivo de autorizar la comunicación al público vía satélite de obras protegidas.

La Directiva sobre la protección de las bases de datos no hace referencia al agotamiento en su parte dispositiva aunque, en sus considerandos, expresa que la cuestión del agotamiento del derecho de distribución no se plantea en el caso de bases de datos en línea debido a que se trata de un servicio, ni tampoco surge en relación con una copia material de dicha base hecha por el usuario del servicio con el consentimiento del titular del derecho (consid. 33); además, prevé que, en el caso de transmisiones en línea, el derecho de prohibir la reutilización no se agota ni en lo que concierne a la base de datos, ni en lo relativo a las copias materiales de la base efectuadas con el consentimiento del titular del derecho por el destinatario de la transmisión (consid. 43).

La Directiva sobre los derechos de autor en la sociedad de la información prevé (consid.28) que la primera venta en la UE del original de una obra o de copias de ésta por el titular del derecho o con su consentimiento agotará el derecho a controlar la reventa de dicho objeto en la UE y que el derecho no se agota cuando se aplica al original o a sus copias vendidas por el titular del derecho o con su consentimiento fuera de la Comunidad. Por otro lado, expresa (consid. 29) –con fundamentos similares a los expresados en la Directiva sobre la protección de las bases de datos- que la cuestión del agotamiento no se plantea en el caso de los servicios, y en particular de los servicios en línea, ya que se trata de actos

que deben quedar sujetos a autorización cuando así lo exijan los derechos de autor o derechos afines. El art. 3 de esta Directiva reconoce a los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación o puesta a disposición al público de sus obras, aclarando que ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público dará lugar al agotamiento del derecho. El art. 4, referido al derecho de distribución, consagra el agotamiento comunitario.

Por otro lado, la Decisión Legislativa 4876 de la Comunidad Andina adopta el agotamiento internacional.

Finalmente, el borrador propuesto del Acuerdo que establece el Área de Libre Comercio de las Américas ("ALCA"), adopta en el artículo 4 de su capítulo sobre propiedad intelectual un principio similar al del Acuerdo sobre los ADPIC (es decir, se deja librada la decisión sobre el tema a los Estados parte) pero se prevé que los Estados reverán sus legislaciones dentro de un plazo máximo de cinco años a contar desde la entrada en vigor del Acuerdo para adoptar, como mínimo, el agotamiento regional.

El agotamiento del derecho de autor es uno de los temas más conflictivos del comercio internacional lo cual se refleja, como vimos, en la falta de acuerdo sobre la cuestión.

Considero importante que –sea cual fuese la posición que finalmente se adopte– la cuestión del agotamiento del derecho de autor debe ser cuidadosamente separada del análisis que en torno a este tema se realiza respecto de los derechos de propiedad industrial. De lo contrario, se corre el serio riesgo de que se apliquen al derecho de autor principios extraños a su esencia que poco tiene que ver con su función de motor del desarrollo cultural de los pueblos.