

Daniel Gröling González

**LA PROTECCIÓN DEL VIDEOJUEGO
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

TRABAJO DE FIN DE GRADO

dirigido por el Dr. Pablo Girgado Perandones

Grado de Derecho



**UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI
Tarragona
2021**

Este Trabajo de Fin de Grado se ha desarrollado en la modalidad de

Trabajo de investigación

La investigación se presenta siguiendo las normas para autores previstas en la Revista Pe.I. Revista de Propiedad Intelectual

Consulta disponible en: <https://www.pei-revista.com/envio-de-originales>

Simulación de juicio

Dictamen/Informe

APS

TFG vinculado a prácticas

RESUMEN: El presente trabajo desarrollará la regulación de los videojuegos en el ordenamiento jurídico español, previo análisis respecto su regulación internacional, identificando y aclarando su complejidad dada la naturaleza reciente y novedosa de estas obras.

PALABRAS CLAVE: Videojuegos, propiedad intelectual, clasificación jurídica, derechos de autor, derechos de explotación, derechos de transmisión.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL VIDEOJUEGO. 1. NOCIÓN GENERAL. 2. COMPOSICIÓN: ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS. 2.1. *El software*. 2.2. *Elementos audiovisuales*. 2.3. *El guion u objetivos*. 2.4. *Elementos complementarios*. III. RÉGIMEN JURÍDICO. 1. NORMATIVA INTERNACIONAL. 2. DERECHO COMPARADO. 2.1. *Clasificación jurídica*. 2.2. *Protección jurídica del videojuego en EE.UU., Japón, China y Europa*. 3. DERECHO COMUNITARIO EUROPEO. 4. DERECHO ESPAÑOL. IV. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL VIDEOJUEGO EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA. 1. CONCEPTO JURÍDICO. 2. NATURALEZA JURÍDICA. V. TITULARIDAD Y CONTENIDO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL. 1. TITULARIDAD. 2. CONTENIDO. VI. TRANSMISIÓN Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN. 1. TIPOS DE TRANSMISIÓN. 2. MECANISMOS DE PROTECCIÓN. 2.1. *Mecanismos extrajudiciales*. 2.2. *Mecanismos judiciales*. VII. CONCLUSIONES.

RESUM: El present treball desenvoluparà la regulació dels videojocs en l'ordenament jurídic espanyol, previ anàlisi respecte la seva regulació internacional, identificant i aclarint la seva complexitat donada la naturalesa recent i nova d'aquestes obres.

PARAULES CLAU: Videojocs, propietat intel·lectual, classificació jurídica, drets d'autor, drets d'explotació, drets de transmissió.

SUMARI: I. INTRODUCCIÓ. II. EL VIDEOJOC. 1. NOCIÓ GENERAL. 2. COMPOSICIÓ: ELEMENTS CARACTERÍSTICS. 2.1. *El software*. 2.2. *Elements audiovisuals*. 2.3. *El guió o objectius*. 2.4. *Elements complementaris*. III. RÈGIM JURÍDIC. 1. NORMATIVA INTERNACIONAL. 2. DRET COMPARAT. 2.1. *Classificació jurídica*. 2.2. *Protecció jurídica del videojoc als EUA, el Japó, la Xina i Europa*. 3. DRET COMUNITARI EUROPEU. 4. DRET ESPANYOL. IV. CONCEPTE I NATURALESA JURÍDICA DEL VIDEOJOC A LA NORMATIVA ESPANYOLA. 1. CONCEPTE JURÍDIC. 2. NATURALESA JURÍDICA. V. TITULARITAT I CONTINGUT DELS DRETS DE PROPIETAT INTEL·LECTUAL. 1. TITULARITAT. 2. CONTINGUT. VI. TRANSMISSIÓ I MECANISMES DE PROTECCIÓ. 1. TIPUS DE TRANSMISSIÓ. 2. MECANISMES DE PROTECCIÓ. 2.1. *Mecanismes extrajudicials*. 2.2. *Mecanismes judicials*. VII. CONCLUSIONS.

TITLE: PROTECTION OF THE VIDEO GAME IN THE SPANISH LEGAL SYSTEM.

ABSTRACT: This work will develop the regulation of videogames in the Spanish legal system, after analyzing its international regulation, identifying and clarifying its complexity given the recent and novel nature of these works.

KEYWORDS: Video games, intellectual property, legal classification, author rights, exploitation rights, transmission rights.

CONTENTS: I. INTRODUCTION. II. THE VIDEOGAME. 1. GENERAL NOTION. 2. COMPOSITION: CHARACTERISTIC ELEMENTS. 2.1. *The software.* 2.2. *Audiovisual elements.* 2.3. *The script or objectives.* 2.4. *Complementary elements.* III. LEGAL REGIME. 1. INTERNATIONAL REGULATIONS. 2. COMPARATIVE LAW. 2.1. *Legal classification.* 2.2. *Legal protection of video games in the US, Japan, China and Europe.* 3. EUROPEAN COMMUNITY LAW. 4. SPANISH LAW. IV. CONCEPT AND LEGAL NATURE OF THE VIDEOGAME IN SPANISH REGULATIONS. 1. LEGAL CONCEPT. 2. LEGAL NATURE. V. OWNERSHIP AND CONTENT OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS. 1. OWNERSHIP. 2. CONTENT. V. TRANSMISSION AND PROTECTION MECHANISMS. 1. TYPES OF TRANSMISSION. 2. PROTECTION MECHANISMS. 2.1. *Extrajudicial mechanisms.* 2.2. *Judicial mechanisms.* VII. CONCLUSIONS.

Índice

I. INTRODUCCIÓN.....	7
II. EL VIDEOJUEGO.....	8
1. Noción general.....	8
2. Composición: Elementos Característicos.....	10
2.1. El Software.....	10
2.2. Elementos audiovisuales.....	10
2.3. El guion u objetivo.....	11
2.4. Elementos complementarios.....	11
III. RÉGIMEN JURÍDICO.....	12
1. Normativa internacional.....	12
2. Derecho comparado.....	14
2.1. Clasificación jurídica.....	14
2.2. Protección jurídica del videojuego en EE.UU., Japón, China y Europa.....	15
3. Derecho comunitario europeo.....	19
4. Derecho español.....	21
IV. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL VIDEOJUEGO EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA.....	22
1. Concepto jurídico.....	22
2. Naturaleza jurídica.....	23
V. TITULARIDAD Y CONTENIDO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELLECTUAL.....	24
1. Titularidad.....	25
2. Contenido.....	26
VI. TRANSMISIÓN Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN.....	29
1. Tipos de transmisión.....	29
2. Mecanismos de protección.....	31
2.1. Mecanismos extrajudiciales.....	31
2.2. Mecanismos judiciales.....	32
VII. CONCLUSIONES.....	34
BIBLIOGRAFÍA.....	37
LEGISLACIÓN.....	38
JURISPRUDENCIA.....	40
WEBGRAFÍA.....	40

Abreviaturas/Siglas

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
Ss.	Siguientes
P. ej.	Por ejemplo
Cap.	Capítulo
Tít.	Título
Lib.	Libro
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
ET	Estatuto de los Trabajadores
CP	Código Penal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
WTC	WIPO Copyright Treaty
WPPT	WIPO Performances and Phonograms Treaty
RCSP	Regulaciones para la Protección del Software de Computadora
JCA	Japanese Copyright Act
UrhG	Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz
CPI	Code de la Propriété Intellectuelle
DSI	Directiva sobre los derechos de autor en la sociedad de la información
UE	Unión Europea
EE.UU.	Estados Unidos
Etc.	Etcétera

I. INTRODUCCIÓN

Los videojuegos son un sector del entretenimiento relativamente desconocido para algunas personas, de modo que desarrollar su vertiente jurídica puede suponer un tema nuevo, fresco, diferente e interesante de tratar. Quería dotar este trabajo de cierta originalidad o singularidad, dado que se trata del proyecto más importante de la carrera. El segundo motivo del desarrollo de este trabajo de investigación, como se puede suponer, es de índole personal, pues los videojuegos siguen siendo una de mis principales aficiones.

El objetivo del trabajo será identificar y entender la regulación del videojuego en el ordenamiento jurídico español, previo análisis de su regulación internacional, exponiendo sus principales dificultades o inconvenientes. Para ello, se hará uso de diferentes normativas, tanto estatales -principalmente la Ley de Propiedad Intelectual¹ (en adelante LPI)- como internacionales -convenios, tratados y directivas-, artículos doctrinales y jurisprudencia, que nos permitirán identificar de manera correcta cómo se regulan los videojuegos en nuestro ordenamiento jurídico.

Antes de entrar en materia se presentará y explicará brevemente los diferentes elementos y características que lo componen. En consecuencia, el trabajo se dividirá en diferentes partes: una primera parte introductoria en relación al videojuego, sus componentes y elementos; la segunda parte donde se analiza el régimen jurídico internacional y comunitario, señalando la regulación de los países más importantes en la industria; una tercera parte dividida en varios epígrafes donde se analizará el régimen jurídico del videojuego en nuestro ordenamiento; y un último apartado a modo de conclusiones que destaquen las ideas principales del trabajo.

Para el desarrollo de este proyecto, se tendrá en cuenta el formato y requisitos exigidos en la revista *Pe. I. Revista de Propiedad Intelectual*², dirigida a la doctrina española y especializada en derecho de autor y derecho de propiedad intelectual; aunque sin olvidar, nos indica, las materias jurídicas colindantes como la propiedad industrial o el Derecho de la competencia, para garantizar una visión general y adecuada respecto de la realidad social; cuyo objetivo central es ser un foro de debate dogmático, en tanto que ello permite disponer de un sistema racional, coherente y seguro para solucionar los problemas que las leyes puedan plantear.

Finalmente quiero agradecer de manera especial al Dr. Pablo Girgado Perandones, tutor del presente trabajo de investigación, por su inestimable ayuda y dirección. También me gustaría dar las gracias a los posibles lectores del presente proyecto, por su tiempo y atención, pues los videojuegos son otra rama más del sector del entretenimiento y es comprensible que a muchas personas no les atraigan en absoluto este tema, como puede suceder con cualquier otra rama del entretenimiento. Aunque incluso en este sentido sí que considero interesante como juristas analizar los aspectos jurídicos del videojuego y sus puntos a tratar.

¹ BOE-A-1996-8930, de 12 de abril de 1996.

² *Pe. I. Revista de propiedad intelectual*, Editorial Bercal, S.A, Madrid, 2014. Disponible en: <https://www.pei-revista.com/> (última consulta: 8 de junio de 2021).

II. EL VIDEOJUEGO

Desde que aparecieran las primeras máquinas recreativas de los famosos años 80, el mundo de los videojuegos no ha parado de crecer y evolucionar durante sus ya más de 40 años de crecimiento. Los videojuegos han incorporado todos los avances tecnológicos en materia de soporte, interactividad, procesamiento de datos y conectividad, llegando en este momento a ofrecer experiencias lúdicas digitales fascinantes³. Casi la mitad de la población consume videojuegos, teniendo más popularidad entre la población masculina, aunque cada vez más mujeres eligen al videojuego como uno de sus *hobbies* favoritos⁴. De hecho, actualmente la industria de los videojuegos se consolida como la industria audiovisual con mayor proyección de crecimiento en el mundo⁵, dejando su marca en prácticamente todos los ámbitos de la vida: desde las simples conversaciones banales entre compañeros, amigos, vecinos o familiares; pasando por anuncios de televisión o por programas de televisión dedicados exclusivamente a analizar y transmitir partidas de videojuegos; producciones de películas basadas en videojuegos o incluso auténticas bandas sonoras creadas exclusivamente para dotarlos de música y vida; hasta llegar al ámbito que nos interesa a nosotros como juristas, esto es, su regulación en nuestro ordenamiento jurídico.

1. NOCIÓN GENERAL

El videojuego es una obra creativa que entraña generalmente un grado elevado de complejidad, pues está compuesto por diversos elementos que deben estar en sintonía para que la obra tenga sentido y pueda ser disfrutada de manera satisfactoria. Lo podemos definir como una suerte de juego electrónico interactivo visualizado en una pantalla, pero más concretamente, se trata de una obra digital que combina diversos elementos como la música, imágenes, sonidos o diálogos a través de un programa de ordenador, que se proyectan sobre una pantalla con el objetivo de ofrecer un producto de interacción para el consumidor destinado a su entretenimiento. Cabe destacar que originalmente su complejidad no era de tal envergadura, aunque como ocurre con todo lo tecnológico, ha avanzado a pasos agigantados y ahora son auténticas maravillas informáticas. Actualmente estas obras cuentan con presupuestos de desarrollo y comercialización de decenas de millones de euros, realizados mediante la conexión de múltiples disciplinas artísticas que incluyen gráficos asombrosamente realistas, voces y diálogos narrativos interpretados por actores, capturas de movimientos, guiones y bandas sonoras, entre otras muchas, lo que convierte al videojuego en el sector del entretenimiento más difícil y complejo de producir, aunque también en el más lucrativo.

En este sentido, hace años que la industria de los videojuegos ha superado a sus competidores del sector del entretenimiento audiovisual, como el cine, la televisión o la música. El exponencial incremento de las posibilidades de creación de un videojuego y

³ A. GIL JUÁREZ, Y T. VIDA MOMBIELA, *Los videojuegos*, 1ª edición, Editorial UOC, Barcelona, 2007, p. 12.

⁴ J.M. BENITO GARCÍA, «El mercado del videojuego: unas cifras», *ICONO 14, Revista de comunicación y nuevas tecnologías*, nº7, Junio 2006, p. 2.

⁵ F.J. DONAIRE VILLA Y A.J. PLANELLS DE LA MAZA, *La protección jurídica de los derechos de autor de los creadores de videojuegos: 'statu quo', perspectivas y desafíos*, Trama Editorial, Madrid, 2012, p. 17.

su elevada demanda y acceso a ellos supuso una generación de 1.083 millones de euros durante 2015, cifras muy superiores a las generadas por el cine (571 millones) o la música (161,5 millones) en ese mismo año⁶, y según las previsiones esa cifra puede alcanzar los 2200 millones en 2023⁷.

Para empezar, el principal elemento y la base sobre la que se desarrolla un videojuego es un código informático o código fuente desarrollado mediante un *software* o programa de ordenador. Mediante dicho programa los desarrolladores encriptan e introducen todas las opciones y configuraciones que nos permitirán interactuar con todos los elementos multimedia de la obra, esto es, sus apartados visuales, sonoros y el guion u objetivos que marquen los desarrolladores para el jugador. Cuanto mayor sea la cantidad de elementos multimedia que utilicen los desarrolladores, mayor será su complejidad, pues no sólo deben introducir correctamente ese elemento en el código fuente sino que además deberán asegurarse que ello no genere *bugs* o errores que interfieran con los demás elementos. Así, se elaboran por un lado videojuegos sencillos cuyo contenido mayoritario se desarrolla mediante la presentación sucesiva de pantallas o interfaces, cuyos desarrollos no representan mucha dificultad para aquellos más versados en esas lides; y por otro lado auténticos *blockbusters* o éxitos de ventas que entrañan una complejidad excepcional por la gran cantidad de elementos audiovisuales y narrativos que confluyen juntos, que deben ser minuciosamente introducidos, presentados y sincronizados. Esto es importante sobretodo porque, como veremos más adelante, todo se extrapola al ámbito jurídico, donde estos diferentes elementos que conforman el videojuego requieren de protección jurídica y, como veremos también, el legislador no concibe al videojuego *per se*, sino que sus diferentes elementos se protegen individualmente y por separado.

Antes de continuar con el análisis de sus elementos, cabe señalar el aspecto más importante del videojuego, aquello que lo diferencia del resto de la industria y hace que sea un entretenimiento único: su extrema interactividad. El programa de ordenador que diseña el videojuego se adapta a las elecciones del jugador, tanto desde una interactividad selectiva, esto es, el programa se amolda y permite al usuario interactuar con lo que desee; como desde una interactividad comunicativa, es decir, el usuario (o usuarios) y el programa están en un estado constante de comunicación, el flujo de la interacción es por tanto bidireccional o multidireccional, dependiendo de la cantidad de usuarios⁸. Desde el punto de vista jurídico, este elemento de interactividad será esencial a la hora de clasificar jurídicamente este tipo de obras, pues no se trata de obras cuyo único propósito es sólo el de mostrar ese contenido audiovisual y narrativo que integra el programa de ordenador, sino que buscan la interacción directa del jugador con todos esos elementos.

⁶ EUROPA PRESS, «Los videojuegos facturaron más de 1000 millones, el doble que la industria del cine», *elEconomista.es*, Junio 2016. Disponible en: <https://www.economista.es/tecnologia-videojuegos/noticias/7608246/06/16/Los-videojuegos-facturan-mas-de-mil-millones-de-euros-en-Espana-en-2015.html> (última consulta: 8 de junio de 2021).

⁷ REDACCIÓN AV451, «El VoD y los videojuegos impulsarán el sector del entretenimiento en España un 4,3 por ciento en 2023 hasta alcanzar 2.200 millones de euros», *Audiovisual451*, Noviembre 2019. Disponible en: <https://www.audiovisual451.com/el-vod-y-los-videojuegos-impulsaran-el-sector-del-entretenimiento-en-espana-un-43-por-ciento-en-2023-hasta-alcanzar-2-200-millones-de-euros/> (última consulta: 8 de junio de 2021).

⁸ E. MORALES CORRAL, «El videojuego y las nuevas tendencias que presentan al mercado de la comunicación», *Anuario Electrónico de Estudios en Comunicación Social*, v4 n°2, Julio 2011 p. 39.

2. COMPOSICIÓN: ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS.

Como se ha advertido en la introducción, antes de entrar en el ámbito jurídico debemos abordar y detallar los diferentes elementos que componen un videojuego. Ello nos permitirá, en primer lugar, una mejor comprensión de estos elementos y, en segundo lugar, porque como veremos, el videojuego no está regulado en la LPI de manera específica, sino que estos diferentes elementos se encuentran protegidos de manera independiente y por separado. En este sentido tanto la doctrina y jurisprudencia españolas han intentado arrojar haces de luz al respecto, clasificando jurídicamente al videojuego de un modo u otro, asunto que se analizará más adelante.

2.1. *El Software.*

El elemento principal sobre el que se construye un videojuego es un *software* o programa de ordenador el cual permite a los desarrolladores crear un código fuente. Dicho elemento consiste en una secuencia de instrucciones digitales que conllevan a la realización de una acción, función o resultado, es decir, el código fuente permitirá introducir y presentar todos los demás elementos que componen el videojuego, darles un orden y una estructura. El programa de ordenador cumple de esta manera varias funciones: a) Para comenzar, permite seleccionar desde la pantalla de administración principal la acción que desea realizar el usuario, durante lo cual el programa llevará a cabo el procesamiento de datos audiovisuales necesarios para que el jugador pueda adentrarse e interactuar con el videojuego; b) Gestionar todas las particularidades del mundo digital del videojuego, permitiendo al jugador decidir por él mismo las acciones a realizar otorgando las correspondientes consecuencias a esas acciones; y c) Habilita asimismo opciones de configuración para el videojuego: administrar, guardar, configurar o salir del propio juego⁹.

2.2. *Elementos audiovisuales.*

Además del programa de ordenador nos encontramos diferentes elementos audiovisuales que conforman la realidad virtual del juego: a) El entorno gráfico: Dibujos o imágenes, por un lado, relativamente más sencillos de realizar e introducir en el videojuego; gráficos tridimensionales y escenas cinematográficas reales o digitales creadas en minucioso detalle cual película, por otro. En el caso de los gráficos tridimensionales o escenas digitales no se requiere dibujar, sino que se modela y texturiza objetos poligonales mediante el uso de un *software* de modelado infográfico, que posteriormente se introducen en el programa¹⁰. b) El elemento sonoro: el uso tanto de música como de sonidos de todo tipo para enriquecer la experiencia del jugador, donde las desarrolladoras pueden llegar a conformar hasta bandas sonoras propias

⁹ F.J. DONAIRE VILLA, *La protección jurídica de los derechos de autor de los creadores de videojuegos: 'statu quo', perspectivas y desafíos*, pps. 95-96.

¹⁰ G. MARTÍN SÁNCHEZ, «Videojuegos y museos: elaboración de entornos virtuales para contenidos didácticos. El ejemplo de la huaca Tantalluc y el contenido de su ajuar funerario», *ArTecnología. Conocimiento aumentado y accesibilidad* (eds. V. ANDRADE PEREIRA, A. COLORADO CASTELLARY Y I. MORENO SÁNCHEZ) (coord. L.F. SOLANO SANTOS), Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad Complutense de Madrid, 2014, p. 163.

creadas exclusivamente para determinados juegos que gozan de alto presupuesto.

2.3. *El guion u objetivo.*

Además del programa de ordenador y los elementos audiovisuales, todos los videojuegos necesitan un guion, un objetivo o unas pautas que el jugador debe seguir mediante la interacción con las diferentes pantallas, elementos y opciones que establecen los desarrolladores, dotando de sentido al juego. La aventura u objetivos se muestran de forma pasiva, el jugador observa el universo ficticio y decide por sí mismo interactuar con esas opciones, capacidades o directrices dadas por el autor, accionando reacciones o respuestas que permiten avanzar y lograr un objetivo preestablecido, donde cada una de esas acciones provoca cambios en el entorno digital¹¹.

2.4. *Elementos complementarios.*

Además de los tres elementos esenciales que componen un videojuego, los desarrolladores también deben tener presentes elementos complementarios o derivados que surgen de sus creaciones, y que requieren muchas veces de no menos atención jurídica: a) La importancia y beneficios de los videojuegos desemboca que las compañías productoras aprovechen el tirón mediático generado por sus creaciones para vender todo tipo de *merchandising*: tazas, camisetas, disfraces, cartas o figuras, la lista se puede hacer casi interminable. b) Muchas desarrolladoras deciden, con el paso del tiempo, volver a producir una nueva versión de un producto ya desarrollado, llamados *remakes o remasters*, normalmente aplicando los avances tecnológicos o gráficos que se han desarrollado con el paso de los años. c) Una vez el videojuego ha alcanzado un estado de desarrollo lo suficientemente avanzado como para ser utilizado se considera generalmente en fase beta, no obstante las probabilidades de que el programa informático contenga errores o *bugs* son muy elevadas, en estos casos las compañías suelen contratar a los llamados *beta testers*. Su finalidad es la de comprobar la correcta funcionalidad y operatividad del producto, con los cuáles generalmente se acuerdan contratos de confidencialidad -desde luego, es lo aconsejable-. d) Dentro del sector de los videojuegos existe una variante competitiva o profesional conocida como e-Sports. Su regulación, como ocurre con el propio videojuego, no está específicamente establecida, de tal modo que debe aplicarse una legislación análoga. Además surge el interrogante de si realmente los e-Sports pueden ser considerados deporte, en este sentido el Comité Olímpico Internacional elaboró un comunicado¹² al respecto. En él se señala que los e-Sports pueden ser una plataforma compatible con el Movimiento Olímpico puesto que los jugadores se entrenan con una intensidad comparable a los atletas profesionales, siempre que exista una organización que garantice el cumplimiento de ciertas reglas y se respeten los valores olímpicos. Respecto a su regulación, los clubes deportivos que participan en estas competiciones suelen crearse mediante la figura de sociedades, de acuerdo con la Ley de Sociedades de Capital¹³, y los jugadores establecen una relación laboral con los clubes que encuadra con el art. 1

¹¹ J. A. CORBAL, *Curso de narrativa en videojuegos*, RA-MA Editorial, Madrid, 2017, p. 22.

¹² J. RODRÍGUEZ TEN, *Los e-Sports como ¿deporte?: Análisis jurídico y técnico-deportivo de su naturaleza y los requisitos legales exigidos*, Editorial Reus, Universidad San Jorge, Zaragoza, 2018 p. 19.

¹³ BOE-A-2010-10544, de 2 de julio de 2010.

de la Ley del Estatuto de los Trabajadores¹⁴, así como también con lo establecido en el art. 2.1.d del mismo ET, en caso de participación en competiciones de e-Sports.

III. RÉGIMEN JURÍDICO

En lo referente a la normativa que es de aplicación o influencia en materia de videojuegos expondremos, primero, la normativa internacional más importante, esto es, generalmente tratados internacionales de los que España y otros países forman parte, que son vinculantes y aplicables en España; por otro lado, analizaremos brevemente la regulación del videojuego en algunos países para comprobar y comparar nuestra regulación con otros ordenamientos; en tercer lugar identificaremos y expondremos las leyes europeas aplicables en nuestro ordenamiento; en último lugar haremos una breve referencia a la normativa española aplicable, antes de entrar en más detalle en la propia regulación del videojuego en el ordenamiento español, en los siguientes puntos del trabajo.

1. NORMATIVA INTERNACIONAL.

El Convenio de Berna para la Protección de la Obras Literarias y Artísticas¹⁵ determina las protecciones mínimas necesarias que han de establecerse en los Estados Contratantes, entre ellos España, para garantizar la correcta protección del contenido creativo literario y artístico realizado por sus autores. Es importante tener en cuenta este convenio ya que permitió coordinar la legislación sobre derechos de autor a escala internacional. Algunos de los artículos a destacar son los siguientes: a) El art. 2.1 nos define qué se entienden por obras literarias y artísticas, entre las cuales no se incluyen programas de ordenador ni, mucho menos, los videojuegos, por razones cronológicas -arreglos posteriores solucionarán la falta de categorización respecto del programa de ordenador-. Sin embargo, es importante tener en cuenta este tratado pues ofrece a los creadores artísticos, como músicos o dibujantes, los medios para controlar la explotación de sus obras, contenidos que sí se integran en un videojuego. b) Los arts. 2.2, 2.4, 2.7 y 2 bis establecen determinadas excepciones o reservas como la potestad de no otorgar protección a aquellas obras que no cuenten con soporte material. Los arts. 3 y 4 determinan los criterios generales para la protección de la obras, esencialmente aquellos a los que el tratado otorga la consideración de autores, así como el concepto de obras publicadas (art. 3.3), en tanto que obras publicadas con el consentimiento del autor y distribuidas conforme las necesidades del público. Los arts. 5 y 6 resultan importantes pues establecen el principio de trato nacional, esto es, las obras no nacionales publicadas en los Estados Contratantes gozarán de los mismos derechos que las leyes establezcan sobre las obras nacionales.

Importante mencionar también el artículo 6 bis, en lo referente a derechos morales, confiriendo al autor el derecho de reivindicar “*la paternidad*” de la obra y oponerse ante cualquier modificación que menoscabe la reputación u honor de la misma. El artículo 7 establece un plazo de protección que se extiende durante toda la vida del autor y un

¹⁴ BOE-A-2015-11430, de 23 de octubre de 2015.

¹⁵ TRT/BERNE/001, de 28 de septiembre de 1979.

plazo mínimo de 50 años tras su muerte -plazo que aumentará posteriormente-, así como algunas especialidades y especificaciones. Finalmente, del artículo 8 al 21 se establecen una serie de derechos (traducción, reproducción, representación, etc.) que protegerán las obras de los autores dependiendo del tipo de obra (musicales, cinematográficas, artísticas, etc.) u autoría (identidad conocida o desconocida del autor, obras anónimas o seudónimas).

Por otro lado, con la firma de la Convención de Estocolmo¹⁶, se creó la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante OMPI), una organización de las Naciones Unidas que cuenta con 193 Estados miembros, entre los que se encuentra España, cuyo objetivo es fomentar la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo y asegurar la cooperación administrativa entre los Estados. En lo referente a derechos de autor, la OMPI ha elaborado dos tratados muy importantes: El Tratado sobre Derecho de Autor¹⁷ (en adelante WTC, abreviatura de WIPO Copyright Treaty) y el Tratado de Interpretación y Fonogramas¹⁸ (en adelante WPPC, abreviatura de WIPO Performances and Phonograms Treaty).

Por su parte el WTC es un arreglo particular del Convenio de Berna, anteriormente explicado, que se basa principalmente en la protección de las obras y los derechos de sus autores en el entorno informático. El WTC se fundamenta en dos elementos de protección (no incluidos en el Convenio de Berna anteriormente): los programas de ordenador (art. 4) y las bases de datos (art. 5). Asimismo también confiere los derechos de distribución, alquiler y el derecho de comunicación al público (arts. 6, 7 y 8, respectivamente), así como una serie de especificaciones (limitaciones, excepciones, obligaciones, etc.) en los siguientes artículos. Este tratado es de especial importancia para el videojuego dado que reconoce la relevancia del papel de las nuevas tecnologías en el tráfico comercial y económico, e introduce al programa de ordenador como categoría jurídica protegida por el Convenio de Berna.

Respecto al WPPC, se desarrollan los derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes (actores, músicos, cantantes, etc.) y los productores de fonogramas. El tratado otorga derechos patrimoniales a los artistas o ejecutantes por sus ejecuciones o interpretaciones fijadas en fonogramas: el derecho de reproducción (art. 7), el derecho de distribución (art. 8), el derecho de alquiler (art. 9) y el derecho de puesta a disposición (art. 10); y no fijadas en fonogramas (actuaciones en vivo), establecidas en el artículo 6: el derecho de radiodifusión, excepto en el caso de retransmisiones, el derecho de comunicación al público y el derecho de fijación de sus ejecuciones o interpretaciones. En cuanto a los productores de fonogramas, el tratado les otorga el derecho de reproducción (art. 11), el derecho de distribución (art. 12), el derecho de alquiler (art. 13) y el derecho de puesta a disposición (art. 14). El tratado otorga también una serie de derechos morales a los artistas intérpretes o ejecutantes en el art. 5. En este caso, la importancia del tratado reside en la relación con el videojuego respecto de las obras reguladas en el tratado, en tanto que la música, los sonidos o las retransmisiones son elementos esenciales del mismo.

¹⁶ TRT/CONVENTION/001, de 28 de septiembre de 1979.

¹⁷ TRT/WCT/001, de 20 de diciembre de 1996.

¹⁸ TRT/WPPT/001, de 20 de diciembre de 1996.

2. DERECHO COMPARADO

La OMPI publicó en 2013 un estudio¹⁹ muy ilustrativo sobre la protección de los videojuegos en el ámbito del derecho de autor en diferentes legislaciones nacionales: Alemania, Argentina, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Dinamarca, Egipto, España, los Estados Unidos de América, India, Italia, Japón, Kenia, la República de Corea, Rusia, Ruanda, Senegal, Sudáfrica, Suecia y Uruguay. Analiza el enfoque que ha adoptado cada legislación nacional para la protección de los videojuegos, examinando la situación jurídica de los autores, editores y productores en el desarrollo de un videojuego, así como los regímenes aplicables a la cesión de los derechos de explotación entre estas partes. Una de las cuestiones más importantes que se analizan a través del estudio es la clasificación jurídica del videojuego, exponiendo la calificación que le otorgan los diferentes países a estas obras e intentando aportar claridad sobre la materia, conscientes del desafío que representa.

2.1. Clasificación jurídica

En referencia a este último aspecto mencionado, el estudio corrobora y analiza la complejidad de la clasificación jurídica de los videojuegos, teniendo en cuenta que sus diferentes elementos creativos son protegidos jurídicamente de manera individual, constituyendo el programa informático el elemento esencial del videojuego. Efectivamente, los elementos que componen un videojuego se unen para conformar un único producto final pero ello no conlleva, sin embargo, la protección jurídica de esa obra final como un todo, sino que en la mayoría de legislaciones se protegen esos elementos individuales de forma separada, como sucede en las legislaciones nacionales europeas.

En este sentido, el estudio destaca el debate que surge de la clasificación de los videojuegos entendidos como un todo: sea un como un trabajo multimedia, un trabajo audiovisual o, principalmente, un programa de ordenador. Según establece el documento, los autores generalmente apuestan por considerar el videojuego como obra multimedia dentro de la categoría de obras audiovisuales, en tanto que obra compuesta por diversos elementos creativos, integrados y relacionados mediante un formato digital que permite el uso e interacción con esos elementos²⁰. La clasificación como obras audiovisuales surge de la idea que el videojuego consiste en una serie de imágenes relacionadas cuya finalidad intrínseca es la de ser mostradas. Veremos más adelante que esta postura también es la dominante dentro de la doctrina española²¹. El problema que surge, nos indica, radica en que ese no es el propósito del videojuego, no se trata de un

¹⁹ A. RAMOS, L. LOPEZ, A. RODRÍGUEZ, T. MENG Y S. ABRAMS, *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches*, WIPO, 2013.

²⁰ S. F. ÁLVAREZ CABRERA Y K. Y. REYES HERNÁNDEZ, «Protección jurídica de los videojuegos a través del derecho de autor», *Revista Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, Vol. 16, nº31, Enero-Junio 2017, p. 166.

²¹ M.C. ÁLVAREZ PASTOR, «La protección jurídica del Videojuego», *Propiedad Industrial & Intelectual* (Dir. E. ORTEGA BURGOS) (coords. M. ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M. GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, D. VÁZQUEZ ALBERT Y J. F. LASQUETTY QUINTANA), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 235. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Manual De Propiedad Intelectual*, 4ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 63. A. GONZÁLEZ GOZALO. «La noción de obra audiovisual en el Derecho de Autor», *Revista Pe.I.* nº7, Enero-Abril 2001, pps. 66-67.

producto donde el consumidor tenga una participación pasiva, donde simplemente se limite a ver esas imágenes. Otros autores señalan por ello que no es fácil clasificar los videojuegos como obras audiovisuales, pues los autores de esas aportaciones audiovisuales no siempre resultan ser trabajadores relacionados con la desarrolladora o editora, es decir, pueden ser autores independientes cuyos derechos no tienen por qué coincidir con los derechos solicitados por los productores del videojuego²².

Asimismo, entre los diferentes países que se analizan en el documento, ninguno acaba ofreciendo una respuesta clara entorno a esta cuestión, pues dependiendo de la legislación nacional, doctrina y jurisprudencia las opiniones difieren: países como Argentina, China o Rusia consideran que los videojuegos son principalmente programas de ordenador dada la naturaleza del producto y la dependencia de los demás elementos audiovisuales que se integran sobre la base de dicho software. Otros países como Brasil, Francia, Alemania, Japón o Estados Unidos consideran que la alta complejidad que ofrece la creación de un videojuego implica que deben tener una clasificación distributiva, es decir, la protección legal de los diferentes elementos que conforman el videojuego deben producirse de manera separada e individualizada dada la diferente naturaleza de cada uno de esos elementos -lo que vendría siendo la categorización como obra multimedia-. Por último, un tercer grupo donde se incluyen Kenia y la República de Corea consideran que los videojuegos son esencialmente creaciones audiovisuales, pues aunque el programa de ordenador subyacente también reciba protección, los elementos audiovisuales que conforman el videojuego gozan de mayor importancia. Determinar la clasificación jurídica del videojuego es una tarea compleja dadas las características ontológicas de la obra, un asunto controvertido en el que ni la legislación, doctrina ni jurisprudencia de todo el mundo consiguen ponerse de acuerdo.

2.2. Protección jurídica del videojuego en EE.UU., Japón, China y Europa.

El estudio continua analizando el estado jurídico del videojuego en diferentes países, señalando su clasificación jurídica. Dada la envergadura y la cantidad de países analizados, entraremos en los más importantes dentro de la industria del videojuego: Estados Unidos, China y Japón, y analizaremos también algunos países de la Unión Europea.

En el caso de Estados Unidos. los derechos de explotación se encuentran recogidos en la United States Copyright Act, actualmente incluida en la vigente Copyright Law of the United States²³. Se establece que gozarán de los derechos de protección de autor aquellas obras originales, fijadas en un medio, ya sea analógico o digital, y que puedan ser percibidas y reproducidas (17 U.S. Code § 102). En el caso de los videojuegos, aunque no estén señalados específicamente en la ley, cumplen con esas características por lo que gozarán de tal protección. No obstante, la clasificación de los videojuegos no está clara, por lo que su protección variará dependiendo de cada juego en particular y los elementos que lo integren, p. ej., si predominan los elementos gráficos o visuales, el videojuego se clasificará como una obra de artes visuales, si lo que predominan son sus elementos audiovisuales se clasificará como obra audiovisual o cinematográfica, o

²² A. RAMOS, *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches*, p. 10.

²³ U. S. COPYRIGHT OFFICE. *Copyright Law of the United States*, 1976. Disponible en: <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>

puede clasificarse como programas de ordenador, en cuyo caso el código fuente se identifica como obra de autor²⁴.

Son interesantes en este sentido algunas sentencias de la jurisprudencia estadounidense, como el caso *Midway Manufacturing Co. v. Artic International, Inc.*²⁵, en la cual el tribunal intenta encontrar el encuadre legal del videojuego, otorgando una interpretación abierta al significado que se otorga a las obras audiovisuales dada la naturaleza inherentemente flexible de la ley, evitando de esta manera que el congreso esté constantemente revisando su clasificación jurídica²⁶.

En relación al registro de las obras creativas, el criterio aplicado por la *U.S. Copyright Office* es que basta con un registro único, donde se establezca en el formulario de solicitud el tipo de obra más apropiado²⁷: el registro como obra literaria en los casos de programa de ordenador, el registro de obra de artes visuales si lo que predomina son sus elementos gráficos o un registro como obra cinematográfica si lo que predomina son sus elementos audiovisuales o se trata en esencia de una película. El correspondiente registro se extenderá a todos los elementos con derechos de autor generados por el programa.

Respecto a la titularidad de estos derechos, en general los productores y editores suelen asumir el riesgo comercial del proyecto y suelen ser por ello los titulares de los derechos de propiedad intelectual del videojuego, no obstante, los acuerdos contractuales entre éstos y empleados del juego son fundamentales, pues la propiedad intelectual y los derechos de explotación deben ser cedidos de forma contractual a los empleadores. La autoría, por tanto, suele recaer en el empleador que contrata a los desarrolladores del videojuego en cuestión (17 U.S. Code § 201.b). La autoría, además, puede ser propiedad de una persona o un grupo de personas, cuando una obra es creada por más de una persona se puede dividir en dos clasificaciones: un trabajo colectivo, donde se reúnen las contribuciones de sus miembros para formar un producto único, en el que los autores de la obra poseen los derechos de autor del contenido creado por ellos mismos; o un trabajo conjunto, donde los autores de la obra unen sus contribuciones de forma inseparable e interdependiente por lo cual comparten los derechos de autor respecto a toda la obra (17 U.S. Code § 201.c).

En el caso de China, cualquier obra de literatura, arte, ciencias, ingeniería o tecnología están protegidas por la Ley de Derecho de Autor de la República Popular de China²⁸ (en adelante *PRC Copyright Law*). Más concretamente, la protección de los videojuegos se encuentra asociada a la protección para programas de software con derechos de autor u obras audiovisuales, establecida en las Regulaciones para la Protección del Software de

²⁴ *Caso Atari, Inc. v. North American Philips Consumer Electronics Corp.*, 672 F.2d 607 (7th Cir. 1982). Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/672/607/331150/>.

²⁵ *Caso Midway Manufacturing Co. v. Artic International, Inc.*, 704 F.2d 1009 (7th Cir. 1983). Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/704/1009/107395/>.

²⁶ C. A. SEGURA VENEGAS, *Jurisprudencia Española y Estadounidense acerca de la Protección Jurídica de los videojuegos y su originalidad*, Trabajo de Fin de Máster, Universidad Internacional de La Rioja, Granada, 2019, p. 30.

²⁷ A. RAMOS, *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches*, p. 90.

²⁸ WIPO, *Copyright Law of the People's Republic of China*, 1991. Disponible en: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn001en.pdf>.

Computadora²⁹ (en adelante, RCSP), que otorgan una definición amplia al concepto de “*Software de Computadora*” para incluir todo tipo de programas de ordenador y todos sus elementos asociados. Dada la complejidad y la cantidad de personas involucradas en el desarrollo de un videojuego, cada contribuyente en la cadena de valor del videojuego, como un programador, un guionista, un compositor o un diseñador, entre otros, será considerado como un codesarrollador, en cuyo caso disfruta de los derechos de autor del trabajo que crea y serán también dueños de los derechos de autor de manera conjunta (RCSP, art. 10).

En China, sin un acuerdo de transferencia de derechos de autor del desarrollador no se considerará que los derechos de autor se hayan transmitido, pues se establece que el autor de una obra es aquel que la crea, salvo cuando se crea bajo el acuerdo de una entidad jurídica u otra organización, responsable del desarrollo de dicha obra. En cualquier caso, se considerará el autor de la obra aquel ciudadano, la entidad legal u otra organización cuyo nombre se mencione en relación con la obra creada, salvo prueba en contrario (art. 11 *PRC Copyright Law*). Por lo tanto, en las relaciones entre el empresario y el empleado, los empleados que contribuyen al videojuego no entran dentro de la categoría de autor, ya que la autoría se atribuye al empleador, en tanto que obra creada por cuenta ajena. En este sentido, cualquier empleado que contribuya al videojuego, sobretodo cuando su trabajo se realiza usando los recursos materiales y técnicos del empleador, se considerará subordinado del empleador y por tanto éste se considerará legalmente el autor (*PRC Copyright Law*, art. 13). En el caso de creadores múltiples, los coautores pueden existir siempre que hayan participado en la creación de la obra. Si un videojuego creado conjuntamente puede separarse en partes independientes y explotarse por separado, cada coautor puede tener derechos de autor independientes en las partes que creó, siempre que el ejercicio de dichos derechos de autor no perjudique los derechos de autor de los demás coautores.

Por otro lado, en lo que respecta al ordenamiento de Japón, todas las obras creadas se protegen a través de la *Japanese Copyright Act*³⁰ (en adelante JCA). Una vez más, como ocurre en todas las jurisdicciones, el art. 10 de la JCA no hace mención específica a los videojuegos, pero la jurisprudencia ha reconocido a los videojuegos como obras cinematográficas de conformidad con el art. 2(3) de la JCA, entendiéndolas como obras que producen efectos audiovisuales análogos a los de la cinematografía y fijadas en un medio³¹.

Debe tenerse en cuenta que no todos los videojuegos se pueden calificar como obras cinematográficas. Algunos videojuegos pueden tener elementos audiovisuales que pueden no ser del todo similares al de aquéllas. En este caso, el código de computadora o software utilizado para ejecutar los elementos audiovisuales también puede protegerse bajo la JCA como obra literaria, aunque dicha protección no cubre el lenguaje de programación, las reglas y los algoritmos de un programa de computadora, por lo que solo el código fuente gozará de protección, siempre que sea creativo y original (JCA, art. 10). En Japón, en caso de duda, se deberá realizar un análisis de la obra para

²⁹ WIPO. *Regulations for Computer Software Protection*, 2002. Disponible en <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn002en.pdf>.

³⁰ WIPO. *Japanese Copyright Act*, 1970. Disponible en: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/jp/jp081en.pdf>.

³¹ A. RAMOS, *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches*, p. 54.

determinar si sus características se asemejan más a una obra cinematográfica o a un programa de ordenador.

En cualquier caso, el Tribunal Supremo japonés califica los videojuegos como obras cinematográficas, estableciendo que producen efectos visuales y audiovisuales similares a los de las películas y otras obras audiovisuales³². En este sentido, la determinación de la autoría es la clave para establecer la propiedad de los videojuegos: todos los creadores, productores o editores pueden considerarse autores. Los creadores se presumen autores cuando aparezca su nombre u otra denominación que le represente en el contenido de la obra o en su distribución (JCA, art. 14). El productor o productores que contribuyan en la creación de la obra serán calificados también como autores. Los empleados que contribuyan a la obra en el ejercicio de sus funciones podrán mantener derechos de autor independientes si su contribución no se realiza por iniciativa del empleador o en el desarrollo normal de su actividad laboral, y siempre que el empleador no haya renunciado a ese derecho de autoría, ya sea de manera pública o mediante contrato (JCA, art. 15).

Entrando ahora en el ámbito europeo, en el caso de Alemania la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos - Ley de Derechos de Autor³³ (en adelante, UrhG), brinda protección a los autores de obras literarias, científicas y artísticas que incluyen obras audiovisuales y programas informáticos. Una vez más, no hay regulación o clasificación jurídica específica respecto los videojuegos en la ley. La doctrina legal alemana los considera obras multimedia y aplica diferentes clasificaciones a su protección, ya sean entendidos como programas de ordenador sobre el cual subyacen los aspectos audiovisuales, en cuyo caso se aplica la Sección VIII de la Parte I de UrhG; o entendidos como obras cinematográficas, cuyo régimen se desarrolla en la Sección I de la Parte III de la UrhG. En este caso, las obras cinematográficas deben ser creaciones intelectuales personales donde en el trabajo colectivo de todos los contribuyentes se utilicen métodos similares a las películas, logrando un cierto nivel de creación artística. Si el trabajo no logra este nivel de originalidad, la jurisprudencia ha establecido una protección del apartado audiovisual del videojuego como “*imágenes en movimiento*”³⁴.

Si se clasifica al videojuego como programa de ordenador, serán autores aquellas personas que realicen una contribución creativa al proceso de ingeniería del software. El productor/empleador será el propietario exclusivo de los derechos económicos del software cuando sea creado por el empleado durante el desempeño de sus funciones o por encargo a terceros, siempre que no se establezca lo contrario en el contrato de trabajo (§ 69b (1) UrhG).

En el caso de Francia el Código de Propiedad Intelectual³⁵ (en adelante CPI) no proporciona una clasificación legal ni, una vez más, un régimen específico para los videojuegos, sino que se encuentran protegidos en los arts. L112-1 y L112-2, que

³² COURTS IN JAPAN, JUDGMENTS OF THE SUPREME COURT, *Case number 2001 (Ju) 952*, 2002.04.25. Disponible en: https://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=581.

³³ BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz*. 1965. Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/urhg/UrhG.pdf>.

³⁴ A. RAMOS, *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches*, p. 41.

³⁵ LÉGIFRANCE. *Code de la Propriété Intellectuelle*, 1992. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006069414/>.

protege los derechos de autor de una lista abierta de obras: libros, composiciones musicales, trabajos gráficos o software, entre otros.

Asimismo, el estudio de la OMPI nos indica que la jurisprudencia francesa considera los videojuegos una creación compleja en la cual todos los componentes, como el guion, la música o el software, deben estar sujetos al marco legal que les sea aplicable. En este sentido, se señala además un estudio encargado por la Asamblea Nacional de Francia³⁶ que concluyó que los litigios sobre videojuegos son raros y que el estado legal tan fragmentado en el que se encuentra el videojuego no exige la creación de una definición y un régimen especiales para los videojuegos en Francia. El documento sugiere, no obstante, que las reglas de derechos de autor deberían modificarse para tener en cuenta la especificidad de estas obras modernas.

Finalmente, en el caso de Italia, una vez más, no hay regulación específica o definición propiamente señalada para el videojuego. La corte de Turín clasificó al videojuego por primera vez como obras audiovisuales en 1983³⁷, sin embargo la Corte Suprema Italiana, consciente de las complicaciones de considerar al videojuego como obra audiovisual califica el videojuego como obras multimedia, mientras que parte de la doctrina italiana sugiere que, dada la naturaleza del videojuego, deberían considerarse como obras colectivas³⁸.

3. DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

Dado que España es miembro de la Unión Europea, serán de aplicación los tratados y directivas que los órganos europeos dicten en materia de videojuegos. En este sentido, veamos las directivas más importantes en esta materia:

La Directiva 2009/24/CE, sobre la protección jurídica de programas de ordenador³⁹, armoniza las normativas nacionales de los Estados miembro y concede a cualquier forma de expresión de un programa de ordenador -como el videojuego- una protección con arreglo a la legislación sobre derechos de autor como obras literarias, tal y como vienen definidas en el Convenio de Berna (arts. 1.1 y 1.2). Cabe destacar lo señalado en su octava consideración y en el art. 1.3, en tanto que entre los criterios para considerar si una obra es original o no nunca se tiene en cuenta el carácter cualitativo de la obra ni el valor estético del programa, sino que el programa de ordenador quedará protegido mientras sea una creación intelectual propia del autor, sin necesidad de ningún otro criterio. El art. 2 otorga la titularidad de los derechos sobre los programas de ordenador a la persona o grupo de personas creadores del programa, o del empresario en el caso desarrollo por un trabajador asalariado. Los derechos exclusivos del titular están recogidos en el art. 4 y comprenden la reproducción total o parcial del programa de

³⁶ M. PATRICE MARTIN-LALANDE, *Mission Parlementaire sur le Régime Juridique du Jeu Vidéo en Droit d'Auteur*, 30 de mayo- 30 de noviembre de 2011.

Disponible en: https://www.culture.gouv.fr/Media/Missions/rapport_statut-juridique-jeu-video_P-Martin-Lalande_dec2011.pdf.

³⁷ N. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 86», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2007, p. 1156.

³⁸ C. ROGGERO, «Diritto d'autore e industriale», *The Legal Status of Video Games in Italy*, 18 abril de 2016, disponible en: <https://www.dandi.media/en/legal-status-video-games-italy/>.

³⁹ D.O. n° L 111 de 5 de mayo de 2009.

ordenador, la traducción, adaptación y cualquier otra transformación del mismo así como cualquier otra forma de distribución pública. El art. 5 establece determinadas excepciones a los actos sujetos a restricciones mientras que el art. 7 señala determinadas medidas especiales de protección.

La Directiva 2006/115/CE, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual⁴⁰, otorga el derecho a autorizar o prohibir el alquiler y préstamo de originales y copias de obras protegidas por el derecho de autor en el marco del espacio común europeo (art. 1). A través del diferente articulado de la norma se establecen la titularidad, remuneración, derechos de fijación, distribución y demás derechos correspondientes en el ámbito de la propiedad intelectual.

Por su parte, la Directiva 2006/116/CE, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines⁴¹, armoniza el plazo de protección de los derechos de autor. Resulta importante señalar que extiende la protección de los derechos de autor a los setenta años tras la muerte del autor (artículo 1.1), excluyendo los derechos morales (art. 9). El plazo depende de la modalidad del titular: la muerte del último autor superviviente en el caso de varios autores (art 1.2), setenta años tras la publicación en caso de obras anónimas (art. 1.3), y en el caso de obras por fascículos o partes, el plazo correrá por separado para cada parte (art. 1.5). En el caso de las obras audiovisuales, expirará setenta años después de la muerte del último coautor entre: el director principal, el autor del guion, el autor de los diálogos y el compositor de la banda sonora (art. 2.2).

La Directiva 96/9/CE⁴² sobre bases de datos, considera autor al creador de una base de datos (art. 4), que ostentará un derecho exclusivo de realizar o autorizar su reproducción, traducción, adaptación, reordenación, distribución, comunicación o exhibición (art. 5). El usuario legítimo podrá realizar todos los actos necesarios para el efectivo uso de la base de datos (art. 6). Los estados miembros conservan la facultad de imponer limitaciones a los derechos de los autores creadores de bases de datos, como puede suceder por motivos de seguridad (art. 2). El artículo 7 otorga al creador una protección frente a su inversión económica y humana prohibiendo la extracción y/o reutilización de la totalidad o una parte sustancial de la base de datos cuando represente un valor significativo de la misma. El usuario legítimo sí podrá extraer o reutilizar aquellas partes que no se consideren esenciales (art. 8). Asimismo, los estados miembros podrán autorizar la extracción/utilización de la base de datos en casos específicos (art. 9). Estas protecciones nacerán en el momento en que se haya constituido la base de datos y durarán quince años después del 1 de enero del año siguiente a la fecha en que fuera terminada.

La Directiva 2001/29/CE⁴³, sobre los derechos de autor en la sociedad de la información (en adelante DSI), fue un importante directiva que armonizó el WCT y el WPPT, mencionados anteriormente. La DSI obliga a los estados miembros a establecer derechos exclusivos en materia de reproducción, comunicación al público y distribución

⁴⁰ D.O. n° L 376 de 27 de diciembre de 2006.

⁴¹ D.O. n° L 372 de 27 de diciembre de 2006.

⁴² D.O. n° L 77 de 27 de marzo de 1996.

⁴³ D.O. n° L 167 de 22 de junio de 2001.

(arts. 2, 3 y 4, respectivamente) y establece una serie de excepciones y limitaciones en el art. 5. El artículo 6 armoniza los sistemas de protección tecnológicos, esto es, protecciones de tipo digital que impiden la realización de acciones sin la autorización del titular de los derechos de autor -recogidos en nuestro ordenamiento en el artículo 196 de la LPI-. Un ejemplo sería la codificación de las copias o la introducción de claves de acceso que el usuario debe conocer⁴⁴. El objetivo de estas prácticas es evitar que terceros puedan acceder a estas obras para disfrutarlas gratuitamente o peor aún, utilizarlas para fines ilegítimos.

La Directiva 2004/48⁴⁵ contiene unos mecanismos mínimos y comunes respecto de la tutela de los derechos de propiedad intelectual. La norma establece disposiciones relativas a las pruebas (arts. 6 y 7) y al derecho de la información (art. 8), medidas provisionales y cautelares (art. 9), medidas derivadas y alternativas (art. 10, 11 y 12), daños y perjuicios (art. 13), costas procesales (art. 14) y sanciones aplicables por los estados miembro (art. 16).

En materia audiovisual, la Directiva 2010/13/UE, de servicios de comunicación audiovisual⁴⁶, intenta promover el funcionamiento adecuado de un mercado de servicios de comunicación audiovisual en el marco de la Unión Europea, promoviendo la diversidad cultural y la protección al consumidor y del menor. Entre su articulado, cabe destacar el artículo 3, señalando que los Estados miembros deben garantizar la libertad de recepción y evitar la obstaculización de las retransmisiones de otros Estados miembro en su territorio nacional, pudiendo establecer excepciones si se cumplen las condiciones reguladas en el artículo 1.2. El artículo 19 señala que la publicidad televisiva y la televenta deben ser fácilmente identificables e indica en sus artículos posteriores una serie de criterios y pautas a considerar para lograr tal objetivo.

Finalmente, la Directiva 2019/790/UE, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital⁴⁷ -que modifica las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, explicadas anteriormente-, actualiza las directivas que conforman en conjunto la legislación europea sobre derechos de autor, si bien no las reemplaza. Se facilita el acceso de materiales protegidos por derechos de autor con diferentes propósitos, principalmente relacionados con el acceso al conocimiento, mediante excepciones obligatorias a los derechos de autor (arts. 3, 4 y 5). Se regulan medidas para facilitar la concesión de licencias para lograr un mayor acceso a los contenidos (arts. 8 y 12). Se establecen asimismo una serie de medidas encaminadas a garantizar el correcto funcionamiento del mercado de derechos de autor (arts. 15 y ss.).

4. DERECHO ESPAÑOL

Antes de entrar a abordar la legislación española aplicable en materia de videojuego con mayor profundidad, se realizará en este apartado una pequeña introducción al respecto. Para empezar, para identificar la legislación aplicable, partiendo de lo que entendemos

⁴⁴ M.C. ÁLVAREZ PASTOR, «La protección jurídica del Videojuego», *Propiedad Industrial & Intelectual*, p. 236.

⁴⁵ D.O. n° L 157 de 30 de abril de 2004.

⁴⁶ D.O. n° L 95 de 15 de abril de 2010.

⁴⁷ D.O. n° L 130 de 17 de mayo de 2019.

por videojuego, llegamos a varias conclusiones: a) Se trata de una creación, una obra, ello nos sitúa directamente en la Ley de Propiedad Intelectual, que requiere además que dicha obra sea original. b) Combina diversos elementos, ello significa que estos elementos, como obra intelectual amparada por la LPI, deben tener su correspondiente protección jurídica, sea de forma separada o en conjunto. c) Se proyectan sobre una pantalla, de modo que en este sentido se expresan por algún medio.

El problema surge cuando, como hemos visto ya en los demás ordenamientos internacionales, el videojuego no se encuentra regulado de manera específica en el ordenamiento español, sino que sus diferentes elementos se protegen por separado, por ejemplo los elementos audiovisuales (art. 86 y ss. LPI) o el programa informático (art. 95 y ss. LPI). De hecho, el debate sobre la clasificación jurídica del videojuego continúa siendo indescifrable, aunque ello no signifique que estas obras digitales carezcan de protección en el ordenamiento, ni mucho menos.

En este sentido, y como ya se ha mencionado, el videojuego, como obra digital creativa manifestada mediante un medio, encuentra su protección en la LPI, especialmente al amparo del artículo 10. Dicho artículo, además de gozar de una condición jurídica *numerus apertus*, señala mismamente el programa de ordenador y las obras audiovisuales como objeto de propiedad intelectual. Además, deberemos siempre tener en cuenta las diferentes directivas y tratados suscritos por España, como la Directiva UE 2010/13, de Servicios de Comunicación Audiovisual en el caso de los elementos audiovisuales o la Directiva 2009/24/CE, sobre la protección de programas de ordenador en caso del programa informático, o el Convenio de Berna mismamente - junto con sus arreglos posteriores-.

IV. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL VIDEOJUEGO EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

1. CONCEPTO JURÍDICO

Una de las mejores definiciones del videojuego que encontramos en la doctrina española sería la siguiente -entendidas como obras multimedia-: “*Creación digital que combina, a través de un programa de ordenador, elementos pertenecientes a diversos medios, tales como el video, el sonido, la imagen estática, la animación gráfica o el texto, permitiendo al usuario interactuar con su contenido*”⁴⁸. Partiendo de esta definición, su encaje en el art. 10 de la LPI es innegable, a pesar de que no aparezca listada *per se* en el propio artículo, considerando los requisitos de creación, originalidad de esa creación y la expresión o exteriorización mediante cualquier soporte. Ahora bien, si buscamos la categoría de “*Videojuego*” en la propia LPI tampoco la hallaremos, pero ni en legislación española ni en ninguna internacional, como hemos visto a lo largo del trabajo. Es aquí donde radica uno de los puntos más interesantes del trabajo: su clasificación jurídica. El videojuego está compuesto por tres elementos principales: el programa de ordenador -base que ejecuta los procesos y la información en él contenidos-, los elementos audiovisuales -que permiten caracterizar el mundo ficticio

⁴⁸ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Manual De Propiedad Intelectual*, 4ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 63.

digital-, y el guion o estructura -que otorga sentido u objetivos al juego-. Estos elementos son dependientes los unos de los otros, no están simplemente yuxtapuestos, la suma de los tres elementos son lo que da sentido y forma al videojuego, y en nuestro ordenamiento se encuentran protegidos de forma individual. Por tanto, a falta de calificación jurídica expresa, recurriremos a una aplicación análoga de las disposiciones de la LPI, sea como obras audiovisuales, programa de ordenador u obra multimedia.

2. NATURALEZA JURÍDICA.

En este sentido, la doctrina española ha intentado arrojar luz sobre este asunto, distinguiendo entre la obra audiovisual y el programa de ordenador, incidiendo actualmente más en su naturaleza audiovisual que en el software⁴⁹. Hay autores que se inclinan por calificar el videojuego como obras multimedia dentro de la categoría de obras audiovisuales, en cuyo caso el predominio de los elementos audiovisuales permiten considerarlo una serie de imágenes asociadas de acuerdo con el art. 86⁵⁰. En este caso es suficiente que las imágenes integradas en el programa tengan un cierto carácter secuencial, lo cual ocurre cuando los autores predeterminan previamente las interacciones desbloqueables asociadas a esas imágenes⁵¹. Otros autores rechazan esta posibilidad, dado que esta consideración no tiene en cuenta el grado de interactividad que es capaz de aportar la obra, a pesar de que las acciones y consecuencias estén predeterminadas, clasificando la obra como programa de ordenador⁵². En estos casos se considera al software o código fuente el componente principal sobre el cual se integran los demás elementos, protegidos en virtud de los arts. 10 y 95.1 de la LPI, en cuanto a su remisión sobre las demás disposiciones de la LPI como garante jurídico de esos elementos. Ocurre lo mismo en China, aunque en este caso las RCSP (Regulaciones para la Protección del Software de Computadora) otorgan protección a los videojuegos como programas de software de forma unitaria, incluyendo también sus elementos audiovisuales.

Por otro lado también existe la posibilidad de encuadrar el videojuego como obra multimedia dentro de la categoría de colecciones o bases de datos, de acuerdo con el art. 12 de la LPI, argumentando que la finalidad del programa informático es recoger una selección de datos u obras preexistentes con finalidades creativas⁵³. En este sentido ya se ha señalado que parte de la doctrina italiana⁵⁴ también considera estas obras como colecciones, en tanto que obras autónomas bajo la supervisión de un editor. Otra posibilidad es concebir al videojuego como obra protegible atípica⁵⁵, pues sus tres

⁴⁹ M.C. ÁLVAREZ PASTOR, «La protección jurídica del Videojuego», *Propiedad Industrial & Intelectual*, p. 235.

⁵⁰ R. BERCOVITZ, *Manual De Propiedad Intelectual*, p. 63. N. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 86», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, p. 1155.

⁵¹ A. GONZÁLEZ GOZALO. «La noción de obra audiovisual en el Derecho de Autor». *Revista Pe.I.* nº7, Enero-Abril 2001, pps. 66-67.

⁵² F.J. DONAIRE VILLA, *La protección jurídica de los derechos de autor de los creadores de videojuegos: 'statu quo', perspectivas y desafíos*, p. 110.

⁵³ R. BERCOVITZ, *Manual De Propiedad Intelectual*, p. 63.

⁵⁴ C. ROGGERO, «Diritto d'autore e industriale», *The Legal Status of Video Games in Italy*, 18 abril de 2016. Disponible en: <https://www.dandi.media/en/legal-status-video-games-italy/>.

⁵⁵ F.J. DONAIRE VILLA, *La protección jurídica de los derechos de autor de los creadores de videojuegos: 'statu quo', perspectivas y desafíos*, p. 123.

elementos esenciales tienen su régimen aplicable en distintos apartados de la LPI, esto es, el programa de ordenador por el art. 95 (y ss.), y el guion y los elementos audiovisuales por el régimen general derivado de la LPI. Pero cabe advertir que no en tanto la remisión prevista en el art. 95, sino como resultado de obra protegible en virtud del art. 10. Esto supone que en la práctica se sigue categorizando jurídicamente al videojuego como programa de ordenador, pues, como se se ha visto, al final tanto el guion como todos los elementos audiovisuales se encuentran introducidos y ejecutados por aquél.

En lo concerniente a la jurisprudencia, en el ámbito civil la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº160, de 23 de octubre de 2006⁵⁶ rechaza otorgar el régimen jurídico propio del programa de ordenador al videojuego, por el predominio de los elementos interactivos y multimedia. La Sentencia nº165 del Juzgado de Primera Instancia nº2 de Lugo de 5 de junio de 2012⁵⁷ establece una clasificación distributiva como obra compleja, en tanto que los elementos audiovisuales resultan obras audiovisuales de acuerdo con el art. 86, situando al videojuego más allá de un programa de ordenador. No obstante, la jurisprudencia penal sí los considera generalmente como programas de ordenador, como muestra la Sentencia del Juzgado de los Penal nº4 de Barcelona, de 28 de Enero de 2004 o la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Barcelona, de 7 de octubre de 2004⁵⁸, en tanto que los tribunales resuelven aplicando los artículos propios del Título VII del Libro I de la LPI, referentes a programas de ordenador. La jurisprudencia europea también distingue entre programa de ordenador y contenido audiovisual dado que éstos también participan de la originalidad de la obra y como tal deben estar protegidos por derechos de autor⁵⁹.

Finalmente y llegados a este punto, comprobamos que ni la doctrina ni la jurisprudencia, tanto nacional como internacional, no han podido llegar a una conclusión en lo referente a la naturaleza o clasificación jurídica del videojuego. Ello sin embargo no impide que se garantice una correcta protección jurídica para los desarrolladores de videojuegos en nuestro ordenamiento, en lo cual entraremos ahora.

V. TITULARIDAD Y CONTENIDO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

Tenemos claro que los diferentes elementos que componen el videojuego se protegen por separado. Ahora debemos hallar esa normativa que nos indique la titularidad y el contenido de esos derechos de propiedad intelectual. Para empezar, el art. 1 de la LPI establece que los derechos de propiedad intelectual surgen con la simple creación de la obra, no obstante, el artículo 10 detalla que además es necesario que la obra sea original

⁵⁶ F.J. DONAIRE VILLA, *La protección jurídica de los derechos de autor de los creadores de videojuegos: 'statu quo', perspectivas y desafíos*, p. 124.

⁵⁷ F.A. GARÍN ALEMANY, «Comentario al artículo 86», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dirs. F. PALAU RAMÍREZ Y G. PALAO MORENO), Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2017, pps. 1125-1126.

⁵⁸ F.J. DONAIRE VILLA, *La protección jurídica de los derechos de autor de los creadores de videojuegos: 'statu quo', perspectivas y desafíos*, p. 125.

⁵⁹ C.A. SEGURA VENEGAS, *Jurisprudencia Española y Estadounidense acerca de la Protección Jurídica de los videojuegos y su originalidad*, p. 15.

y se exprese mediante algún tipo de soporte. Por lo tanto, para beneficiarnos de la protección que nos otorga la LPI a nuestra obra deberemos asegurarnos que se trate de una creación original. En este sentido y en consonancia con lo establecido por el artículo 1.3 de la Directiva 2009/24/CE, no se tiene tanto en cuenta la calidad estética de la obra sino que revista de un nivel mínimo de innovación objetiva en su contenido, teniendo en cuenta, claro está, los límites en la libertad y maniobrabilidad creativa del desarrollador⁶⁰. La obra debe expresarse asimismo mediante un medio que sea perceptible, sea en formato físico o digital, para poder ser reproducida por el consumidor. En este sentido, la propiedad intelectual es un tipo de propiedad especial que se caracteriza por su inmaterialidad, esto es, no resulta tan importante su formato -frecuentemente digital-, como su exteriorización hacia el tercero que quiera disfrutar de esa obra, en tanto obra perceptible para el ser humano⁶¹.

1. TITULARIDAD.

Por un lado, el artículo 97 -de acuerdo con lo establecido en el art. 2 de la Directiva 2009/24/CE- nos indica a quien corresponde la titularidad del programa de ordenador. Esta puede recaer sobre la persona individual que crea el programa por cuenta propia, sea para sí mismo o como autónomo contratado por el empresario, en cuyo caso se le atribuyen tanto los derechos de explotación como los derechos morales. Los derechos morales son aquellos derechos vinculados a proteger la imagen, el honor y la reputación del autor, son derechos personales intransferibles e irrenunciables (art. 14 LPI), que permiten al autor oponerse ante cualquier modificación de la obra que produzca un perjuicio a su imagen o reputación, o a la integridad de la misma. Sin embargo, este derecho se aplica de forma muy desigual en la práctica, sobretodo dependiendo del tipo de obra que se trate, como por ejemplo, en el caso de las películas o series transmitidas por televisión, cortadas constantemente por los anuncios o sin la presentación de los títulos finales⁶².

Además, el citado artículo -apartado cuarto- otorga la titularidad al empresario que contrata al trabajador creador del programa por cuenta ajena, en cuyo caso los derechos de explotación corresponden al empresario, salvo pacto en contrario. Los derechos morales seguirán perteneciendo al creador del programa. Asimismo, de acuerdo con el segundo apartado del art. 97, la creación del programa puede realizarse como obra colectiva, en cuyo caso se considerará autor la persona física o jurídica que la edite y divulgue bajo su nombre, salvo pacto en contrario, por lo que esa persona ostentará tanto los derechos morales como los de explotación. En este sentido, si estamos hablando de trabajadores por cuenta ajena, no basta con que la obra sea realizada por una serie de personas conjuntamente, el empresario -persona física o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre- debe ser el coordinador esencial de las labores y aportaciones conjuntas recibidas por el resto de trabajadores. Esto ocurre incluso aunque el empresario delegue esta labor a un persona física a su servicio, en tanto que, una vez

⁶⁰ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al artículo 10», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, pps. 156-157.

⁶¹ E. GUTIÉRREZ GARCÍA, «El concepto de obra audiovisual en el Derecho Español», *Derecom*, nº29, Septiembre 2020-Marzo 2021, p.167.

⁶² J. DÍAZ NOCI, *La Propiedad Intelectual y los contenidos*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2007, p. 49.

más, trabajador asalariado por cuenta ajena a las ordenes del empresario, quien se presume que ha tenido la iniciativa de la obra. Si no existe este elemento de coordinación por parte de la persona física o jurídica, estaremos ante un caso de obras en colaboración⁶³.

Por otro lado, respecto de las obras (o elementos) audiovisuales y el guion, el art. 87 indica la titularidad correspondiente -en concordancia con las Directivas 2001/29, 2006/115, 2006/116 y 2010/13 de la UE-: a) el director-realizador, cuya independencia como máxima autoridad creativa no es absoluta, pues debe respetar los derechos de los coautores y los del productor contenidos en los contratos, generalmente de naturaleza mixta debido a los diferentes elementos a considerar en tales contratos (prestación de servicios, arrendamiento, cesión de derechos, etc.)⁶⁴. b) Los autores del argumento, adaptación, guion y diálogo, otorgando en este caso derechos de propiedad intelectual a los creadores de estas obras, siempre que se exterioricen las ideas mediante una actividad creativa, no simplemente técnica, teniendo en cuenta que las ideas en sí no son objeto de protección⁶⁵. c) Las composiciones musicales *creadas especialmente* para la obra. Cabe destacar el requisito de creación especial para la obra, cuyo rodaje puede llevarse a cabo antes o después de las imágenes, en cuyo caso se considerará coautor a quien componga la composición musical que se incorpore a la obra audiovisual⁶⁶.

2. CONTENIDO.

La protección jurídica del software o programa de ordenador en nuestro ordenamiento se rige por las reglas de derecho de autor contenidas en el Tít. VII del Lib. I de la LPI, referentes a programas de ordenador. Serán de aplicación las disposiciones aquí contenidas si clasificamos jurídicamente al videojuego dentro de la categoría del programa de ordenador. Estas disposiciones, pues, son aplicables al código fuente, que ejecuta la información e instrucciones contenidos en él permitiendo así el uso de dicho videojuego, pero qué pasa con el contenido audiovisual y el guion del juego en él introducido? Aquí es donde entra en juego el art. 95, remitiendo al restante articulado de la LPI para aquellos supuestos que no estén específicamente regulados en el Tít. VII. El problema ahora estriba en determinar la regulación de los elementos audiovisuales y el guion. Lo lógico sería pensar que los elementos audiovisuales encontrarían su encaje en el Tít. VI del Lib. I, referente a las obras audiovisuales. Sin embargo, dadas las características inherentes del videojuego, es decir, considerando el propósito de interactividad para con el jugador que tiene la incorporación de esos elementos audiovisuales en el *software*, y no la simple mostración de ellas de acuerdo con lo que nos establece el artículo 86 de la LPI, no podemos catalogar dichos elementos audiovisuales dentro de los requisitos y definición que nos establece el artículo 86⁶⁷. En

⁶³ J. P. APARICIO VAQUERO Y J. DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentario al artículo 97», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), pps. 1307-1308.

⁶⁴ F.A. GARÍN ALEMANY, «Comentario al artículo 87», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dirs. F. PALAU RAMÍREZ y G. PALAO MORENO), pps. 1135-1136.

⁶⁵ N. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 87», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), p. 1172.

⁶⁶ N. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 87», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), p. 1173.

⁶⁷ F.J. DONAIRE VILLA, *La protección jurídica de los derechos de autor de los creadores de*

este caso será aplicable la protección general que otorgan los Tít. I y II del Lib. I, teniendo en consideración el artículo 10 de la LPI en tanto que precepto *numerus apertus*⁶⁸. Lo mismo ocurre con el guion al ser, como los elementos audiovisuales, otro elemento que pertenece al programa de ordenador, no entrando en el encaje de obra literaria o ningún otro precepto de la LPI y siendo por lo tanto aplicable la reglas de la protección general.

Establecidas estas matizaciones, en lo que respecta al programa de ordenador en sí mismo, definido en el art. 96.1, cabe destacar una vez más el requisito de la originalidad del art. 96.2, junto con el art. 10 de la LPI y la Directiva 2009/24/CE, pues en el videojuego puede resultar complicada dada la confidencialidad con la que se protege el código fuente. El art. 96. 3 nos indica además que dicha protección subsiste con las sucesivas actualizaciones del programa, esto es importante dado que, cada vez con mayor frecuencia, sobretodo en los títulos más vendidos, los desarrolladores se apoyan en sucesivos parches y actualizaciones descargables online, una vez lanzado a la venta el producto, para realizar mejoras y añadir más contenido al propio juego. El mismo artículo también hace referencia a la obras derivadas, en este sentido, debe considerarse que cada vez más las desarrolladoras deciden hacer los llamados *remasters* o *remakes*, videojuegos que tuvieron éxito en el pasado y que, tras un tiempo, deciden relanzar añadiendo diferentes tipos de mejoras en lo que respecta a su contenido. Para matizar, no necesariamente deben ser las mismas desarrolladoras que crearon la obra original las que realicen estas obras derivadas, o incluso las mismas versiones sucesivas actualizadas, en tanto que la ley permite a un tercero realizar estas acciones mientras sean lícitas, esto es, obtenga la autorización correspondiente o por ser cesionario de los derechos de explotación, en cuyo caso le corresponderá los derechos de autor sobre tales transformaciones, sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original⁶⁹.

En lo referente al contenido audiovisual, si clasificamos jurídicamente al videojuego como obra audiovisual, se podrán aplicar las disposiciones contenidas en el art. 86 y ss., en tanto que *creación expresada mediante imágenes asociadas*⁷⁰, que requiere de una pantalla para ser visualizada. Si por el contrario, calificamos al videojuego como programa de ordenador, ya hemos mencionado que no pueden protegerse mediante la categoría del art. 86 y ss. como obras audiovisuales, en tanto que los elementos audiovisuales, entendidos dentro del programa, no tienen por finalidad única ser mostradas, aplicando la protección general contenida en el art. 10 de la LPI. Debemos realizar en este sentido una distinción entre las imágenes destinadas a facilitar la interacción del jugador con el mundo ficticio de la obra, y las imágenes con finalidades mostrativas, es decir, las que tienen como objetivo mostrar o enseñar un contenido visual o un elemento de la realidad del juego⁷¹. Las imágenes con finalidad interactiva se protegen mediante el artículo 95, en tanto que elemento más del programa de ordenador. En el caso de las imágenes con finalidad mostrativa, si están incorporadas

videojuegos: '*statu quo*', *perspectivas y desafíos*, p. 118-123.

⁶⁸ C.A. SEGURA VENEGAS, *Jurisprudencia Española y Estadounidense acerca de la Protección Jurídica de los videojuegos y su originalidad*, p. 14.

⁶⁹ J. P. APARICIO VAQUERO Y J. DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentario al artículo 97», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), p. 1293.

⁷⁰ N. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 86», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), p. 1156.

⁷¹ F.J. DONAIRE VILLA, *La protección jurídica de los derechos de autor de los creadores de videojuegos: 'statu quo', perspectivas y desafíos*, p. 137.

dentro del programa de ordenador, deberemos considerarlas también un elemento más de dicho programa, por lo que en extensión también se aplicará el artículo 95. Así pues, para categorizar un elemento audiovisual dentro del artículo 86, debemos clasificar al videojuego como obra audiovisual en tanto que elemento utilizado con la finalidad de ser mostrado, tal como requiere y define el propio artículo 86 de la LPI.

Respecto del ámbito sonoro, debe distinguirse entre la propia obra audiovisual, que ya hemos comentado, y el sonido propiamente establecido mediante fonogramas. En el primer caso, repasamos, si consideramos el elemento sonoro como composición creada e integrada especialmente para la obra audiovisual se aplicará lo dispuesto en el Tít. VI. Si entendemos que el elemento audiovisual está integrado en el programa de ordenador se aplicará las reglas contenidas en el art. 95 (y ss.), mientras que si consideramos que se trata de un elemento audiovisual independiente del programa, podremos encuadrarlo en el art. 10, como protección general. En el segundo caso, dentro de los contenidos sonoros establecidos mediante fonogramas, sea música o sonidos, los derechos de los productores de fonogramas se encuentran regulados en el artículo 114 y ss. de la LPI. El desarrollador del videojuego gozará de los derechos de explotación cuando sus trabajadores compongan la obra musical y la ejecuten o interpreten por cuenta ajena, en caso contrario deberá pactar contratos que le concedan el derecho de explotación de los fonogramas⁷². En relación a los efectos sonoros, el art. 114.2 establece que los derechos de productor de fonogramas corresponderán a la persona natural o jurídica que realiza la fijación por primera vez, salvo que se realice por cuenta ajena, en cuyo caso el empresario será considerado el productor del fonograma.

En tercer lugar, respecto al guion, podría considerarse una obra artística de conformidad con el artículo 10.1. a de la LPI, al tratarse de una serie de documentos que albergan las reglas, el diseño y el desarrollo del mundo ficticio del videojuego⁷³. Por ello, el guion no forma parte del programa de ordenador y es, como tal, obra protegible de acuerdo con la LPI. Si se trata de un guion incluido dentro de una obra audiovisual (art. 87.2 LPI), se aplicará lo dispuesto en los arts. 86 y ss. de la LPI. En el caso de un guionista por cuenta ajena o autónomo contratado por el empresario, cederá los derechos de explotación al empresario, salvo pacto en contrario, pero conservará los derechos morales, según lo establecido en el art. 51.1 de la LPI. Cuando se trate de una obra colectiva, deberá diferenciarse los guionistas asalariados cuyos derechos de explotación pasan automáticamente al editor, con los guionistas autónomos, a los cuales se les aplicará lo contenido en el artículo 8 de la LPI, sobre obras colectivas. En estos casos el coautor autónomo conservará el derecho de explotación si su aportación constituye obra individualmente protegible, requiriéndose en este caso un acuerdo de cesión por parte del editor.

Finalmente, en cuanto a la duración de estos derechos de autor, el plazo general se encuentra establecido en el art. 26 de la LPI, en concordancia con lo establecido en el Convenio de Berna y la Directiva 2006/116. Los derechos de explotación durarán toda la vida del autor más setenta años tras su muerte o declaración de fallecimiento, cuyos herederos serán los beneficiarios. En este sentido, matizar que los efectos derivados de

⁷² F.J. DONAIRE VILLA, *La protección jurídica de los derechos de autor de los creadores de videojuegos: 'statu quo', perspectivas y desafíos*, p. 145.

⁷³ F.J. DONAIRE VILLA, *La protección jurídica de los derechos de autor de los creadores de videojuegos: 'statu quo', perspectivas y desafíos*, p. 146.

la declaración de fallecimiento establecidos en el art. 26 y 27.2 de la LPI, así como el inicio del cómputo, se regulan por los arts. 195 a 197 del Código Civil⁷⁴. No obstante, se establecen ciertas especificidades en lo referente a programas de ordenador. Así, la duración de los derechos de explotación para programas de ordenador variarán en función de si se trata de persona natural (art. 98.1 LPI) o persona jurídica (art. 98.2 LPI). El autor del software persona natural, es decir, persona que ejerce derechos y asume obligaciones a título personal, gozará de la duración respecto a sus derechos de explotación establecidos en el artículo 26 de la LPI (por remisión del artículo 98.1), esto es, toda la vida del autor y setenta años tras su muerte, si la divulgación de la obra ha sido lícita. Si se trata de persona jurídica, haciendo referencia a las organizaciones, empresas o entidades, la duración de sus derechos de explotación durará setenta años, a computar desde el primer día del año siguiente al de su divulgación lícita o creación. En el caso de las obras colectivas, durarán setenta años desde su divulgación lícita, salvo que se identifiquen como autores separados algunas de las personas que participen en la creación del programa, a las que se les aplicarán entonces el artículo 26, es decir, toda la vida y setenta años tras la muerte.

VI. TRANSMISIÓN Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN

1. TIPOS DE TRANSMISIÓN

Los derechos patrimoniales de la obra son titularidad de quienes los crean, los cuales se pueden transmitir mediante mecanismos jurídicos. Como se ha indicado, el autor o quien en virtud de la legislación se considere autor, por el mero hecho de crear y fijar la obra obtiene en exclusiva los derechos de explotación, que se extenderá, generalmente, a toda la vida del autor o coautores y setenta años después de su muerte. Estos derechos de explotación se pueden ceder durante este periodo de tiempo mediante contratos, en los cuáles se establece la remuneración correspondiente por la cesión de esos derechos, así como otros aspectos que son de interés de las partes⁷⁵, como por ejemplo, la exclusividad en la cesión de esos derechos de explotación.

En este sentido, los desarrolladores o editores de un videojuego que cumplen con unos requisitos mínimos de calidad y originalidad, que se ponen a la venta de manera oficial en establecimientos, sean físicos o digitales, pueden llegar a obtener hasta el 60% de los beneficios de su creación. El resto de los beneficios generalmente se reparten entre la distribuidora, al centro de venta físico del videojuego o la plataforma online en la que se pone a la venta en el caso de formato digital, y a la misma consola o *hardware* por el uso y edición de ese producto en sus plataformas⁷⁶. En lo que respecta a este último punto, uno de los aspectos más importantes dentro de la industria del videojuego y lo que otorga generalmente la ventaja competitiva a los grandes de la industria es el aspecto de la exclusividad en la cesión de los derechos de explotación de la obras. En este aspecto, el artículo 43.1 de la LPI establece que los derechos de explotación de la obra quedan limitados a la cesión del derecho o derechos cedidos, a la modalidad

⁷⁴ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al artículo 26», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, p. 518.

⁷⁵ J. DÍAZ NOCI, *La Propiedad Intelectual y los contenidos*, p. 50.

⁷⁶ F.J. DONAIRE VILLA, *La protección jurídica de los derechos de autor de los creadores de videojuegos: 'statu quo', perspectivas y desafíos*, p. 177.

establecida y durante el tiempo y ámbito territorial pactado, que deberá realizarse siempre por escrito (art. 45 LPI). Estos derechos de explotación comprenden, por un lado, todos los derechos o facultades de carácter personal o patrimonial que integran la propiedad intelectual (art.2 LPI); por otro, las diversas formas en las que se manifiestan estos derechos de explotación: derechos de reproducción (art. 18), derecho de distribución (art. 19), derechos de comunicación pública (art. 20), derecho de transformación (art. 21), derechos de colección (art.22), o cualquier otra forma de derecho de explotación que pueda derivarse, en tanto que sistema de *numerus apertus*⁷⁷.

El artículo 23 establece asimismo que estos derechos son independientes entre sí y por lo tanto deben ser cedidos de forma separada (en relación con el art. 57). En este sentido la autonomía de los derechos de explotación les confiere a cada uno *una vida jurídica y una dinámica funcional independiente*⁷⁸, de modo que se pueden ejercitar estos derechos de manera separada, generando por lo tanto pretensiones resarcitorias e indemnizatorias independientes en caso de lesión o menoscabo. Dicho esto, la regulación aplicable variará dependiendo del grado de exclusividad o pertenencia del estudio desarrollador a la plataforma por la cual cede esos derechos (PlayStation, Xbox, Nintendo, etc.): lo que en la jerga se conocen como *First Parties*, *Second Parties* y *Third Parties*.

En el caso de las llamadas *First Parties*, esto es, aquellos estudios que pertenecen exclusivamente al fabricante de la plataforma de videojuegos, al formar parte de la propia fabricante no se produce ningún tipo de transmisión de los derechos de explotación, salvo en el caso que se trate de una sociedad con personalidad jurídica propia independiente de aquélla, en cuyo caso aplicaremos el artículo 43. Lo que ocurre en esta relación de fabricante-estudio exclusivo es un supuesto de autor asalariado, esto es, el fabricante de la plataforma, en calidad de empresario, gozará de los derechos de explotación de la obra creada por el estudio, en calidad de trabajador asalariado. Así, en los casos en los que la compañía desarrolladora no pertenezca a los fabricantes de consolas, los llamados *Second* o *Third Parties*, su relación será la de cesión de los derechos de explotación de acuerdo con los art. 42 y ss. En el caso de las *Second Parties* se firman acuerdos de exclusividad a través de convenios marco que definen la relación y los derechos cedidos entre la compañía desarrolladora y la compañía propietaria de la plataforma. En estos convenios se negociarán e indicarán los videojuegos cuyos derechos van a ser cedidos y su régimen jurídico aplicable⁷⁹. A este respecto deben tenerse en cuenta los arts. 43.3 y 43.4, en cuanto que serán nulos los pactos celebrados respecto a la cesión del conjunto de las obras que se puedan crear en el futuro, así como un posible compromiso de no crear una obra en el futuro, respectivamente. Una vez se haya establecido mediante pacto el régimen de cesión en exclusiva de la obra, será aplicable lo contenido en el art. 48 de la LPI, en virtud del cual el cesionario podrá explotar la obra en exclusiva, a quien le corresponderá por ello la facultad de perseguir las violaciones a sus derechos de exclusividad. Finalmente, en lo concerniente a las *Third Parties* o aquellos estudios de desarrollo que no contratan acuerdos de cesión exclusivos y por lo tanto venden sus obras a las distintas fabricantes de forma

⁷⁷ M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 43», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), p. 771.

⁷⁸ F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 23», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), p. 404.

⁷⁹ F.J. DONAIRE VILLA *La protección jurídica de los derechos de autor de los creadores de videojuegos: 'statu quo', perspectivas y desafíos*, p. 180.

independiente, su relación con la compañías de estas plataformas se rige de acuerdo con el art. 50 de la LPI. Quedarán por ello facultadas para utilizar la obra de acuerdo con los términos previstos en la cesión y en concurrencia con los demás cesionarios y el propio cedente.

Por último, es importante también hacer mención a la cesión de derechos para explotación de videojuegos en el mercado digital u online, un mercado en auge y cada vez más importante para las desarrolladoras. En este caso las editoras y desarrolladoras de videojuegos llegan a acuerdos de cesión del derecho de explotación con las plataformas digitales, que ponen en venta sus juegos en una suerte de mercado digital donde el usuario dispone de una cuenta y mediante la cual puede instalar y actualizar los videojuegos que adquiera.

2. MECANISMOS DE PROTECCIÓN.

En relación a los mecanismos para asegurar y garantizar una efectiva protección de los derechos sobre las obras en caso de lesión o menoscabo, debe distinguirse entre los mecanismos extrajudiciales y los mecanismos judiciales, de protección de los derechos.

2.1. *Mecanismos extrajudiciales.*

Los mecanismos extrajudiciales son procedimientos y sistemas distintos de la consagración de acciones judiciales, tales como el *copyright* y la reserva de derechos o el Registro de la Propiedad Intelectual, a fin de asegurar un derecho frente a terceros. El art. 146 de la LPI establece que el titular o cesionario exclusivo de una obra podrá anteponer a su nombre el símbolo © señalando el lugar y el año de divulgación de la obra, y dejando constancia claramente que esos derechos están reservados. Este mecanismo tiene una doble función informativa: a) Publicitar oficialmente la condición de titular o cesionario exclusivo del derecho de explotación de la obra; b) Señalar el lugar de edición para determinar la legislación aplicable a ese derecho de explotación, así como en el momento de su constitución, como método de publicidad de la fecha de expiración de esos derechos, cuestiones de gran interés sobretodo desde la perspectiva de Derecho internacional privado⁸⁰.

Además del *copyright*, los autores de las obras tienen la facultad de inscribir el videojuego en el Registro de la Propiedad Intelectual de acuerdo con los arts. 144 y 145 de la LPI. Cabe recalcar que la inscripción registral no es constitutiva de los derechos, pues estos nacen con la simple creación de la obra (tal como menciona el art. 1 LPI), sino una medida de protección de dichos derechos trasladando la carga de la prueba a la parte que impugne ese derecho registral. A este respecto, se suele acceder al Registro de la Propiedad Intelectual en calidad de programa de ordenador, que permite en principio la correcta protección de todos los elementos que lo componen como sistema unitario⁸¹.

⁸⁰ J.M. CORBERÁ MARTÍNEZ, «Comentario al artículo 146», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dirs. F. PALAU RAMÍREZ Y G. PALAO MORENO), pps. 1656-1659.

⁸¹ F.J. DONAIRE VILLA, *La protección jurídica de los derechos de autor de los creadores de videojuegos: 'statu quo', perspectivas y desafíos*, p. 201.

Cabe resaltar que la protección total que confiere el derecho de autor exime de la necesidad de registrar el videojuego como marca en el caso de querer crear nuevos productos en el futuro -el *merchandising*, principalmente-, o terceros decidan hacerlo sin la correspondiente autorización, beneficiándose del signo distintivo de la obra, en cuyo caso el autor original podrá ejercitar los mecanismos de protección pertinentes. Aunque bien es cierto que el titular del derecho de autor, en este caso del videojuego, puede aprovechar -y debería- el potencial distintivo de su obra para registrarla como marca en beneficio de actividades o productos futuros⁸². Uno de los aspectos más esenciales en este sentido es el título o incluso el nombre de algunos personajes que puedan pertenecer a la obra, p. ej. el caso de la Saga Harry Potter, el propio nombre de la saga, las películas, los videojuegos, los productos de *merchandising*, están todos registrados bajo la marca Harry Potter, que pertenecen en la actualidad a la compañía Warner Bros. En este sentido, pueden surgir controversias respecto la originalidad del título, que puede proceder del mismo, en cuyo caso se trata de una obra independiente, o puede pertenecer a la obra ligada a aquélla -lo que suele ocurrir en el caso de los videojuegos-, en cuyo caso se protege junto a la obra. La protección del título permitirá al autor exigir que la explotación de la obra se haga siempre con el título de la misma, también en consonancia con la integridad propia de la obra en tanto que derecho moral sobre la misma, y que el título no se utilice para otras obras o productos sin su consentimiento, en tanto que signo distintivo, con el propósito de impedir situaciones de confusión o una competencia desleal derivada de esa confusión⁸³.

2.2. Mecanismos judiciales.

En lo referente a los mecanismos judiciales, en lo que se refiere al ámbito civil la LPI establece una serie de especialidades procesales con el objetivo de proteger los derechos de propiedad intelectual, contenidas en los artículos 138 a 141 -de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 2004/48-. En este sentido, el artículo 138 reconoce la posibilidad de instar la cesación de la actividad ilícita de los derechos de propiedad intelectual así como exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados, ambos aspectos regulados en los dos artículos siguientes. El artículo 139 permite solicitar la suspensión de la explotación o actividad ilícita junto con la prohibición de reanudar este tipo de actividades y la retirada, inutilización, precinto o destrucción de los materiales o copias utilizadas, según disponga el art. 139 -esto es importante sobretodo en materia de piratería-. El artículo siguiente otorga la facultad de solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados al titular legítimo de los derechos, que incluirá las pérdidas sufridas, los beneficios del infractor así como el lucro cesante por la actividad ilícita, que prescribirá a los 5 años desde el momento en que pudo solicitarla (art. 140.3). Asimismo, la LPI reconoce a los titulares de derechos de propiedad intelectual la posibilidad de solicitar determinadas medidas cautelares para la protección urgente de sus derechos en el art. 141. Aquí el problema muchas veces radica en la dificultad de conocer la identidad de estos infractores, especialmente en el

⁸² F. CARBAJO CASCÓN, «Bienes inmateriales híbridos y concurrencia de protecciones: formas de tutela de las obras aplicadas a la industria», *Revista Pe.I.* n°55, Enero-Abril 2017, p. 44.

⁸³ J. P. APARICIO VAQUERO Y J. DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentario al artículo 10.2», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), p. 187-188.

entorno digital, cuando aquellas empresas prestadoras de estos servicios de alojamiento o acceso a Internet no están dispuestas a cooperar con los órganos judiciales a la hora de comunicar los datos de sus clientes, dificultando en extremo la averiguación y concreción de los posibles responsables de estos hechos delictivos⁸⁴. En este sentido, la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC)⁸⁵ recoge en su artículo 256.1, apartados 7º, 8º, 10º y 11º, diligencias preliminares encaminadas a la localización y obtención de los datos necesarios para identificar al posible infractor, o el origen o redes de distribución de las obras, mercancías o servicios ilícitos. En estos asuntos será competente el Juzgado de lo Mercantil, por razón de la materia, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 257.1 de la LEC y en el art. 86 ter.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁸⁶, del lugar donde se hayan cometido los hechos ilícitos o se hayan manifestado sus efectos (art. 52.1.11º LEC).

En la era digital, la piratería y los delitos de propiedad intelectual están a la orden del día, la llamada sociedad de la información facilita muchísimo la distribución y tráfico ilegal de las obras, especialmente las digitales como los videojuegos o las películas. En este sentido, la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual ejerce un procedimiento de restablecimiento de la legalidad, establecido en el artículo 195 de la LPI, a los prestadores de servicios ilícitos. A este respecto debe destacarse que hay autores que consideran que es más práctico olvidarse de esta opción e interponer directamente una denuncia penal, de acuerdo con lo establecido en el art. 270.2 del Código Penal⁸⁷ (en adelante CP), sin la necesidad de interponer denuncia administrativa previa, habiendo requerido además al servicio de la sociedad de la información la retirada de los contenidos ilícitos⁸⁸.

Así pues, en lo concerniente a la protección legal en ámbito penal, el art. 270 y ss. del CP hacen referencia a los delitos a la propiedad intelectual, limitando en este caso el bien jurídico protegido al contenido patrimonial de los derechos de autor, sin incluir los derechos morales. En tal caso, el art. 270.1 del CP castiga con penas de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses el que reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o explote de algún modo una obra sin la autorización correspondiente buscando la obtención de un beneficio económico en perjuicio de un tercero. En este caso, se penan las conductas del tipo básico, donde el art. 270 trata de cerrar todo el proceso de explotación, castigando primero la reproducción, entendida como el derecho exclusivo de copia o multiplicación de la obra fijada en un soporte, dentro del cual podemos considerar también el plagio, entendido asimismo como la copia de una reproducción de la obra original; luego la distribución, entendida como la comercialización de la obra intelectual; y finalmente la comunicación de la obra, que comprende las representaciones, la proyección o exhibición, la emisión, transmisión, retransmisión, la exposición y el acceso a bases de

⁸⁴ A. MONTESINOS GARCÍA, «Las diligencias preliminares en materia de propiedad intelectual tras la reforma operada por la Ley/21/2014, de 4 de noviembre». *Revista Pe.I.* nº50, Mayo-Agosto 2015, pps. 37-39.

⁸⁵ BOE-A-2000-323, de 7 de enero de 2000.

⁸⁶ BOE-A-1985-12666, de 1 de julio de 1985.

⁸⁷ BOE-A-1995-25444, de 23 de noviembre de 1995.

⁸⁸ M. GÓMEZ TOMILLO, «Entia Non Sunt Multiplicanda Praeter Necessitatem. Otra vez sobre la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual. El nuevo delito de facilitación de acceso o localización de contenidos protegidos en internet (art. 270.2 CP)», *Revista Pe.I.* nº50, Mayo-Agosto 2015, p. 31.

datos⁸⁹, sean originales o posteriores transformaciones, como por ejemplo las posteriores versiones actualizadas o los ya nombrados *remasters* o *remakes*, en el caso de los videojuegos. Los arts. 270.2 y 270.3 hacen referencia a la prestación de servicios de la sociedad de la información -ya comentado líneas más arriba- en tanto que se realice con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, facilitando el acceso o localización de las obras, sin la autorización correspondiente del autor de la obra.

El artículo 271 CP establece por su parte el tipo agravado, en los cuales concurren circunstancias que incrementan la punición al infractor. Es el caso que acontece cuando el hecho punible genere un beneficio con especial importancia económica (art. 271.1 CP); cuando revistan de especial importancia las dimensiones de los hechos, atendiendo la cantidad de los objetos producidos ilícitamente y la afección personal del autor, así como los perjuicios producidos atendiendo la relevancia al daño emergente y el lucro cesante (art. 271.2 CP); cuando el presunto culpable pertenezca a una organización criminal que tenga finalidades delictivas exclusivamente, no siendo aplicable este precepto si la actividad es incidental o ajena a la organización (art. 271.3 CP); cuando se utilicen a menores de 18 años, es decir, que haya un aprovechamiento por el medio que sea del menor sin la voluntad o conciencia de éste⁹⁰ (art. 271.4 CP).

Finalmente, el art. 272 nos indica que para la determinación de la responsabilidad civil y las costas procesales se atenderá a los establecido en la LPI. Por lo tanto, remite a los artículos 139 y 140 de la LPI a efectos de indemnización de daños y perjuicios y responsabilidad civil. En consecuencia, los derechos que se protegen en estos artículos son principalmente los de explotación, considerando el artículo 17 de la LPI, que son aplicables en este caso al videojuego, en calidad de programa de ordenador.

VII. CONCLUSIONES.

Tomando en consideración lo expuesto a lo largo del trabajo, podemos llegar a cuatro conclusiones, si bien es cierto que todo gira en torno a una cuestión trascendental: la falta de clasificación jurídica expresa del videojuego en el ordenamiento español. Cabe destacar que esto ocurre también en todos los ordenamientos internacionales, aunque en ningún caso las obras generadas por los desarrolladores y editores del videojuego carecen de protección jurídica.

1. En primer lugar, determinar propiamente la clasificación jurídica del videojuego no es tarea sencilla en ninguna de las legislaciones del mundo, su complejidad ontológica sumado con su relativa novedad suponen un elevado desafío a la hora de calificar jurídicamente estas obras, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia internacional. El punto de partida de este debate es la distinción entre los elementos audiovisuales y el programa de ordenador, en este sentido, hemos comprobado autores que consideran el videojuego como obras audiovisuales, afirmando que estas obras son fundamentalmente una serie de

⁸⁹ V. LATORRE LATORRE, *Protección penal del derecho de autor*, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pps. 117-130.

⁹⁰ V. LATORRE LATORRE, *Protección penal del derecho de autor*, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pps. 186-197.

imágenes relacionadas intrínsecamente, cuyas intenciones son las de ser mostradas, predominando en este caso el elemento audiovisual de la obra, de acuerdo con el art. 86 de la LPI. Parte de la doctrina refuta esta consideración al tener en cuenta el elevado grado de interactividad del videojuego -y esas imágenes, en particular- para el consumidor. Otros autores, se ha señalado, defienden que los videojuegos son principalmente programas de ordenador, dada la naturaleza tecnológica del producto y la dependencia de los elementos audiovisuales y el guion del *software* sobre el que se integran. En países como China o Rusia esta es generalmente la postura predominante y con la que más coincido puesto que, en esencia, el videojuego se trata efectivamente de un producto informático creado mediante un código fuente que interactúa y ejecuta los demás elementos que lo componen. Generalmente la doctrina española defiende el predominio de los elementos audiovisuales, en tanto que obra interactiva unitaria compuesta por diferentes elementos dependientes entre sí, y es cierto que los elementos audiovisuales tienen un peso fundamental en la obra, pues el simple programa y el guion no son suficientes en absoluto, en tanto que esas ideas deben materializarse de algún modo, en este caso, gracias a los elementos audiovisuales. Pero aun así, al mismo tiempo, opino, el programa de ordenador es el elemento más esencial e integrador, que ordena y ejecuta esos múltiples elementos que lo componen. Considero que en última instancia todo se reduce en aquello a lo que se otorga más peso, si al programa de ordenador o a los elementos audiovisuales. En este sentido, hay también una tercera corriente que califica al videojuego como obra distributiva, compleja o atípica, donde se consideran y regulan todos sus elementos por separado, es el ejemplo de Estados Unidos o Alemania, en cuyo caso los tribunales deciden proteger los derechos de autor en un sentido u otro dependiendo del mayor peso que se otorgue, una vez más, a cualquiera de los elementos que conforman el videojuego.

2. En consecuencia, la segunda conclusión a la que podemos llegar es la segmentación o fragmentación respecto del régimen jurídico del videojuego en el ordenamiento español, en tanto que, al no tener una clasificación jurídica expresa, se reproducen diferentes artículos de la Ley de Propiedad Intelectual, adaptándose a las características ontológicas de este tipo de obras. En este sentido, si queremos proteger el programa de ordenador, deberemos considerar lo contenido en el Tít. VII del Lib. I de la LPI, cuyo art. 95.1 además nos remite al art. 10 o cualquier otro precepto recogido en la LPI, respecto a la protección de los elementos audiovisuales y el guion de la obra, o cualquier otro elemento del mismo que no pueda considerarse como programa de ordenador, pero integrado en éste. Por el contrario, si consideramos al videojuego como una obra audiovisual que encaja con lo establecido en el art. 86 de la LPI, atenderemos a la regulación del Tít. VI del Lib. I de la LPI. Cabe señalar los requisitos de originalidad y expresión necesarios, exigidos por el art. 10 de la LPI, aunque apenas explicados –o mencionado, en el caso de la originalidad-. La Directiva 2009/24/CE señala que el programa de ordenador debe ser simplemente una creación intelectual propia del autor, sin necesidad de otro criterio cualitativo o estético. Respecto de la expresión hacia terceros, importante destacar el formato digital, un mercado en auge, con plataformas como *Steam*, *PlayStation Store* o *Microsoft Store*, que permiten a las desarrolladoras vender sus obras en una suerte de mercado digital, con el beneficio de abaratar costes de producción

(carcasas, discos, manuales de uso, etc.), las cuales no obstante retienen un porcentaje de los ingresos de las ventas en contrapartida.

3. La tercera conclusión a destacar es el uso predominante de contratos y convenios marco para acordar y regular las relaciones que se establecen entre las compañías desarrolladoras, trabajadores por cuenta ajena o autónomos, editores y plataformas de distribución, físicas o digitales. En este sentido, los derechos de explotación contenidos en la sección 2a del Cap. III, Tít. II, Lib. I de la LPI se gestionan mediante acuerdos establecidos mediante contrato, en los cuales se regulan los derechos cedidos, el régimen aplicable, el tipo de relación contractual, acuerdos de exclusividad, , plazos de vigencia del contrato o convenio, la remuneración o contraprestación, así como cláusulas o estipulaciones futuras, siempre que respeten lo establecido en la legislación vigente. En relación con este último aspecto, si bien es cierto que el art. 1 de la LPI establece que los derechos de autor nacen con la simple creación de la obra, generalmente se recomienda hacer uso de la reserva de derechos mediante *copyright*, así como la inscripción del videojuego en el Registro de la Propiedad Intelectual, como medida de protección frente a terceros, sobretodo en los casos en los que el autor o autores tengan pensado explotar la marca o signo distintivo generados por la obra mediante creaciones futuras. El registro del videojuego en calidad de programa de ordenador suele garantizar la correcta protección de todos los elementos que lo componen, así como la marca o signos relacionados con él.
4. En cuarto y último lugar, directamente conectado con los tres aspectos anteriores, y dada la envergadura del sector de la industria en que se ha convertido ya el videojuego, coincido con la mayoría de autores consultados a lo largo del presente trabajo en la necesidad de una categoría propia del videojuego en la Ley de Propiedad Intelectual, que permita adaptar y regular sus especificidades, dotando de mayor seguridad jurídica a un sector que está llamado a superar a todos los demás. Dada la importancia del videojuego en el mercado nacional e internacional, resulta difícil creer que el marco jurídico donde se regulan esté, si me permiten, tan anticuado a sus necesidades e importancia, y esto sucede en todas las legislaciones internacionales. El videojuego, hemos advertido, es una obra muy compleja, su regulación unitaria dotaría de una mayor seguridad jurídica a los desarrolladores, lo cuál no sucede actualmente debido a la fragmentación en la legislación de sus diferentes componentes. Como opinión personal al respecto, si decidimos aplicar el Tít. VI. de la LPI como sugiere la mayor parte de la doctrina, no consigo encuadrar al videojuego en el tipo regulado por su articulado, en tanto que obras audiovisuales, ignorando por completo la existencia del programa de ordenador. Si por el contrario lo regulamos de acuerdo con el Tít. VII de la LPI, referente a programas de ordenador, francamente considero que el videojuego es mucho más que un simple programa de ordenador, a pesar de la remisión que establece el art. 95 y la protección general que otorga el art. 10, en este caso, al resto de elementos de estas obras. Una clasificación jurídica unitaria que regule todas sus especificidades sería el marco ideal para dotar de seguridad jurídica a los autores de estas obras tan complejas y singulares.

BIBLIOGRAFÍA

S. F. ÁLVAREZ CABRERA Y K. Y. REYES HERNÁNDEZ, «Protección jurídica de los videojuegos a través del derecho de autor», *Revista Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, Vol. 16, nº31, Enero-Junio 2017.

M. C. ÁLVAREZ PASTOR, «La protección jurídica del Videojuego», *Propiedad Industrial & Intelectual* (Dir. E. ORTEGA BURGOS) (coords. M. ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M. GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, D. VÁZQUEZ ALBERT Y J. F. LASQUETTY QUINTANA), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

J.M. BENITO GARCÍA, «El mercado del videojuego: unas cifras», *ICONO 14, Revista de comunicación y nuevas tecnologías*, nº7, Junio 2006.

R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2007.

R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Manual De Propiedad Intelectual*, 4ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

F. CARBAJO CASCÓN, «Bienes inmateriales híbridos y concurrencia de protecciones: formas de tutela de las obras aplicadas a la industria», *Revista Pe.I.* nº55, Enero-Abril 2017.

J. A. CORBAL, *Curso de narrativa en videojuegos*, RA-MA Editorial, Madrid, 2017.

F.J. DONAIRE VILLA Y A.J. PLANELLS DE LA MAZA, *La protección jurídica de los derechos de autor de los creadores de videojuegos: 'statu quo', perspectivas y desafíos*, Trama Editorial, Madrid, 2012.

J. DÍAZ NOCI, *La Propiedad Intelectual y los contenidos*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2007.

A. GIL JUÁREZ, Y T. VIDA MOMPIELA, *Los videojuegos*, 1ª edición, Editorial UOC, Barcelona, 2007.

M. GÓMEZ TOMILLO, «Entia Non Sunt Multiplicanda Praeter Necessitatem. Otra vez sobre la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual. El nuevo delito de facilitación de acceso o localización de contenidos protegidos en internet (art. 270.2 CP)», *Revista Pe.I.* nº50, Mayo-Agosto 2015.

A. GONZÁLEZ GOZALO. «La noción de obra audiovisual en el Derecho de Autor», *Revista Pe.I.* nº7, Enero-Abril 2001.

E. GUTIÉRREZ GARCÍA, «El concepto de obra audiovisual en el Derecho Español», *Derecom*, nº29, Septiembre 2020-Marzo 2021.

V. LATORRE LATORRE, *Protección penal del derecho de autor*, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

G. MARTÍN SÁNCHEZ, «Videojuegos y museos: elaboración de entornos virtuales para contenidos didácticos. El ejemplo de la huaca Tantalluc y el contenido de su ajuar funerario», *ArTecnología. Conocimiento aumentado y accesibilidad* (eds. V. ANDRADE PEREIRA, A. COLORADO CASTELLARY Y I. MORENO SÁNCHEZ) (coord. L.F. SOLANO SANTOS), Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad Complutense de Madrid, 2014.

A. MONTESINOS GARCÍA, «Las diligencias preliminares en materia de propiedad intelectual tras la reforma operada por la Ley/21/2014, de 4 de noviembre». *Revista Pe.I.* nº50, Mayo-Agosto 2015.

E. MORALES CORRAL, «El videojuego y las nuevas tendencias que presentan al mercado de la comunicación», *Anuario Electrónico de Estudios en Comunicación Social*, v4 nº2, Julio 2011.

F. PALAU RAMÍREZ Y G. PALAO MORENO, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2017.

M. PATRICE MARTIN-LALANDE, *Mission Parlementaire sur le Régime Juridique du Jeu Vidéo en Droit d’Auteur*, 30 de mayo- 30 de noviembre de 2011.
Disponible en: https://www.culture.gouv.fr/Media/Missions/rapport_statut-juridique-jeu-video_P-Martin-Lalande_dec2011.pdf.

A. RAMOS, L. LOPEZ, A. RODRÍGUEZ, T. MENG y S. ABRAMS, *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches*, WIPO, 2013.

J. RODRÍGUEZ TEN, *Los e-Sports como ¿deporte?: Análisis jurídico y técnico-deportivo de su naturaleza y los requisitos legales exigidos*, Editorial Reus, Universidad San Jorge, Zaragoza, 2018.

C. ROGGERO, «Diritto d’autore e industriale», *The Legal Status of Video Games in Italy*, 18 abril de 2016. Disponible en: <https://www.dandi.media/en/legal-status-video-games-italy/>.

C. A. SEGURA VENEGAS, *Jurisprudencia Española y Estadounidense acerca de la Protección Jurídica de los videojuegos y su originalidad*, Trabajo de Fin de Máster, Universidad Internacional de La Rioja, Granada, 2019.

LEGISLACIÓN

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (enmendado el 28 de septiembre de 1979). TRT/BERNE/001, de 28 de septiembre de 1979.

Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (firmado en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979). TRT/CONVENTION/001, de 28 de septiembre de 1979.

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996). TRT/WCT/001, de 20 de diciembre de 1996.

Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996). TRT/WPPT/001, de 20 de diciembre de 1996.

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. D.O. n° L 77 de 27 de marzo de 1996.

Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. D.O. n° L 167 de 22 de junio de 2001.

Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. D.O. n° L 157 de 30 de abril de 2004.

Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 , sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. D.O. n° L 376 de 27 de diciembre de 2006.

Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines. D.O. n° L 372 de 27 de diciembre de 2006.

Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador. D.O. n° L 111 de 5 de mayo de 2009.

Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual). D.O. n° L 95 de 15 de abril de 2010.

Directiva 2019/790/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE. D.O. n° L 130 de 17 de mayo de 2019.

WIPO. *Japanese Copyright Act*, 1970. Disponible en: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/jp/jp081en.pdf>.

U. S. COPYRIGHT OFFICE. *Copyright Law of the United States* , 1976. Disponible en: <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>.

WIPO, *Copyright Law of the People's Republic of China*, 1991. Disponible en: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn001en.pdf>.

WIPO. *Regulations for Computer Software Protection*, 2002. Disponible en <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn002en.pdf>.

BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz*. 1965. Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/urhg/UrhG.pdf>.

LÉGIFRANCE. *Code de la Propriété Intellectuelle*, 1992. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006069414/>.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE-A-1985-12666, de 1 de julio de 1985.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE-A-1995-25444, de 23 de noviembre de 1995.

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. BOE-A-1996-8930, de 12 de abril de 1996.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE-A-2000-323, de 7 de enero de 2000.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. BOE-A-2010-10544, de 2 de julio de 2010.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE-A-2015-11430, de 23 de octubre de 2015.

JURISPRUDENCIA

Caso Atari, Inc. v. North American Philips Consumer Electronics Corp., 672 F.2d 607 (7th Cir. 1982). Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/672/607/331150/>.

Caso Midway Manufacturing Co. v. Artic International, Inc., 704 F.2d 1009 (7th Cir. 1983). Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/704/1009/107395/>.

COURTS IN JAPAN, JUDGMENTS OF THE SUPREME COURT, *Case number 2001 (Ju) 952*, 2002.04.25. Disponible en: https://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=581.

WEBGRAFÍA

EUROPA PRESS, «Los videojuegos facturaron más de 1000 millones, el doble que la industria del cine», *elEconomista.es*, Junio 2016. Disponible en: <https://www.economista.es/tecnologia-videojuegos/noticias/7608246/06/16/Los-videojuegos-facturan-mas-de-mil-millones-de-euros-en-Espana-en-2015.html> (última

consulta: 8 de junio de 2021).

REDACCIÓN AV451, «El VoD y los videojuegos impulsarán el sector del entretenimiento en España un 4,3 por ciento en 2023 hasta alcanzar 2.200 millones de euros», *Audiovisual451*, Noviembre 2019. Disponible en: <https://www.audiovisual451.com/el-vod-y-los-videojuegos-impulsaran-el-sector-del-entretenimiento-en-espana-un-43-por-ciento-en-2023-hasta-alcanzar-2-200-millones-de-euros/> (última consulta: 8 de junio de 2021).

Pe. I. Revista de propiedad intelectual. Madrid: Editorial Bercal, S.A, 2014. Disponible en: <https://www.pei-revista.com/> (última consulta: 8 de junio de 2021).