

# El problema del agotamiento de los derechos de propiedad intelectual sobre la distribución de obras en el entorno digital

Juan Francisco Rangel<sup>1</sup>

<https://www.doi.org/10.53766/PI/2022.23.02>

Recibido: 15-11-2021 Aceptado: 01-05-2022

## Resumen

En el presente artículo se pretende reevaluar la implementación del agotamiento de los derechos de propiedad intelectual como limitación del derecho de autor sobre la distribución de obras protegidas en el entorno digital, dada la estimulación de medidas tecnológicas de protección de obras que limitan el uso de ejemplares lo que dificulta la operación de mercados secundarios, generando nuevamente tensiones en la interrelación del derecho de autor y los derechos económicos y al libre acceso a la información y la cultura que habían sido aliviadas con la figura del agotamiento; de igual forma reconsiderar la aplicación del agotamiento a la luz de la jurisprudencia europea y estadounidense y nuevas formas tecnológicas de reproducción y distribución de obras.

**Palabras clave:** derecho de autor, agotamiento, distribución, entorno digital.

## The problem of exhausting intellectual property rights on the distribution of works in the digital environment

### Abstract

This article aims to reevaluate the implementation of the exhaustion of intellectual property rights as a limitation of copyright on the distribution of protected works in the digital environment, given the stimulation of technological protection measures of works that limit the use of copies, which hinders the operation of secondary markets, again generating tensions in the interrelation of copyright and economic rights and free access to information and culture that had been alleviated by the figure of exhaustion; in the same way, reconsider the application of exhaustion in the light of European and American jurisprudence and new technological forms of reproduction and distribution of works.

**Keywords:** copyright, exhaustion, distribution, digital environment

---

<sup>1</sup> Abogado. Participante de la XII Cohorte de la Especialización en Propiedad Intelectual de la Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela. Miembro del Consejo Directivo de la Especialización como representante estudiantil. Mejor promedio obtenido en el proceso de selección de aspirantes a la Cohorte. Correo electrónico: [juanfrangel1994@gmail.com](mailto:juanfrangel1994@gmail.com)

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN. I. EL AGOTAMIENTO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL. I.1 Definición y fundamento. I.2 Derechos susceptibles de agotamiento. I.3 Condiciones para la procedencia del Agotamiento. I.4. Regulación internacional. II. EL AGOTAMIENTO DEL DERECHO SOBRE OBRAS EN EL ENTORNO DIGITAL. II.1 Configuración del Agotamiento en el entorno digital. III. NUEVOS FORMATOS TECNOLÓGICOS DE DISTRIBUCIÓN DE OBRAS. CONCLUSIONES.

## INTRODUCCIÓN

El derecho de autor es el área de la propiedad intelectual que protege las obras como manifestación intelectual de sus autores, esta protección concede al autor derechos de orden moral y patrimonial, estos últimos serán objeto del presente estudio porque debido a su naturaleza sobre los mismos se ha establecido en la legislación ciertas limitaciones, una de ellas corresponde al agotamiento del derecho de distribución, figura que tiene su origen en la jurisprudencia estadounidense<sup>1</sup> y que vincula y concilia los fundamentos del sistema de propiedad intelectual con los derechos a la libre comercialización de mercancías y la propiedad ordinaria.

Sobre la figura del agotamiento hasta la segunda mitad del siglo XX parecía que todo estaba establecido, conteses con que el derecho de los autores sobre los soportes materiales de sus obras se agotaban con la primera venta (first sale doctrine). Sin embargo, la revolución tecnológica digital y el surgimiento de internet en la última década del siglo pasado trastocó los sistemas normativos y las instituciones consolidadas en materia de derecho de autor, las nuevas formas de creación autoral así como la fácil reproducción y distribución de obras en este entorno, han vulnerado drásticamente los derechos de autor y conexos sin que se hayan instrumentado estrategias plenamente efectivas más allá de la mera enunciación de las prohibiciones.

Hoy en día la tecnología sigue avanzando y ya se concibe reconocer el acceso a internet como un derecho humano y a pesar que gran parte de la doctrina ha establecido la imposibilidad de aplicar la figura del agotamiento de derechos en el entorno digital por conllevar a la vulneración de otros derechos, es necesario hacer una reevaluación de dicha institución toda vez que la

---

<sup>1</sup> CORTE SUPREMA, Estados Unidos; *Bobbs-Merrill Co. v. Straus*, 210 U.S. 339; (1908). Disponible en: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/210/339.html>; visto el 30/06/2021.

misma equilibra las tensiones entre el monopolio constituido por los derechos exclusivos de autor sobre su obra y los derechos de los usuario al acceso a la información y la cultura que a su vez privilegia el desarrollo de las artes y la ciencia. Esta reevaluación debe hacerse tomando en cuenta los principios y fundamentos del derecho de autor así como la evolución de la doctrina del fair use propia del sistema anglosajón, además del surgimiento de nuevos formatos para la reproducción de obras como lo son las cadenas de bloques no fungibles o NFT (por sus siglas en inglés) con apoyo en la tecnología del blockchain.

La pertinencia de este trabajo viene dada por una modesta compilación y análisis de la evolución doctrinaria y jurisprudencial de esta institución jurídica en su aplicación en el entorno digital, en razón de las futuras reformas que deban realizarse a nuestra Ley Sobre Derecho de Autor que deberán tener por objeto la institución de normas jurídicas claras y pertinentes que estén al día con la realidad social, tal como se establece en la Exposición de Motivos<sup>2</sup> de dicha ley atribuida al doctor Ricardo Antequera Parilli, según la cual “la misma evolución de este derecho que se enriquece con nuevas formas de expresión creativa y de reproducción y comunicación, hace que su constante actualización legislativa resulte una necesidad”.

## I. EL AGOTAMIENTO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los derechos de propiedad intelectual conceden a su titular facultades exclusivas de explotación sobre las creaciones, en este ámbito, los derechos de la propiedad industrial se instituyen desde la óptica del *ius prohibendi*, es decir, desde el punto de vista negativo de los derechos como facultades de exclusión de terceros; por otro lado, el derecho de autor, rama que nos ocupa, comporta para su titular derechos morales y patrimoniales establecidos desde el aspecto positivo como facultades exclusivas que se ejercen con la explotación de las obras, dicha explotación comprende amplias prerrogativas entre las que destacan: el derecho de reproducción, de distribución, de comunicación

---

<sup>2</sup> EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY DE REFORMA PARCIAL DE LA LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR.

Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.638 del 01 de octubre de 1993.

Disponible en: [https://pandectasdigital.blogspot.com/2017/09/gaceta-oficial-de-la-republica-de\\_745.html](https://pandectasdigital.blogspot.com/2017/09/gaceta-oficial-de-la-republica-de_745.html).

pública, de transformación, entre otros; estos derechos son objeto de limitaciones tipificadas en la ley como contrapeso al monopolio que puede ejercer el autor sobre la obra y para no vulnerar otros derechos fundamentales; una de estas limitaciones corresponde al agotamiento de los derechos.

### I.1. Definición y fundamento

El agotamiento de los derechos de propiedad intelectual corresponde a una limitación en el alcance de los derechos que el titular puede ejercer sobre los objetos en los que se haya incorporado la creación o invención, luego de que haya practicado o autorizado su comercialización. La doctrina no es pacífica en establecer una definición uniforme sobre la institución pues tales definiciones se ofrecen limitadas a una perspectiva, así, para Castro García<sup>3</sup>:

*El agotamiento del derecho de propiedad intelectual significa que el derecho exclusivo del que goza un titular de un derecho de propiedad intelectual termina en el momento en que él introduce (o permite introducir) en el comercio productos o bienes que están protegidos por dicho derecho. Con la primera comercialización el derecho de propiedad intelectual “se agota” de manera tal que los productos introducidos en el mercado podrán ser objeto de posteriores actos de comercialización sobre los cuales el titular original no podrá ejercer ningún control.*

Por otra parte, algunos autores lo conciben ya no desde la perspectiva del titular del derecho, sino en el marco de su finalidad para la garantía de la libre circulación de productos y el acceso al conocimiento, en este sentido Plana Perillán<sup>4</sup> lo define como aquella teoría “en virtud de la cual una obra, o más bien una copia de ella, puede circular libre dentro del mercado, producto de la introducción de ésta al comercio”.

Esta doctrina parte del principio sobre el que se configura la propiedad sobre bienes inmateriales, y es la existencia de un bien intelectual o corpus mysticum y un objeto sobre el que se incorpora la creación o invención, denominado corpus mechanicum; así el último constituye el vehículo a

---

<sup>3</sup> CASTRO GARCÍA, Juan David; El agotamiento de los derechos de propiedad intelectual; Revista La Propiedad Inmaterial; Colombia; núm. 13 (2009); pp. 253-82; disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/463>; visto el 30/06/2021; p. 256.

través del cual se manifiesta la obra y permite su explotación, en tal sentido el agotamiento limita las prerrogativas de los titulares de derechos sobre los objetos particulares en los que se ha incorporado la obra y no sobre el derecho en abstracto.

Los fundamentos que sustentan la figura del agotamiento han sido estudiados ampliamente por la doctrina<sup>5</sup>, a los efectos del presente trabajo basta señalar, que tales fundamentos se concentran en dos grandes grupos, unos que se enfocan en el alcance del derecho de propiedad y, por otro lado, los enfocados en el mercado. Sobre los primeros corresponde resaltar que justifican la figura del agotamiento bajo la tesis tradicional de la recompensa manifestada por Joseph Kohler en el principio de conexión de los actos de explotación<sup>6</sup>, según el cual el fundamento del derecho de propiedad intelectual crea inmediatamente un límite, una vez que el autor ha sido recompensado por su obra se extingue el derecho. En este mismo orden de ideas, fue considerada en su momento la teoría del derecho de propiedad absoluta de los adquirentes sobre los objetos materiales, teoría ésta desestimada hoy en día dado que el agotamiento opera solo con respecto del derecho de distribución, por lo que los propietarios de los soportes materiales quedan obligados a respetar los demás derechos del autor. Respecto de las teorías que contemplan la dinámica del mercado, las mismas integran la protección del tráfico jurídico, la reducción de los costos de información y la facilitación de mercados secundarios<sup>7</sup>; en otras palabras, el agotamiento permite la asequibilidad de los productos mediante una libre competencia de precio, así como posibilita la reventa, uso, alquiler y préstamo de ejemplares libres de derechos, además, mediante esto existe seguridad jurídica en el funcionamiento de los sistemas de bibliotecas.

---

<sup>4</sup> PLANA PERILLÁN, Javiera; El agotamiento del derecho de distribución y su aplicación en un entorno digital; Revista Chilena de Derecho y Tecnología; Chile; vol. 5, núm. 2 (2016); pp. 11-61; disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdt/v5n2/0719-2584-rchdt-5-02-00011.pdf>; visto el 30/06/2021; p. 11.

<sup>5</sup> Véase CONTRERAS-JARAMILLO, Juan Camilo; Origen y sustento del agotamiento de los derechos de propiedad intelectual; Vniversitas; Colombia; núm. 131 (2015); pp. 277-322; disponible en: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj131.osad>; visto el 30/06/2021; y RUBÍ PUIG, Antoni; Agotamiento de derechos de autor, modificación física de ejemplares y principio salva rerum substantia; Revista para el Análisis del Derecho; España; núm. 4 (2015); disponible en: <https://indret.com/agotamiento-de-derechos-de-autor-modificacion-fisica-de-ejemplares-y-principio-salva-rerum-substantia/>. visto el 30/06/2021, p. 24 ss.

<sup>6</sup> Teoría según la cual "si el titular ha introducido en el comercio su patente y se ha beneficiado del derecho que excluye a otras personas [...] él ha gozado de las ventajas que le concede la patente y, con ello, ha consumado su exclusividad." KOHLER, Josef cfr. CASTRO GARCÍA, Juan David; Op. Cit.

<sup>7</sup> RUBÍ PUIG, Antoni; Op. Cit.; p. 25 ss.

Otros de los aspectos a considerar en la configuración del agotamiento es que el mismo puede establecerse bajo dos modalidades; la primera, aplicable en los Estados Unidos y sugerida como estándar mínimo en los tratados internacionales más recientes, se trata de la doctrina de la primera venta (first sale doctrine), que establece el agotamiento de iure una vez comercializados los bienes por el titular del derecho; la segunda se trata de la doctrina de la licencia implícita (implied license doctrine), según la cual el agotamiento opera siempre que el titular del derecho no haya establecido restricciones o condicionamientos al momento de comercializar los bienes, esta doctrina nace en el sistema del common law y tiene acogida en algunos países asiáticos como Japón<sup>8</sup>.

## I.2. Derechos susceptibles de agotamiento

Como se ha indicado previamente, respecto del derecho de autor se ha determinado con claridad meridiana que el agotamiento del derecho opera sobre el derecho patrimonial de distribución que tienen los autores sobre sus obras en virtud del derecho de autor, y sobre aquel que tienen los artistas, intérpretes y ejecutantes sobre las interpretaciones y ejecuciones de obras en razón de los derechos conexos. Ahora bien, un tema más espinoso radica en determinar que facultades engloba el derecho de distribución.

En línea con lo anterior, debe partirse indicando que el derecho de distribución no se encuentra enunciado en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París del 24 julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979), ni en los subsiguientes tratados internacionales, se incorpora ya en los Tratados de la OMPI de 1996<sup>9</sup> sin que se estipule una definición a los efectos del tratado. En razón de esto, debe hacerse referencia al hecho de que en parte de las legislaciones se estipule como un aspecto del derecho de reproducción, así nuestra Ley Sobre el Derecho de Autor<sup>10</sup> estipula en el artículo 41, segundo aparte:

---

<sup>8</sup> CASTRO GARCÍA, Juan David; op. cit.; p. 258.

<sup>9</sup> OMPI; Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor; Ginebra; 1996; disponible en: <https://wipolex.wipo.int/es/text/295158>; visto el 30/06/2021 y OMPI; Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas; Ginebra; 1996; disponible en: <https://wipolex.wipo.int/es/text/295478>; visto el 30/06/2021.

<sup>10</sup> LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR; Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.638 del 01 de octubre de 1993; disponible en [https://pandectasdigital.blogspot.com/2017/09/gaceta-oficial-de-la-republica-de\\_745.html](https://pandectasdigital.blogspot.com/2017/09/gaceta-oficial-de-la-republica-de_745.html); visto el 30/06/2021

*El derecho de reproducción comprende también la distribución, que consiste en la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta u otra forma de transmisión de la propiedad, alquiler u otra modalidad de uso a título oneroso.*

Sin embargo, en aplicación del estándar mínimo establecido en el artículo 11 del ADPIC<sup>11</sup>, las legislaciones han propendido separar el derecho de distribución del derecho de alquiler, pues si se plantea que el derecho de distribución es susceptible de agotamiento, tal figura no podría operar sobre bienes en los que no se ha evidenciado una transferencia de la propiedad, con lo cual, se necesita de nuevas regulaciones que determinen casos particulares<sup>12</sup>.

### **I.3. Condiciones para la procedencia del agotamiento**

En términos de Rubí Puig<sup>13</sup> “El agotamiento de derechos de autor no constituye una institución jurídica definida de forma coherente y completa”, lo que ha implicado que no se hayan establecidos normas claras sobre dicha institución, por lo que ha sido el desarrollo de la jurisprudencia con apoyo en la doctrina lo que ha favorecido el establecimiento de unos parámetros para la procedencia del agotamiento; con respecto a esto Castro García<sup>14</sup> ha clasificado las condiciones para la procedencia del agotamiento como objetivas y subjetivas.

- Condiciones Objetivas:

a) Que el objeto se haya comercializado una primera vez, siendo esto que sobre bienes determinados en los que se incorpore el derecho de autor haya operado un negocio de traslación de propiedad, no así en otros supuestos como el alquiler o el comodato.

---

<sup>11</sup> OMC; Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio; 1994; disponible en: [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/27-trips.pdf](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf); visto el 30/06/2021.

<sup>12</sup> LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR; op. cit.; Artículo 41 parte in fine “cuando la comercialización autorizada de los ejemplares se realice mediante venta, el titular del derecho de explotación conserva los de comunicación pública y reproducción, así como el de autorizar o no el arrendamiento de dichos ejemplares.”

<sup>13</sup> RUBÍ PUIG, Antoni; op. cit.; p. 16.

<sup>14</sup> CASTRO GARCÍA, Juan David; Op. Cit.; pag. 259.

b) Que sea un objeto lícito, esto se refiere a que el producto sobre el que se agota el derecho pertenece al mercado de bienes comercializados con autorización del titular del derecho.

c) Que el acto de comercialización se circunscriba a un territorio, a los fines de determinar el sistema de agotamiento a aplicar para el caso de las importaciones paralelas.

- Condiciones Subjetivas:

a) Que exista un titular de derechos de propiedad intelectual.

b) El consentimiento del titular del derecho respecto de la comercialización de los objetos determinados donde se ha incorporado la obra.

#### **I.4. Regulación internacional**

En el ámbito internacional ha sido reconocida la figura del agotamiento como una limitación de los derechos del titular sobre los objetos en que se han incorporado las obras luego de la primera venta, sin embargo, no existe consenso en la configuración clara del mismo por existir divergencias entre las naciones sobre el sistema territorial a aplicar. A los efectos de ilustrar este aspecto procederemos a señalar las normas que lo reconocen en los principales instrumentos internacionales, como el Acuerdo sobre los ADPIC<sup>15</sup> que dispone:

*Artículo 6. Agotamiento de los derechos. Para los efectos de la solución de diferencias en el marco del presente Acuerdo, a reserva de lo dispuesto en los artículos 3 y 4 no se hará uso de ninguna disposición del presente Acuerdo en relación con la cuestión del agotamiento de los derechos de propiedad intelectual.*

Así mismo el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor contiene:

*Artículo 6. Derecho de distribución. ... 2) Nada en el presente Tratado afectará la facultad de las Partes Contratantes de*

---

<sup>15</sup> OMC; Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio; 1994; Op. Cit.



*determinar las condiciones, si las hubiera, en las que se aplicará el agotamiento del derecho del párrafo 1) después de la primera venta u otra transferencia de propiedad del original o de un ejemplar de la obra con autorización del autor.*

El Tratado de la OMPI sobre Interpretación y Ejecución y Fonogramas estipula una norma similar, por lo que las legislaciones nacionales tienen un amplio espectro para regular esta figura.

## II. EL AGOTAMIENTO DEL DERECHO SOBRE OBRAS EN EL ENTORNO DIGITAL

El entorno digital corresponde al ambiente virtual en el que se desarrollan relaciones por medio de canales y plataformas mediante el uso de internet, este tipo de interacción revolucionó los sistemas analógicos tradicionales de difusión de las obras, así como el surgimiento de nuevas manifestaciones creativas protegidas por el derecho de autor como es el caso del software. Las particularidades de dicho entorno han conllevado a que durante un tiempo algunos autores<sup>16</sup> nieguen rotundamente la posibilidad de la procedencia del agotamiento sobre obras distribuidas digitalmente, y en esta línea se relajó el derecho de reproducción sobre la copia privada con la respectiva instauración del canon digital compensatorio, a la vez que se establecían nuevas políticas contra la elusión de medidas tecnológicas de protección de las obras; sin embargo, estas fueron soluciones desarrolladas bajo el paradigma de la comercialización de medios físicos para la difusión de obras con formato digital, pero la continua evolución tecnológica ha permitido la distribución de obras sin la mediación de un soporte material, así como el almacenamiento de las mismas en sistemas que no requieren de un hardware propio<sup>17</sup>; en tal sentido, el debate sobre la figura del agotamiento no se encuentra zanjado, en efecto, los tribunales norteamericanos y europeos<sup>18</sup> han

<sup>16</sup> BOHANNAN, Christina y HOVENKAMP, Herbert J. cfr. CONTRERAS-JARAMILLO, Juan Camilo; op. cit.; p. 302 ss.

<sup>17</sup> Caso de Google Drive y Dropbox.

<sup>18</sup> CORTE SUPREMA, Estados Unidos; Quanta Computer, Inc. v. LG Electronics, Inc., 553 US 617; (2008); disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/553/617/>; visto el 30/06/2021, aunque este caso versa sobre materia de patentes, su importancia radica en la aceptación del agotamiento en caso de licencias. TRIBUNAL DE JUSTICIA, Unión Europea, TJUE; UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp. C-128/11; disponible es: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=314C48692CA11780D67FBDC9DAE6688E?text=&docid=124564&pagIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=24127959>; visto el 30/06/2021.

abierto posibilidades para que tal figura sea procedente en el entorno digital. A continuación, evaluaremos las condiciones estudiadas en el punto anterior adaptadas a este entorno.

## II.1. Configuración del Agotamiento en el entorno digital

a) Primera venta: respecto a este particular tenemos que la venta es un acto inherente al derecho de distribución; la puesta en el comercio con autorización del titular se complica cuando ésta se realiza por medios digitales, pues la práctica en este entorno ha sido la utilización del sistema de licencias; así mismo una disposición de la Declaración Concertada de los Tratados de la OMPI de 1996 (WCT y WPPT) señala:

*Tal como se utilizan en estos Artículos, las expresiones “copias” y “originales y copias” sujetas al derecho de distribución y al derecho de alquiler en virtud de dichos Artículos, se refieren exclusivamente a las copias fijadas que se pueden poner en circulación como objetos tangibles<sup>19</sup>.*

Sin embargo, este señalamiento no es determinante pues a la luz de la interacción de estos tratados con las legislaciones nacionales, los mismos constituyen un estándar mínimo de protección, esta afirmación se sostiene de lo expuesto por Ficsor<sup>20</sup> en su Guía sobre los tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos administrados por la OMPI:

*...en la declaración concertada sólo se indica el nivel mínimo de protección. La obligación mínima consiste en extender el derecho de distribución a la puesta a disposición de copias tangibles. Se desprende de la índole de las obligaciones mínimas que, en virtud del WCT, no se obstaculiza la aplicación de un derecho superior en alcance y nivel a lo prescrito en él.*

En este estado, un precedente más claro lo constituye la decisión dada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el caso UsedSoft

---

<sup>19</sup> Declaración concertada respecto de los Artículos 6 y 7. Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor; op. cit.

<sup>20</sup> FICSOR, Mihály; Guía sobre los tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos administrados por la OMPI; Ginebra; OMPI; 2003; disponible en: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo\\_pub\\_891.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf); visto el 30/06/2021; p. 207.

GmbH v. Oracle International Corp., en el cual ante el hecho de la descarga en línea de un programa informático por medio de un contrato de licencia, determinó que tal situación puede ser considerada una “primera venta” a los efectos del agotamiento del derecho, toda vez que el pago del precio otorgue un derecho de uso ilimitado sobre el software al adquirente, configurándose esto como una transferencia de la propiedad<sup>21</sup>.

b) Licitud del Objeto: señalábamos que la licitud del objeto involucra otra condición que es el consentimiento del titular. Los especialistas que han tratado el tema del agotamiento en el entorno digital no han precisado sobre esta condición, sin embargo, consideramos que la misma es de gran relevancia, para ejemplificar el caso tenemos que en la distribución de ejemplares por medios digitales no opera una traslación de la posesión sobre el objeto debido a su naturaleza inmaterial, por lo que hasta el momento dicho evento comporta un acto de reproducción, pues lo que se hace llegar al posterior usuario es una copia de la obra, en razón de esto los autores han propendido a la implementación de medidas tecnológicas para la protección de las obras y la legislación ha instituido sanciones contra los actos de elusión de las mismas. No obstante, consideramos que el uso intensivo de éstas vacían de contenido la figura del agotamiento por la imposibilidad de que las obras sean susceptibles de libre distribución en mercados secundarios, lo que conlleva a que la demanda existente en mercados secundarios propenda a la utilización de copias ilícitas, por lo tanto una solución más óptima puede diseñarse desde la doctrina de fair use, estableciendo condiciones que permitan la libre circulación de obras.

c) Territorialidad: este particular es uno de los principales argumentos para quienes desestiman la procedencia del agotamiento en el entorno digital. Por ser internet una red global, la distribución se entiende también realizada mundialmente, por lo que es improcedente la aplicación de los sistemas nacional y regional de agotamiento respecto de las importaciones paralelas. En este sentido, consideramos que la existencia de estos sistemas de agotamiento

---

<sup>21</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA, Unión Europea, TJUE; Op. Cit.; señala la sentencia lo siguiente: En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) El artículo 4, apartado 2, de 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, debe interpretarse en el sentido de que el derecho de distribución de la copia de un programa de ordenador se agota si el titular de los derechos de autor, que ha autorizado, aunque fuera a título gratuito, la descarga de Internet de dicha copia en un soporte informático, ha conferido igualmente, a cambio del pago de un precio que le permita obtener una remuneración correspondiente al valor económico de la copia de la obra de la que es propietario, un derecho de uso de tal copia, sin límite de duración.

se justifica en la dinámica del comercio internacional que implica segmentación de mercados y variabilidad de precios de acuerdo a países, condicionantes no aplicables a las obras digitales por cuanto no interviene el costo de fabricación del objeto material, razón por la cual en dicho entorno puede regir la figura del agotamiento internacional.

### III. NUEVOS FORMATOS TECNÓLOGICOS DE DISTRIBUCIÓN DE OBRAS

Como se ha estudiado en los puntos anteriores, la complejidad que ha puesto de manifiesto el entorno digital respecto a la distribución de archivos está dada principalmente por los siguientes factores: 1) la ilimitada capacidad de reproducción de obras, 2) los ejemplares de obras no están sujetos a un desgaste material y, 3) el disfrute simultáneo de un ejemplar. Ante estos factores, la respuesta siempre ha venido de la acera de los titulares de derechos y las empresas tecnológicas, así durante la última década se ha desincentivado la adquisición de copias de obras audiovisuales y cinematográficas con el desarrollo de sistemas como Spotify o plataformas de streaming como Netflix o Amazon Prime, en estos casos las entidades de Gestión Colectiva han contratado licencias sobre el catálogo de obras que dispone. Sin embargo, tal iniciativa sigue generando monopolios sobre el acceso a las obras, de igual forma para otras categorías de obras no es una opción, empero, la vertiginosa sucesión de avances en el campo de las nuevas tecnologías hace que debamos estar atentos a las mismas como instrumentos que nos pueden solucionar problemas de diversa índole, de tal forma los factores precisados anteriormente que eran concebidos por muchos como una limitación a la procedencia del agotamiento, hallan resolución en la tecnología del blockchain, particularmente a través de los NFT (Non-Fungible Tokens).

La tecnología blockchain es definida por Vercelli<sup>22</sup> como

*Un libro contable (una base de datos, un tipo de archivo) que, mediante el uso intensivo de criptografía (matemáticas), tiene*

---

<sup>22</sup> VERCELLI, Ariel; La gestión de los archivos de la informática y el uso de blockchain: saberes legales y tecnológicos involucrados; Electronic Journal of SADIO (EJS); s.l.; vol. 20, núm.1 (2021); pp. 117-131; disponible en: <https://ojs.sadio.org.ar/index.php/EJS/article/view/188/165>; visto el 30/06/2021; p. 122.

*la capacidad de mantener de forma permanente e inalterables/ inmutables (según configuraciones), el registro cronológico de todos los intercambios que han tenido lugar (transacciones) dentro de una red (más o menos abiertas / cerradas).*

Esta tecnología se ha venido implementando en múltiples aspectos siendo el más conocido el de las criptomonedas, ofreciendo características únicas, como lo es la independencia de autoridades, la seguridad de los tokens y la limitación de las unidades. En este sistema de criptomonedas los tokens son de naturaleza fungible, es decir, un bitcoin tiene la misma función que otro y ambos son intercambiables entre sí. Más recientemente usando la misma tecnología de cadena de bloques se han diseñado los tokens no fungibles (NFT por sus siglas en inglés), que como su nombre lo indica están configurados para ser únicos y no intercambiables entre sí, en este sentido Vercelli<sup>23</sup> los define como:

*Piezas de información digital que, gracias a la criptografía y el uso blockchain, resultan únicas y distinguibles. De allí que, por definición y diseño, los NFT se caractericen por ser únicos (no hay dos iguales); indivisibles (no se pueden fraccionar); inagotables (mientras perdure su blockchain); complejos de falsificar; y, sobre todo, transferibles a otros titulares.*

Estas características han venido a revolucionar en el último año el campo de las creaciones artísticas y por ende el derecho de autor, sus particularidades hacen a los NFT susceptibles de representar la copia de una obra protegida, representar el registro de información de una entidad de gestión de derechos, así como codificar los términos de uso del contenido protegido<sup>24</sup>.

De lo anterior puede destacarse que los NFT son susceptibles de convertirse en objetos sobre los que puede incorporarse una obra, brindando las características de unicidad de los ejemplares y limitación de los mismos, por lo que el autor puede configurar la reproducción de un determinado

---

<sup>23</sup> VERCELLI, Ariel; op. cit; p. 127.

<sup>24</sup> PESSERL, Alexandre; NFT 2.0: blockchains, mercado fonográfico e distribuição direta de direitos autorais; Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade; Curitiba; vol. 1 núm. 1 (2021); p. 255-294; disponible en: <http://revista.ioda.org.br/index.php/trddis/article/view/14/11>; visto el 30/06/2021.

número de ejemplares que al ser determinados son claro objeto del derecho de distribución y, por ende, del agotamiento del mismo, pudiendo ser intercambiado en el tráfico jurídico que corresponde a su configuración.

## CONCLUSIONES

La figura del agotamiento es una institución con más de un siglo de desarrollo que tiene por objeto limitar los derechos de los autores sobre los ejemplares de las obras distribuidas con su autorización, la justificación de la misma viene dada por la interacción que existe entre los derechos de propiedad intelectual con otros derechos económicos y culturales, sin embargo, no ha sido posible una unificación de criterios en cuanto a su regulación. La evolución del desarrollo tecnológico ha generado nuevas categorías de obras, así como novedosas formas de reproducción y distribución, por lo que el derecho de autor ha ido sobre la marcha adaptándose a las nuevas realidades pero atado a la complejidad que significa introducir nuevas regulaciones en el ámbito jurídico. En esta dinámica surge la tendencia a establecer que la teoría del agotamiento de los derechos no es compatible con las obras distribuidas en el entorno digital, sin embargo, del análisis de las condiciones de procedencia de dicha institución se ha concluido que si es posible aplicar dicha regulación en este entorno, esto a la luz de los más recientes antecedentes jurisprudenciales; así mismo, dicha afirmación está soportada en la evolución de los soportes en que pueden ser incorporadas las obras como es el caso de los NFT utilizando la tecnología blockchain, que se plantea como una solución ante el problema de la violación del derecho de reproducción de las obras, sin que esto impida su distribución y subsecuente disposición en el tráfico jurídico.

## REFERENCIAS CONSULTADAS

### REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

- CASTRO GARCÍA, Juan David; El agotamiento de los derechos de propiedad intelectual; Revista La Propiedad Inmaterial; Colombia; núm. 13 (2009); pp. 253-82; disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/463>; visto el 30/06/2021.
- CONTRERAS-JARAMILLO, Juan Camilo; Origen y sustento del agotamiento de los derechos de propiedad intelectual; Vniversitas; Colombia; núm. 131 (2015); pp. 277-322; disponible en: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj131.osad>; visto el 30/06/2021.
- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY DE REFORMA PARCIAL DE LA LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR; Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.638 del 01 de octubre de 1993; disponible en [https://pandectasdigital.blogspot.com/2017/09/gaceta-oficial-de-la-republica-de\\_745.html](https://pandectasdigital.blogspot.com/2017/09/gaceta-oficial-de-la-republica-de_745.html).
- FICSOR, Mihály; Guía sobre los tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos administrados por la OMPI; Ginebra; OMPI; 2003; disponible en: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo\\_pub\\_891.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf); visto el 30/06/2021.
- PESSERL, Alexandre; NFT 2.0: blockchains, mercado fonográfico e distribuição direta de direitos autorais; Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade; Curitiba; vol. 1 núm. 1 (2021); p. 255-294; disponible en: <http://revista.ioda.org.br/index.php/rrdis/article/view/14/11>; visto el 30/06/2021.
- PLANA PERILLÁN, Javiera; El agotamiento del derecho de distribución y su aplicación en un entorno digital; Revista Chilena de Derecho y Tecnología; Chile; vol. 5, núm. 2 (2016); pp. 11-61; disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdt/v5n2/0719-2584-rchdt-5-02-00011.pdf>; visto el 30/06/2021.
- RUBÍ PUIG, Antoni; Agotamiento de derechos de autor, modificación física de ejemplares y principio salva rerum substantia; Revista para el Análisis del Derecho; España; núm. 4 (2015); disponible en: <https://indret.com/agotamiento-de-derechos-de-autor-modificacion-fisica-de-ejemplares-y-principio-salva-rerum-substantia/>; visto el 30/06/2021.
- VERCELLI, Ariel; La gestión de los archivos de la informática y el uso de blockchain: saberes legales y tecnológicos involucrados; Electronic Journal of SADIO (EJS); s.l.; vol. 20, núm.1 (2021); pp. 117-131; disponible en: <https://ojs.sadio.org.ar/index.php/EJS/article/view/188/165>; visto el 30/06/2021.

## REFERENCIAS LEGISLATIVAS

### DE ÁMBITO INTERNACIONAL

OMC; Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio; 1994; disponible en: [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/27-trips.pdf](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf); visto el 30/06/2021

OMPI; Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor; Ginebra; 1996; disponible en: <https://wipolex.wipo.int/es/text/295158>; visto el 30/06/2021

OMPI; Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas; Ginebra; 1996; disponible en: <https://wipolex.wipo.int/es/text/295478>; visto el 30/06/2021.

OMC; Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio; 1994; disponible en: [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/27-trips.pdf](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf); visto el 30/06/2021

### DE ÁMBITO NACIONAL

LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR; Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.638 del 01 de octubre de 1993; disponible en [https://pandectasdigital.blogspot.com/2017/09/gaceta-oficial-de-la-republica-de\\_745.html](https://pandectasdigital.blogspot.com/2017/09/gaceta-oficial-de-la-republica-de_745.html); visto el 30/06/2021.

## REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

CORTE SUPREMA, Estados Unidos; Bobbs-Merrill Co. v. Straus, 210 U.S. 339; (1908); disponible en: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/210/339.html>; visto el 30/06/2021.

CORTE SUPREMA, Estados Unidos; Quanta Computer, Inc. v. LG Electronics, Inc., 553 US 617; (2008); disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/553/617/>; visto el 30/06/2021.

TRIBUNAL DE JUSTICIA, Unión Europea, TJUE; UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp. C-128/11; disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=314C48692CA11780D67FBDC9DAE6688E?text=&docid=124564&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=24127959>; visto el 30/06/2021