



Universidad Internacional de La Rioja
Facultad de Derecho

Máster Universitario en Propiedad Intelectual
y Derecho de las Nuevas Tecnologías

Videojuegos y el caso Sapkowski: la falta de regulación del sector

Trabajo fin de estudio presentado por:	Ana Almudena Murcia Hidalgo
Tipo de trabajo:	Investigación
Directora:	Susana Checa Prieto
Fecha:	13 de julio de 2022

Resumen

Los videojuegos suponen la industria con mayor crecimiento y, por ello, queremos centrarnos en este sector, concretamente en las adaptaciones de obras literarias a videojuegos.

¿Nuestra premisa? El sonado caso del escritor polaco Andrzej Sapkowski, autor de la famosa saga sobre el brujo, quien vendió sus derechos de explotación a CD Projekt para que adaptase su obra a un videojuego con poco presupuesto y sin mucho futuro. El resto es historia.

¿Podría Sapkowski, como pretende, exigir más dinero al ver que otra adaptación a serie de la misma obra originaria ha dado tanto dinero indirectamente gracias a la fama del videojuego? ¿Existe la posibilidad de incluir cláusulas *Best-Seller* en los contratos de adaptación? ¿Es el sistema europeo y, consecuentemente, el español, tan proteccionista con los autores como dice ser?

Partiendo de esta premisa, se hará un repaso sobre la regulación -o falta de ella- de los videojuegos, la evolución del Derecho de adaptación en la legislación y jurisprudencia y propondremos algunos cambios. Por último, veremos si verdaderamente los autores están respaldados por el sistema o, si por el contrario, aún queda camino por recorrer.

Palabras clave: videojuego, derechos de autor, obras derivadas, contratos, transformación.

Abstract

The Video Game industry has experimented the higher growth in the last few years, and that is why we want to focus on this sector, specifically in video games as derivative works.

Our premise? It has to be Andrzej Sapkowski's case, author of the famous Polish novels about a witcher, who sold all of his economic rights to CD Projekt so the study could make a video game based on his novels. This study game did not have a lot of budget and the video game didn't look very promising. But the rest is history.

Can Sapkowski, as intended, demand more money because of the fame of the video game? Is it posible to include Best-seller clauses in the derivative works contracts? Is the European and, therefore, the Spanish system, as protectionist with authors as it seems?

We will see the video games' regulation -or the lack of it-, the evolution of the adaptation rights in the legislation and jurisprudence and if it has changed since the start of the new age. We will see if the authors are really protected by the system or, on the contrary, there is still a need for a change.

Keywords: video games, royalties, derivative works, contracts, transform.

Índice de contenidos

1. Introducción	6
1.1. Justificación del tema elegido.....	6
1.2. Problema y finalidad del trabajo.....	7
1.3. Objetivos	8
2. Videojuegos.....	10
2.1. Marco histórico.....	10
2.2. Videojuegos y su difícil clasificación	12
2.2.1. Marco jurídico.....	12
2.2.2. Clasificación	14
2.2.3. Problemática en el Registro de la Propiedad Intelectual	16
3. Videojuego como obra derivada	18
3.1. Legislación y jurisprudencia española	18
3.1.1. Artículos 11 y 21 de la Ley de Propiedad Intelectual	18
3.1.2. La falta de Jurisprudencia en el sector	20
3.2. Caso Sapkowski	23
3.3. Cláusula <i>Best-seller</i>	25
4. Protección de los autores. Expectativa vs Realidad	29
4.1. Asociaciones.....	29
4.1.1. IDGA.....	30
4.1.2. ISFE.....	31
4.1.3. EGDF	32
4.2. Defensa e instrumentos de los autores	33
4.2.1. Inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual	34

4.2.2.	Defensa de los derechos de los autores.....	35
4.2.2.1.	Acciones civiles.....	35
4.2.2.2.	Acciones Penales	37
4.3.	Posibilidades y propuestas	38
4.3.1.	Posible protección de videojuego como obra multimedia	38
4.3.2.	Registro.....	39
4.3.3.	Cesión y posibilidad de contratos tipo	41
4.3.4.	Especial mención al intento de regular la industria	45
5.	Conclusiones.....	46
	Referencias bibliográficas.....	51
	Listado de abreviaturas	59

1. Introducción

1.1. Justificación del tema elegido

A finales del siglo XX, concretamente en los años setenta, se formaliza una nueva Revolución Tecnológica. Nos enfrentamos, por ende, a un cambio histórico y cultural en lo que respecta a la manera de informarnos y comunicarnos, y ello resulta ser una consecuencia directa del desarrollo de las nuevas tecnologías que, como veremos, han tenido un gran impacto sobre el mercado y, consecuentemente, sobre los derechos de propiedad intelectual.

A partir de ahora, nos vamos a encontrar un contexto económico radicalmente distinto a cualquier otro que habíamos presenciado, y es que si anteriormente riqueza era sinónimo de industria, inventos o fábricas, ahora será sinónimo de servicios e información. Esta idea de Revolución Tecnológica es también compartida por CASTELLS (2006) cuando afirma que una revolución tecnológica, como la empezada y vivida en los años setenta y centrada en torno a la información, hace que la sociedad cambie más rápidamente que lo que podíamos estudiar y prever de otras épocas, siendo comparable tan solo con la Revolución Industrial del siglo XVIII. Lo que intentamos decir con esto es que el tránsito del siglo XX al XXI se ha caracterizado por una gran y auténtica revolución propiciada por el desarrollo de la tecnología digital y de las telecomunicaciones, las cuales permiten la comunicación y el acceso a la información de manera instantánea en el momento en el que uno quiera y dónde quiera. Esto último es conocido como la *Sociedad de la Información*, la cual define LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ (2007, p. 77) de la siguiente forma:

«Se entiende por *Sociedad de la Información* la nueva realidad socio-económica resultante de la sinergia derivada de dos fenómenos cronológicamente coincidentes e interdependientes: el auge de las tecnologías de la información y los avances en el sector de las comunicaciones electrónicas».

Sin embargo, la llegada de la *Sociedad de la Información* y, por ende, Internet, no solo ha cambiado la forma en la que las personas se conectan o se informan, sino que también ha cambiado la forma de relacionarse, el entretenimiento y la forma de consumir este. De hecho, los videojuegos se han convertido en una de las mayores industrias en desarrollo, por encima de otras más tradicionales como podría ser la discográfica o la literaria. Y es que, según varios

autores (DONARIRE VILLA y PLANELLS 2012), España es el cuarto país con mayor consumo de videojuegos en Europa y el sexto en el mundo.

Precisamente por este auge de los videojuegos y, por ende, de las nuevas tecnologías queremos centrar nuestro trabajo aquí. Como más tarde veremos, aunque estemos ante una de las mayores industrias culturales y de ocio, nos encontramos oligopolios de muy pocas empresas, lo cual nos lleva a preguntarnos lo siguiente: ¿qué es lo que sucede con la parte débil? En la práctica, ¿queda reflejada esta época dorada del videojuego a la hora de proteger a los autores? Concretamente, ¿qué pasa con los autores con contratos de cesión para realizar obras derivadas?

1.2. Problema y finalidad del trabajo

Sin la industria del videojuego, la vida sería completamente distinta, ya que supone, como hemos visto, uno de los mayores mercados punteros del momento. Volviendo un poco al comienzo de nuestro trabajo, la llegada de la *Sociedad de la Información* y de la evolución de los videojuegos no solo ha cambiado la forma en la que nos conectamos o nos informamos, sino que también ha conseguido cambiar la forma en la que nos relacionamos e invertimos nuestro tiempo libre y educación. Además, cabe recordar la importancia que ha tenido en estos dos últimos años los videojuegos como actividad principal durante la pandemia, doblando el tiempo de uso en todos los países debido precisamente a la incapacidad de poder relacionarse y realizar otro tipo de actividades de ocio (CLEMENT 2021).

Con todo, y a pesar de la evolución de la industria de los videojuegos, todos los avances e impacto que hemos ido viendo estos últimos cuarenta años y la crisis de la pandemia -como causas directas del auge del sector-, también han surgido problemas de distinta índole en relación con la protección de los derechos de propiedad y, concretamente, del derecho a la propiedad intelectual. Y es que, la industria de los videojuegos en España representa el 14.3 % del sector de edición, el 9.6 % del sector de producción audiovisual -cine, video, televisión y música-, el 3.8 % del sector de la programación y tratamiento de datos y el 3.2 % del sector de las telecomunicaciones (COLLADO 2018).

Teniendo estos datos en cuenta, ¿cómo es posible que haya tan poca legislación, o incluso jurisprudencia al respecto? Siendo uno de los sectores más punteros en el mundo ¿por qué está como tarea pendiente en el Derecho? Siendo más concisos, de la misma forma que la

industria cinematográfica y musical ha sabido adaptarse a los nuevos tiempos y a las plataformas a nivel legal, ¿cómo es posible que los videojuegos aún no lo hayan hecho?

La globalización no solo ha puesto en el punto de mira al concepto de soberanía nacional, llegando más allá del territorio de un único país, sino que, además, ha obligado al Derecho a tener que adoptar soluciones universales. De esta forma, y con todas las transformaciones y necesidades jurídicas, veremos que es imprescindible que el Derecho de la propiedad intelectual se desarrolle aún más y se adapte para dar respuesta a estas nuevas exigencias.

Por esta misma razón planteamos este trabajo, y es que nuestra finalidad es conseguir brindar algo de luz al final del túnel para los desarrolladores de videojuegos, que se ven desprotegidos por la escasez de normativa y protección que existe al respecto. Y ello lo haremos también, lógicamente, revisando los contratos de cesión que están regulados en la Ley de Propiedad Intelectual para algunos casos, pero para otros, los que nos interesan, no.

1.3. Objetivos

Según la Asociación Española de Videojuegos (AEVI), la industria facturó en España 1.747 millones de euros en 2020, un 18 % más que el año anterior y coincidiendo con la época del confinamiento a nivel mundial. Sin embargo, y aun con todo el dinero que genera la industria, el videojuego, como veremos, no está ni siquiera reconocido en la legislación como obra generadora de derechos. Lo que genera este hecho, aparte de una gran inseguridad jurídica, es que los creadores tengan que registrar el videojuego bajo el tipo específico de programa de ordenador, y como elementos adicionales, el guion y contenido audiovisual. Y si nos paramos a pensar, esto es algo completamente anómalo en el ordenamiento jurídico: si realizamos una película, esta se registra como obra cinematográfica, aunque esté formada por distintos elementos. Ahora bien, si como desarrolladores de videojuegos tan solo podemos proteger el *software*, se quedarían sin protección todo el contenido audiovisual, y viceversa.

Con todo, bien es sabido que la obra se protege con la mera creación, con lo cual no supone una obligación registrarla para su protección y para que genere derechos. El problema está en que la industria es de tal magnitud, que cada vez se hace más difícil estar libre de copias ilegales, lo cual hace que los desarrolladores de videojuegos queden completamente desamparados. Y es más, la falta de regulación no solo conlleva estos problemas, sino que, a la hora de hacer contratos de cesión, o a la hora de querer realizar obras derivadas, como será

nuestro objeto de análisis, no hay ningún tipo de ayuda, no hay ninguna normativa que sea capaz de ayudar a los pequeños desarrolladores a la hora de contratar con otras empresas.

Este mismo será el objetivo de nuestro trabajo; señalar el problema de la falta de legislación, del desamparo que sienten los desarrolladores de una industria que lleva años pidiendo ser reconocida.

Además, otro objetivo será entender el panorama actual del derecho de adaptación de obras literarias o cinematográficas a obras multimedia, y señalar la necesidad de crear un régimen jurídico específico y desarrollado para los videojuegos, con contratos tipo y con un proceso único para la defensa y protección de los mismos.

En definitiva, nuestro objetivo será brindar a los autores o desarrolladores una nueva y mejor forma de protección y seguridad.

2. Videojuegos

2.1. Marco histórico

Apuntar una fecha exacta de cuándo fue el primer videojuego es algo complejo, pero podemos señalar nuestro comienzo en 1947, cuando Thomas T. Goldsmith JR y E. Ray Mann realizaron una solicitud de patente en Estados Unidos para proteger un juego de electrónica analógica que consistía en un tubo de rayos catódicos, simulando un radar típico de la Segunda Guerra Mundial para detectar misiles. La patente fue concedida, y once años después, en 1958, W. Higginbotham lanzó *Tennis For Two*, un simulador de tenis de mesa que creó gracias a un programa para el cálculo de trayectorias y un osciloscopio. De hecho, fue la empresa Atari quien en la década de los 70 comercializó el anterior juego bajo el nombre de *Pong* creando la máquina recreativa que llegaría a bares, salas de espera, centros comerciales, aeropuertos, etc.

Avanzando en el tiempo, en 1971 N. Bushnell comercializó *Computer Space*, una versión de *Space War!*, juego creado a principios de los 60 por un estudiante llamado Steve Russell y mediante gráficos vectoriales (ÁLVAREZ CABRERA 2016). Basado en los anteriores, *Space Invaders* se presentó en 1972, marcando otro gran hito en la industria. Durante los siguientes años surgieron grandes avances, entre ellos la llegada de microprocesadores y los sistemas domésticos, como es el caso del Atari 2600.

Atari dominaba prácticamente el mercado, incluso teniendo en cuenta la creación de la máquina recreativa y la gran mayoría de sistemas domésticos. Sin embargo, y pese al dominio del mercado, Atari nunca llegó a patentar ninguna de sus consolas o videojuegos, por lo que se dio una sobresaturación en el mercado debido a la gran cantidad de empresas que se subieron al barco de los videojuegos, sin importar la calidad de ellos. Esta circunstancia se dio a principios de los 80, y se conoce concretamente como la *Crisis del videojuego del 83*, ya que los consumidores se encontraron en un panorama de total desconfianza hacia los estudios que desarrollaban los videojuegos. Por ende, los precios y las ventas bajaron, causando pérdidas de más de 500 millones de dólares; llegó a tal punto que se puso en duda si realmente era una industria que mereciera la pena perpetuar.

Sin embargo, a la vez que sucedía la crisis del videojuego, en Japón nacía Nintendo, que lanzó al mercado una consola doméstica llamada *Famicom*, que sería conocida en Occidente como *NES (Nintendo Entertainment System)*. Así, y tras la salida de la crisis y después de idas y venidas judiciales entre Atari y Nintendo¹, Estados Unidos adoptó la *NES* como principal sistema de videojuegos domésticos. Con todo, siguieron apareciendo distintos sistemas de otras empresas desarrolladoras, e incluso videojuegos que formarían parte de la historia como es el caso de *Tetris* de A. Pajitnov. Incluso Atari sacó sistemas compatibles con los ordenadores de IBM y hasta una consola portátil, pero nada tuvo que hacer frente la conocidísima *Nintendo Game Boy*, lanzada al mercado en 1989.

En la década de los 90, las consolas dieron un importante salto con lo que se conoce como la Generación de 16 *bits* o las videoconsolas de cuarta generación; este tipo de consolas tenían un microprocesador más potente -de 16 *bits*-, mandos con múltiples botones -pensemos en los típicos mandos de consolas, a diferencia con lo que había en los años 80, que eran controles con un botón o una simple palanca-, el uso del color, la introducción de música más elaborada, etc. Ejemplos de estas videoconsolas de cuarta generación serían la *Super Nintendo* o *Turbografx*, entre otras. Tras esto, los videojuegos en 3D empezaron a hacerse un hueco en el mercado con las consolas de quinta generación -videoconsolas de 32 *bits*- gracias a *Sony PlayStation*, y con la generación de 64 *bits*.

La consola de Sony comenzó siendo un proyecto entre dicha empresa y Nintendo, pero esta última acabó por rechazar la propuesta, básicamente debido a que otra empresa desarrolladora, Sega, había lanzado al mercado una consola parecida y había sido un fracaso. Al final, Sony lanzó la consola independientemente. Como colofón de los años noventa, las máquinas recreativas empezaron a decaer debido precisamente al gran mercado que había de consolas domésticas y de ordenadores con mayor capacidad que permitían jugar a videojuegos con mejores gráficos.

En definitiva, Nintendo ha sido quien ha dominado el mercado, y gracias a ella existe la industria, porque recordemos, como señalábamos anteriormente, que la crisis del 83 hizo que se planteara si realmente era un industria rentable.

¹ Un ejemplo de ello es la Sentencia de la Corte de apelaciones de Estados Unidos, de 10 de septiembre de 1992, Atari Games Corp. V. Nintendo of Am. Inc., 975 F. 2d 832.

Así, y ante la duda de si es una industria rentable, presentamos datos: AEVI presentó a principios del 2018 un informe con la finalidad de conocer la dimensión económica de los videojuegos en España. Según el informe, «el impacto total en la producción del sector del videojuego fue de 3.577 millones de euros, en el valor añadido fue 1.452 millones de euros y en el empleo fue de 22.828 empleados» (COLLADO 2018, p.2). Así, y también teniendo en cuenta previsiones de distintos centros de estadísticas -entre otros, *Bureau of Labor Statistics*-, se prevé que para antes del 2030 la industria del videojuego sea el sector principal en cuanto a crecimiento y empleo.

Ciertamente, sin la industria del videojuego, como se llegó a plantear en los años ochenta, la vida sería completamente distinta y, básicamente, no tendríamos por qué tener un debate sobre la clasificación jurídica del videojuego, de quién posee los derechos correspondientes y hablar de la falta de regulación que existe al respecto. En definitiva, sin la industria del videojuego, sin Nintendo y de cómo salvó el mercado, este trabajo no existiría.

2.2. Videojuegos y su difícil clasificación

2.2.1. Marco jurídico

Desde el punto de vista del Derecho nacional, tenemos que señalar el artículo 96 de la Constitución Española (en adelante CE), por el cual se alega que todo tratado internacional válidamente celebrado, y una vez sea publicado en España, formará parte del ordenamiento jurídico interno. Con este precepto, empezamos por la normativa internacional.

La protección internacional de la propiedad intelectual se establece a finales del siglo XIX, pero no es hasta la llegada de la globalización cuando se empieza a desarrollar como tal. Con todo, surge el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 1886. Este Convenio, al ser el primer intento internacional de conseguir cierta homogenización entre las diferentes legislaciones de los Estados sobre los derechos de autor, supone uno de los pilares del sistema internacional de propiedad intelectual. En él, encontramos las obras protegidas, los criterios para su protección, los derechos garantizados a los autores, las obras derivadas, etc. En este Convenio, como resulta lógico, no se hace mención alguna a los videojuegos, y ello simplemente por un hecho evidente e histórico, y es que no existían; de hecho, su última enmienda fue en 1979, y si recordamos lo que describíamos en el anterior apartado, era una

industria aún desconocida fuera del mercado norteamericano y japonés, además de no tener tanta relevancia como para protegerlos -cosa que cambiaría en cuestión de una década-.

Con la firma del Convenio de Estocolmo en 1967, surge la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante OMPI), cuya finalidad principal es la de fomentar el desarrollo de tratados sobre la materia y la propia protección de la propiedad intelectual. De hecho, ha sido bajo el manto de la OMPI, queriendo adaptarse a la globalización, la Sociedad de la Información y, con ello, a los nuevos retos que supone, la elaboración del Tratado sobre Derecho de Autor en 1996. Este Tratado es de gran relevancia, y es que es el primero que contempla los programas de ordenador como obras de propiedad intelectual², además de tener en cuenta el auge de Internet, las nuevas tecnologías y, por ende, su incidencia en otros aspectos.

En cuanto a la protección comunitaria, debemos mencionar dos Directivas. Al igual que en el caso internacional, se ha intentado llevar a cabo cierta armonización o, si se quiere, homogenización, de las legislaciones de cada país miembro en materia de propiedad intelectual. Y, aunque se haya dado importancia a dicha armonización y a la relevancia de las obras en el mercado europeo e internacional, no es hasta la Directiva 91/150/CEE sobre la protección jurídica de programas de ordenador -ya derogada-, que se hace por primera vez mención al *software* y se protege uniformemente. De hecho, se establece en su artículo 1 que «los Estados miembros protegerán mediante derechos de autor los programas de ordenador como obras literarias tal como se definen en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas».

Por otro lado, tenemos la Directiva 93/98/CEE, relativa a la armonización del plazo de protección de los derechos de autor, para así evitar la aplicación de la Convención de Roma, que dejaba la puerta abierta a los países para, dentro de unos límites -los 50 años tras la muerte del autor-, fijar plazos dispares. Esta disparidad llevaría a cierta inseguridad y, por ello, la Directiva busca cierta homogenización, dejando los plazos iguales en todos los países de la Unión. Esto resulta de gran relevancia, y es que debemos tener en cuenta que los videojuegos están formados, como veremos, por distintos tipos de aportaciones, por lo que tener un

² Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996. Boletín Oficial del Estado, 18 de junio de 2010, núm. 148, p. 52061, artículo 4.

sistema de plazos enfocado a evitar la disparidad daría mayor seguridad a los desarrolladores y creadores.

Como podemos comprobar, se ha ido introduciendo poco a poco el concepto y protección del *software* -también presente en la Directiva 2001/29/CE-, incluyendo en él el videojuego. Sin embargo, teniendo en cuenta la cuota de mercado que ocupa la industria del mercado a día de hoy, seguimos viendo que la normativa va muy por detrás y sigue sin haber esa seguridad jurídica para los creadores de los videojuegos.

Pero ¿qué pasa en nuestro ordenamiento jurídico? En España, tristemente, la cosa no cambia mucho en comparación con la normativa internacional o la comunitaria. Tenemos una Ley, la de Propiedad Intelectual (en adelante, LPI), que requiere que para que una obra sea considerada como tal, y por tanto, protegible, debe cumplir con tres requisitos; estos son, la creación, la originalidad de la obra y la exteriorización de esta (art. 10 LPI). Además, en el mismo artículo 10, la LPI hace una lista con lo que considera obra protegible, pero el videojuego no está entre ellas. *A priori*, el videojuego cumple con los tres requisitos y, aunque no esté recogido, hay que recordar que la lista no es exhaustiva.

Como vemos, realmente no hay ninguna normativa que contenga una regulación concreta, aunque sea simplemente una mención expresa del videojuego, por lo que hay que conformarse con un encuadre limitado.

2.2.2. Clasificación

Si ya es difícil tener cierta seguridad jurídica en relación con los videojuegos debido a la falta de normativa al estar toda desfasada, debemos sumar el hecho de que el videojuego tampoco ayuda a la hora de ser clasificado, y es que es una tarea que ha demostrado ser un verdadero campo de batalla. Por poner un ejemplo, en 2009 la Comisión de Cultura del Consejo de los Diputados decidió -por unanimidad- considerar el videojuego como industria cultural, tanto por su impacto económico como por su contribución a la ficción audiovisual y cultural³ y, sin embargo, esto no ha tenido ninguna relevancia, en el sentido de que la LPI sigue 13 años

³ Proposición no de ley presentada por el grupo Parlamentario Socialista, relativa a la promoción y el respaldo a la industria cultural del videojuego. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 25 de marzo de 2009, núm. 235.

después⁴ sin contemplar un régimen específico para esta industria ni sin hacer una mención expresa en el artículo 10 -ni tampoco, de hecho, en el artículo 2 del Convenio de Berna-. En definitiva, la falta de regulación -que sí tenemos en industrias como la del cine o música-, abre el debate sobre su encaje entre los regímenes de protección generales o específicos, como el de cine o el de los propios programas de ordenador.

Para empezar, en un videojuego nos encontramos una interactividad con una finalidad lúdica. Sin embargo, no es una interactividad simple, como la que podía darse con los primeros videojuegos que surgieron en los que solo había un botón y una posibilidad -como mover una bola por una pantalla-, sino que estamos ante una interactividad mucho más compleja, donde el jugador tiene sensaciones, experiencias, una verdadera inmersión como la que tendría viendo una película pero participando en ella. De esta forma, estamos ante una obra con aportaciones heterogéneas que se intenta proteger en un régimen jurídico tradicional. Dicho de otra forma, los videojuegos son «verdaderos sistemas digitales de inmersión en mundos ficticiales» (DONARIRE VILLA y PLANELLS 2012, p. 96), y es por esta misma razón por la que los videojuegos están formados esencialmente por tres elementos: un *software*, un contenido audiovisual, y un guion; encendemos la consola o el ordenador y mediante el *software* cargamos el propio videojuego, donde nos encontramos en un entorno audiovisual, con música, escenarios y personajes, a lo que se une un guion desarrollado para el propio juego para ir de un punto a otro.

Entonces, teniendo un *software*, un guion y un contenido audiovisual, ¿qué clase de obra tenemos? Decir que un videojuego es una obra audiovisual o un programa de ordenador es quedarse muy corto. Y es que, el artículo 86.1 LPI establece que las imágenes están destinadas «a ser mostradas a través de aparatos de proyección», lo cual da a entender que estamos ante una visualización pasiva de dichas imágenes, lo cual no ocurre en nuestro terreno, ya que precisamente los videojuegos están creados para la interactividad, es decir, para una visualización y participación activa. De la misma forma, el artículo 96.1 LPI, sobre los programas de ordenador define el concepto, considerando que será «toda secuencia de

⁴ También debemos mencionar la última Proposición no de Ley presentada por el grupo Parlamentario Ciudadanos, relativa a potenciar la producción nacional y coproducción internacional de la industria del videojuego en España. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 11 de octubre de 2016, núm. 32. Esta proposición tampoco modificó el panorama de la protección de los videojuegos. Desde entonces, no se ha vuelto a registrar ninguna proposición.

instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o tarea o para obtener un resultado determinado» y, realmente, aunque en un videojuego se realicen tareas para obtener un resultado determinado, la finalidad del videojuego es la de entretener. Por ello, nosotros creemos que la mejor clasificación vendría de la mano de la obra multimedia, término que surge a mediados de los años 90 con el auge de las nuevas tecnologías. Y, aunque la doctrina no se pone de acuerdo, hay varios casos de autores españoles que respaldan esta idea, como es el caso de PARDO (1997, p. 34), que la define de la siguiente forma:

«Aquella concebida como creación única y expresada mediante la reunión en un mismo soporte digital, con o sin previa adaptación informática, de elementos sonoros, de imágenes fijas o de animación, entre otros, pertenecientes, al menos a dos de dichos géneros, cuya estructura y acceso están registrados por un programa que permite la interactividad».

Y de la misma forma lo respalda indirectamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al alegar que «(los videojuegos) son un material complejo que incluye no solo un programa de ordenador, sino también elementos gráficos y sonoros que, aunque codificados en lenguaje informático, tienen un valor creativo propio que no puede reducirse a dicha codificación» (CP 23 STJUE 355/12). Con todo, la LPI tampoco contempla realmente la complejidad de las obras multimedia, y parece ser que porque considera dichas obras y, por ende, los videojuegos, como composiciones complejas susceptibles de protección dividida, y no como obras unitarias.

2.2.3. Problemática en el Registro de la Propiedad Intelectual

Aunque más tarde volveremos a hacer hincapié en este punto, debemos señalar, como apunte, que el videojuego no solo da problemas a nivel legislativo, sino también registral. Como es lógico, el registro de obras intelectuales es voluntario, pero también es cierto que no deja de ser una herramienta eficaz para la defensa de la autoría de la obra ante posibles conflictos con terceros. Ahora bien, los videojuegos serían susceptibles de registro al ser considerados obras protegidas por el artículo 10 LPI -aunque no sean mencionados, se amparan en dicho artículo-, pero existe un problema, y es que, sin ser de gran sorpresa, tampoco aparece mención alguna a ellos en el Real Decreto 281/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual (en adelante,

RRGPI). Por ello, su protección se realiza a través de la de programas de ordenador. Así, y siguiendo el artículo 14 RRGPI, letra n), el videojuego será un tipo específico de programa de ordenador, requiriendo que los demás elementos -como el guion, la banda sonora, las imágenes, etc.- tengan que inscribirse como «elementos adicionales». De esta forma, se niega el carácter de obras autónomas que merecen ser registradas de forma diferenciada dentro de un conjunto -que sería el videojuego como tal-.

En definitiva, lo que vemos es un sistema lleno de trabas y desactualizado, que necesita recoger el concepto de obra multimedia, videojuego y, por ende, su inscripción como tal en el Registro de la Propiedad Intelectual. Es esta problemática haremos frente en las siguientes páginas.

3. Videojuego como obra derivada

3.1. Legislación y jurisprudencia española

Como ya conocemos, a todo creador se le reconocen dos facetas o, si se quiere, dos tipos de derechos: por un lado, los derechos morales y, por otro, los derechos patrimoniales (art. 2 LPI). Estos derechos no son compartimentos estancos entre ellos, sino que tienen un gran vínculo. De hecho, y por poner un ejemplo, el derecho patrimonial de transformación (art. 21 LPI) se encuentra ligado directamente con el derecho moral de integridad de la obra (art. 14 LPI). Y mientras que los derechos morales reconocen ciertas facultades próximas a derechos personalísimos y son irrenunciables e inalienables, los derechos patrimoniales son aquellos en virtud de los cuales el sujeto que ostenta la condición de autor puede obtener un rendimiento o beneficio económico mediante su explotación o simple remuneración.

Así, y en cuanto a los derechos de explotación, nos encontramos con que la LPI, en su artículo 17, establece que corresponde al autor el ejercicio exclusivo de estos derechos sobre su obra en cualquier forma, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. Este último, será en el que nos centraremos.

3.1.1. Artículos 11 y 21 de la Ley de Propiedad Intelectual

El artículo 21 LPI establece que «la transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente»⁵. A su vez, el artículo 11 hace un listado de obras derivadas que se considerarían como objeto de derechos de propiedad intelectual, en el que aparecen las adaptaciones⁶.

¿A qué queremos llegar con esto? El derecho de transformación, en palabras de BERCOVITZ ÁLVAREZ (2019, p. 99), «es el derecho exclusivo a modificar o transformar una obra, adquiriendo así la titularidad de la obra derivada o compuesta resultantes de dicha transformación». Dicho con otras palabras, la transformación es una alteración de la propia obra *originaria*- que no original, porque tanto la anterior como la derivada, tienen elementos

⁵ «1. La transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente» (art. 21 LPI).

⁶ «Sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, también son objeto de propiedad intelectual: 1. Las traducciones y adaptaciones» (art. 11 LPI).

originales para poder ser protegidas; por ello, la diferenciación entre obra original y obra derivada no es correcta, y debe ser entre obra originaria y obra derivada-. Esto da pie a la creación de obras derivadas que, de esta forma, no están sujetas al derecho moral de integridad de la obra, sino que se entienden como explotaciones patrimoniales de esta.

Sin embargo, no es tan simple como puede parecer en un primer momento, y es que debemos recordar las palabras de RIVERO HERNÁNDEZ (1997, p. 427), que afirmaba que el derecho de transformación «tiene fama de ser una de las materias más difíciles y complejas en el ámbito del derecho de autor». Esta dificultad parte del hecho de que se use el término de transformación tanto para referirse al derecho patrimonial que ostenta el autor originario, como para referirse a la actividad de la que surge una obra derivada; es decir, que tenemos la obra originaria objeto de derecho de transformación y la propia obra transformada o derivada. Con esto, podemos entender que el Derecho de transformación se ha desarrollado relacionado con la obra derivada, y no solo en la legislación española, sino que en el Convenio de Berna vemos una redacción conjunta en el apartado 3 del artículo 2, al asentar que «estarán protegidas como obras originales, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original, las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística».

Para salir de dudas, la OMPI elaboró un Glosario de términos, donde afirma que la «transformación de una obra es la adaptación u otra transformación de una obra» (concepto 252). ¿Qué entendemos con esto? Que la obra derivada es una de las obras resultantes que pueden darse gracias al acto de transformación, el cual viene del autor de la obra originaria, que debe autorizar el Derecho. De esta forma, la transformación da pie a la coexistencia de dos obras, es decir, la originaria y la derivada; ambas reconocidas por la ley como objeto generador de derechos de propiedad intelectual, siendo protegidas y reconocidas una independientemente de la otra. Dicho en palabras de BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (2019, p. 74):

«La obra derivada es fruto de la transformación de una obra preexistente (...) pero ha de reunir los mismos requisitos para todas las obras por el art. 10 en su párrafo inicial: ha de tratarse de una creación original. (...) Son obras derivadas porque derivan, proceden o nacen de la transformación de una obra preexistente, que lógicamente incorporan».

Aun con todo, no podemos olvidar que la obra derivada debe cumplir con los requisitos de originalidad y creatividad para ser objeto de protección por el artículo 10 LPI y, por ende, objeto de propiedad intelectual. La obra derivada supone una actividad intelectual y no una mera apropiación material o una reproducción, ya que se añaden elementos nuevos a una obra anterior. Y, aunque sean consideradas creaciones, no podrán ser difundidas sin el consentimiento del autor de la obra originaria. Es decir, que la obra derivada es una obra diferente pero dependiente de otra obra originaria.

Básicamente, la transformación debe producir necesariamente una obra diferente y, si los cambios producidos no son suficientemente relevantes, la LPI considera que no estamos ante una transformación u obra derivada, sino de una reproducción o, incluso, ante una obra inspirada en otra. Pero ¿cómo podemos saber cuándo una obra derivada es suficientemente original para considerarse como tal? Tendremos que acudir al criterio de la altura creativa, es decir, que tendremos que sopesar si la obra derivada tiene suficiente relevancia y creatividad como para considerarla obra original, y no una mera inspiración o reproducción, lo cual sigue siendo un criterio un tanto subjetivo que, a nuestro parecer, no es suficiente, porque supone dejar en manos de expertos o de personas que conozcan la materia o la obra que se intenta derivar, la decisión de si algo es digno o no de ser considerado como obra original, lo cual no es siempre del todo acertado.

3.1.2. La falta de Jurisprudencia en el sector

Un ejemplo de relación entre los artículos mencionados lo podemos ver fácilmente en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 2020, con el caso *La Reina de España*. En este caso, nos encontramos con un conflicto entre tres guiones y dos películas: primero, tenemos el guion de *La niña de sus ojos*, escrito por López y Egea; estos directores autorizaron la transformación de la obra, y surge *La niña de tus ojos*, guion de Azcona y Trueba, que será utilizado para el rodaje de la película con el mismo título; en tercer lugar, se rueda *La reina de España*, cuyo guion y dirección es de Trueba. ¿Cuál es la cuestión principal del caso? Básicamente, López y Egea piden que el último guion escrito, es decir, el de *La Reina de España*, sea reconocido como obra derivada no autorizada del guion primero *La niña de sus ojos*.

Pues bien, la Audiencia Provincial, analizando el caso, se para en el artículo 21 de la LPI y en su relación con el artículo 11, y afirma que mediante una transformación, «un sujeto lleva a cabo sobre una (obra) preexistente una actividad creativa dotada del grado suficiente de originalidad como para hacerse merecedora de protección, dando lugar a una obra distinta que se conoce como “obra derivada”» (FD IV SAP 10/2020). Entonces, la modificación de una obra preexistente que carezca de originalidad no significa que haya una transformación -ya sea consentida o no- y que, por ende, acabe habiendo una obra derivada, sino que significará que hay un plagio, entendido como todo aquello que supondría copiar obras ajenas y carente de talento por parte de la persona⁷. Así, tenemos que entender que hay diferencias entre lo que se entiende por plagio y la transformación en sí, y es que esta última es la que da pie al nacimiento de una obra derivada protegible, mientras que el plagio crea una obra carente de originalidad y, por ello, carente de derechos y protecciones.

Por otra parte, el Tribunal compara el guion *La niña de tus ojos* con la película *La niña de sus ojos*, y aprecia que, aunque la premisa del primer y segundo guion sea la misma, hay diferencias sustanciales y ello la convierte en una obra derivada. En cambio, en *La Reina de España* no se puede apreciar ningún tipo de conexión con el primer guion, ya que todo lo que se utiliza para el propio desarrollo de la película es aquello que Arcona y Trueba aportan como creación propia, no teniendo así, relación con el primer guion de López y Egea (FD V SAP 10/2020).

Como podemos deducir, nuestra ley y, por alusiones, nuestra jurisprudencia, pivotan sobre obras cinematográficas, musicales y literarias, sin tener en cuenta la realidad de la existencia de obras mucho más complejas. En la materia que nos ocupa, esto es, los videojuegos, incluso de la adaptación de obras cinematográficas o literarias a videojuegos, no es fácil encontrar jurisprudencia. Y es que, si tenemos en cuenta que no hay ni un solo artículo en ninguna ley española o europea dedicado al videojuego, no es de extrañar que no haya prácticamente jurisprudencia a cerca de nuestro tema elegido, salvo sentencias sobre piratería. Por ello, vamos a ciegas.

⁷ Esta definición es la que ha dado nuestra propia jurisprudencia a lo largo de los años en distintas sentencias, como por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de noviembre de 2003, 378/1998, ES:TS:2003:7529, entre otras.

Por otro lado, y aunque no dispongamos de jurisprudencia o legislación, podemos plantearnos la siguiente pregunta: ¿qué significa que una empresa ha adquirido los derechos para crear un videojuego basado en una película? Adquirir este tipo de derechos para poder realizar una nueva obra a partir de una existente, es un proceso complejo, ya sea en el mundo cinematográfico, literario, o del videojuego. Ciertamente, aunque no tengamos jurisprudencia, tenemos casos muy sonados, como el que ocurre con el universo de *El Señor de los Anillos*, las obras literarias escritas por el autor J. R. Tolkien. Peter Jackson, guionista y director de la trilogía de las famosas películas, obtuvo una licencia de la empresa Saul Zaentz Company, que hasta la fecha es titular de los derechos de las películas de la obra de Tolkien⁸. Así, esta compañía ha controlado los derechos de autor, confiriendo licencias y cesiones para crear obras derivadas para películas, series, réplicas de armas, escenarios, juegos de mesa y hasta parques temáticos. En lo que a nosotros nos respecta, desde 2001 Electronic Arts ha desarrollado los videojuegos de *Battle for Middle Earth*, basado en licencias de las películas de Peter Jackson. ¿Qué significa esto? Básicamente, los videojuegos son obras derivadas de otra obra derivada, también generadora de derechos de autor, pero tan solo de la obra cinematográfica, no de la obra literaria. Sin embargo, cuatro años más tarde, la desarrolladora Electronic Arts consiguió adquirir los derechos para crear obras derivadas basadas en los propios libros, contratando, por ende, con Saul Zaentz Company. Así, con esta licencia para crear obras derivadas y, de esta forma, habiendo obtenido el Derecho de transformación de las obras, adquiere la totalidad del material original, es decir, no solo el cinematográfico, pudiendo expandir el universo de los videojuegos.

Este es un gran ejemplo de contratos de cesión para realizar obras derivadas que salen bien, en el que todas las partes están de acuerdo con lo pactado y sin necesidad de revisar los contratos. Pero ¿qué pasa cuando sucede lo contrario?

⁸ Debemos hacer un pequeño apunte, y es que conforme escribimos este trabajo, la empresa Saul Zaentz Company ha puesto a la venta todos los derechos que ostenta de *El Señor de los Anillos*, aproximadamente por una cantidad que estiman de 2 billones de dólares, y ello por la inminente salida de la superproducción de Amazon *El Señor de Los Anillos: los anillos de poder* (ROMAN 2022).

3.2. Caso Sapkowski

A mediados de los años 80, Andrzej Sapkowski escribe la primera historia que formaría parte de una de las sagas más exitosas de fantasía de los últimos tiempos. Publicada en una revista polaca, consiguió gran éxito en el país, lo que le llevó a seguir escribiendo historias y relatos cortos hasta juntarlos y publicarlos bajo el nombre de *La espada del destino* (1992) y *El último Deseo* (1993). Todo ello, y viendo que seguía creciendo la popularidad, empezó la saga tal y como la conocemos que narra las aventuras de un brujo que caza monstruos.

Mientras tanto, CD Projekt surge como respuesta a la falta de tecnología y videojuegos que había en Polonia en los años 90, siendo pioneros en publicar *softwares* en CD y los primeros en especializarse en la publicación de videojuegos, editando títulos que ya eran de gran éxito fuera de Europa, como *Baldur's Gate*, lo cual ayudaba a terminar con la piratería de la época, ya que en aquellos años no existía una ley de protección de la propiedad intelectual.

A principios de los 2000, la desarrolladora CD Projekt Red Studio se pone en contacto con Sapkowski para crear un videojuego sobre el universo de los libros, ya que dada la popularidad en Polonia que iba consiguiendo día a día, fueron muchos estudios los que se aproximaron al autor con la idea de crear un videojuego basado en la saga del brujo, pero ninguno acababa de materializarse. Así, CD Projekt llegó a un acuerdo con el autor, y consiguió adquirir los derechos para explotar el universo de fantasía medieval, siendo realmente el primer videojuego que desarrollarían. Pero ¿por cuánto consiguieron estos derechos? El estudio llegó al acuerdo de pagar alrededor de 9.000 euros al autor en dos plazos y, finalmente, firmaron el contrato, el cual no se molestó en leer el escritor polaco ni su equipo legal y, por ende, no se aseguraron de recibir los beneficios que obtendrían más adelante por la venta de los videojuegos correspondientes. De hecho, cuando CD Projekt ofreció pagar un porcentaje de los beneficios obtenidos por las ventas, Sapkowski lo rechazó, porque consideró que jamás tendrían ningún tipo de beneficio y prefería el dinero en mano.

Por otra parte, lo que consiguió CD Projekt fue una licencia para realizar un videojuego basado en el universo de las aventuras del brujo, por lo que, en realidad, el videojuego no era una adaptación como tal de las novelas, sino que tendría lugar años más tarde del final de los libros, teniendo así su propia trama. De esta forma, habría constantes referencias, personajes, escenarios y guiños a la saga del autor polaco. De hecho, nos encontramos con un videojuego

que cumple con la condición de obra derivada, y es que, si bien no tiene la misma trama que los libros, el videojuego cumple con el requisito de originalidad y creatividad necesario para ser considerado como obra digna de derechos y protección, y ello aunque surja de otra obra originaria.

Tras muchas idas y venidas y problemas logísticos, en 2007 sacaron al mercado *The Witcher 1*, llegando a Estados Unidos gracias de la mano de la empresa Atari. Las aventuras del brujo ganaron más fama no solo en su país de origen, sino también mundialmente, vendiendo alrededor de 50 millones de copias entre las tres entregas (MOORE 2021). De hecho, gracias a los videojuegos, Sapkowski y sus libros se hicieron conocidos mundialmente, llegando al punto de que la plataforma Netflix se puso en contacto con su equipo para así adquirir los derechos de explotación, creando así una de las series más aclamadas por la crítica en 2019, y curiosamente con el mismo nombre de los videojuegos.

Viendo el panorama, ¿cuál es el problema? Sapkowski nunca llegó a pensar que los videojuegos recaudarían tanto dinero, llegando a tal punto que los libros y, por ende, el propio autor, pasarían a un segundo plano. Siendo esto así, y viendo el éxito comercial y económico de los videojuegos, en el año 2018 Andrzej Sapkowski presentó una demanda contra CD Projekt, exigiendo el equivalente a 15 millones de euros por royalties. Esta suma se debía a que el porcentaje de beneficios que debe tener el autor originario oscila entre el 5 y el 15 %, y Sapkowski nunca obtuvo ningún beneficio, tan solo un único pago. Además, en la demanda se alega que los derechos que se licenciaron eran solo y exclusivamente para la primera entrega del videojuego, por lo que las dos siguientes entregas no entraban dentro de lo pactado, considerándolas «simplemente, ilegales»⁹. Ambas alegaciones se apoyan en los artículos 43 y 44 en la ley polaca de derechos de autor, que permiten, por un lado, que si en un contrato no se especifica el importe de la remuneración, este sea determinado teniendo en cuenta el alcance del derecho licenciado y los beneficios que se hayan obtenido gracias a la licencia; y, por otro lado, en el caso de que haya una desproporción entre la remuneración que haya obtenido el autor y los beneficios derivados de la explotación de las obras obtenidos

⁹ Tal como se puede leer en la página 2 del escrito de demanda. Disponible en: <https://www.polygon.com/2018/10/2/17927916/the-witcher-author-andrzej-sapkowski-royalties-cd-projekt-red>

por el adquirente, el autor podrá solicitar un aumento de la remuneración y, a falta de acuerdo, se acudirá a un Juez para que fije la cantidad¹⁰.

Ante este escrito, la desarrolladora del videojuego alegó que el contrato y con él, los derechos adquiridos, se realizaron de manera legal, además de que el éxito de los videojuegos es gracias a ellos, y no a las obras del autor. Con todo, llegaron a un acuerdo privado para evitar el procedimiento¹¹.

Lo que podemos empezar a deducir es que lo que reclamaba Sapkowski era la cláusula *Best-seller*, al considerar que los beneficios derivados de la adquisición de los derechos de su obra y de la consecuente explotación, son desproporcionados comparados con la remuneración que obtuvo en un principio.

3.3. Cláusula *Best-seller*

La cláusula *Best-seller* viene recogida como tal en la Directiva (UE) 2019/790 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 (en adelante, Directiva 2019/790); concretamente, en el artículo 20, donde establece lo siguiente en su primer apartado:

«Los Estados miembros velarán por que, (...), los autores (...) tengan derecho a reclamar una remuneración adicional, adecuada y equitativa, a la parte con la que hayan celebrado un contrato para la explotación de sus derechos (...) en caso de que la remuneración inicialmente pactada resulte ser desproporcionalmente baja en comparación con la totalidad de los ingresos subsiguientes derivados de la explotación de las obras o interpretaciones o ejecuciones».

Este artículo está diseñado para operar conjuntamente con el artículo 18 -que establece el principio de remuneración adecuada y proporcionada- y el 19 – sobre la obligación de transparencia-. A su vez, dichos artículos de la Directiva 2019/790 han sido transpuestos en nuestro ordenamiento jurídico de la mano del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre,

¹⁰ Como vemos, este artículo de la ley polaca es el equivalente a nuestro artículo 47 LPI, sobre la acción de revisión por remuneración no equitativa.

¹¹ «Current report no. 15/2018» *Regulatory Announcements*, 2 de octubre de 2018, 07:29. Disponible en: <https://www.cdprojekt.com/en/investors/regulatory-announcements/current-report-no-15-2018/>

de transposición de directivas de la Unión Europea (en adelante, RDL 24/2021) en los artículos 74 y 75 respectivamente.

La idea es que los artículos sobre la obligación de transparencia (art. 19 Directiva 2019/790 y art. 75 RDL 24/2021 respectivamente) funcionen como herramienta para que los autores tengan el derecho a recibir información sobre cómo se están explotando sus obras y cuántos ingresos y beneficios se está recibiendo por dicha explotación. De esta forma, una vez un autor haya exigido a quienes han adquirido sus derechos la información necesaria, puedan acudir al artículo 20 de la Directiva 2019/790 para recibir una remuneración más justa y equitativa. De esta forma, lo que permite el artículo 20 es precisamente reclamar una remuneración distinta a lo que se pudo pactar en un momento, y acorde a los beneficios que se estén recibiendo en el momento en el que recibe la información con las cifras que incluyan las sumas globales y pagos proporcionales.

De esta forma, entendemos que con la cláusula *Best-seller* se busca justicia y equidad para los autores y artistas que ceden los derechos de explotación a otras desarrolladoras de contenido, productoras y editores que, normalmente, son quienes realmente tienen una mejor posición en el mercado. Dicho de otra forma, la cláusula, sumada a la obligación de información, son una forma de protección para la parte débil de los contratos que no tienen tantos medios o capacidad de negociación como puede tener una gran productora con un equipo de asesores. Y es que por esta misma razón la aplicación de la cláusula tiene -o podría llegar a tener- grandes consecuencias, como ocurre con el caso de Sapkowski: no es hasta ocho años más tarde que el autor reclama, durante la propia explotación de las obras literarias, no ya un cambio en la remuneración -porque no había-, sino una compensación precisamente por la falta de pagos fraccionados durante la duración del contrato, lo cual sucede, a su vez, por la falta de información periódica de los ingresos y los beneficios que está dando la explotación; como podemos imaginar, esto crea una gran inseguridad a la hora de pactar la adquisición de derechos para la explotación de una obra. Por ello, y de cara a evitar inseguridades -imaginemos lo que puede suponer a una desarrolladora de videojuegos, como es CD Projekt, que le reclamen 16 millones de euros-, la parte que adquiere los derechos de explotación debe considerar esta cláusula antes de acordar la remuneración por contrato.

Sin embargo, y como sucede en el caso del autor y la desarrolladora polaca ¿qué pasa cuando es el propio autor o artista el que no quiere en el momento de firmar el contrato, ningún tipo

de remuneración proporcional? ¿Qué pasa si el artista no quiere en ese primer momento ningún tipo de información durante la explotación de esos derechos? Esto es el mayor problema que nos encontramos, porque la Directiva 2019/790 y, consiguientemente, el RDL 24/2021 en nuestro ordenamiento, no obliga a incluir la cláusula *Best-seller*, ni la obligación de información en los contratos -recordemos que lo que pone expresamente en los artículos de la Directiva es que los Estados se *asegurarán y velarán*-. La respuesta a estos problemas la encontramos en la ley alemana de propiedad intelectual (en adelante, UrhG), donde en su sección 32a, apartado 1, establece una obligación de cláusula *Best-seller* a instancia del autor, independientemente de que ninguna de las dos partes pudiera prever las ganancias de la explotación de los derechos adquiridos. Así, con este artículo que establece dicha obligación, se asienta la premisa de que las desarrolladoras de contenidos -como videojuegos-, las productoras y editores son quienes representan la parte fuerte en el mercado y, por ende, tendrán que cumplir con la obligación a instancia del artista como parte débil.

De hecho, tenemos dos casos en la jurisprudencia alemana en la que se aplica este precepto. El primero, el caso *Das Boot*, donde un cámara demanda y busca una remuneración proporcionada por su trabajo en una película famosa llamada *El Barco*. Este fue el primer caso llevado ante el Tribunal Federal de Justicia (BGH) sobre si la cláusula *Best-seller* introducida en la sección 32a UrhG realmente era una ventaja que pudiera cambiar la situación de la parte débil de los contratos, en este caso con productoras. Así, el cámara alegó que los contratos firmados en 1980 y 1981 debían ajustarse de manera equitativa a los ingresos que habían generado con la película en la que él había sido partícipe y, por ende, reclamaba la obligación de información para poder acceder a las cuentas y sumas globales que se habían obtenido como beneficios.

El segundo caso, nos encontramos con un doblador alemán que participa en las películas de *Piratas del Caribe*. Como intérprete, y no autor o artista, presentó demanda contra el actor al que doblaba en un tribunal alemán al considerar que la cantidad recibida por sus servicios era desproporcionada. Sin embargo, el tribunal denegó la demanda; el doblador apeló al Tribunal Federal de Justicia, donde, además de alegar el pago desproporionalmente bajo que había recibido, afirmó que su contribución a la película había sido de vital importancia entre el público alemán, ya que consideraba que había dado algo de carácter único al personaje que

doblaban con su propia vez. En este caso, el Tribunal Federal sí dio la razón al doblador y fue aplicada la sección 32a UrhG.

En el caso del escritor polaco, CD Projekt contaba con la ventaja desde el principio, ya que, aunque Sapkowski se hubiera negado a recibir parte de los beneficios, la desarrolladora tampoco contaba con una obligación de información periódica al autor, lo cual hubiera hecho que en cualquier momento, el autor de la obra originaria pudiera haber optado por la cláusula *Best-seller* mucho antes y, de esta forma, conseguir una remuneración más proporcionada desde un primer momento, aunque al principio no estuviera interesado, pudiendo haber evitado un escrito de demanda reclamando millones de euros, como es el caso. Además, CD Projekt se habría visto obligada a revisar y rehacer los contratos que firmaron al principio, en vez de decidir a llegar a un acuerdo en privado entre ambas partes y sin necesidad de revisar lo previamente pactado. Todo ello, incluso teniendo en cuenta el hecho de que CD Projekt transforma una obra literaria en una obra de carácter multimedia, es decir, un videojuego, creando nuevos escenarios, historias, personajes y, por ende, introduciendo una mayor profundidad y creando algo igual o incluso más valioso para el público que la propia obra originaria.

En resumen, la cláusula *Best-seller* es un mecanismo de ajuste contractual. Como vemos, Alemania es el único país que ha dedicado tiempo y recursos a conseguir que los autores -y, como en el caso de *Piratas del Caribe*, a intérpretes- tengan derecho a pedir información periódica sobre los ingresos y beneficios y, así, poder pedir una revisión de los contratos firmados para conseguir una remuneración proporcionada al trabajo realizado por ellos. Esto es así porque consideran -como debería ser en todos los países-, que el autor con su obra merece que se reconozca el derecho a la remuneración justa y equitativa mientras se esté explotando dicha obra. Así, Alemania es el país que mejor ha adaptado e incluido el artículo 20 de la Directiva 2019/790 a su propia legislación interna, y es que, aunque en España se haya transpuesto la Directiva, todavía queda mucho camino por recorrer, ya que para conseguir una remuneración proporcionada y justa, primero se tendrá que negociar los contratos de cesión de acuerdo con los principios de buena fe y de transparencia, cosa que, como hemos podido imaginar, no es siempre tan fácil.

4. Protección de los autores. Expectativa vs Realidad

Visto todo lo anterior, no podemos sino quedarnos con una cierta sensación de soledad, de desprotección en el sector del videojuego y, concretamente, en el videojuego como obra derivada. Haciendo un resumen de todo lo anterior, lo único que nos encontramos es una industria que aporta millones de euros, miles de trabajos y gran contenido de entretenimiento que tan necesario ha sido en tiempos de pandemia. Y, sin embargo, nos encontramos con el silencio de las instituciones y de la legislación, tanto española como europea e internacional, con una obligación de información y una cláusula *Best-seller* para la parte débil de los contratos que en contadas ocasiones han sido usadas -ya sea por desconocimiento, ya sea por la actuación con mala fe para no añadirla al contrato-. En definitiva, nos encontramos con un verdadero camino de obstáculos a la hora de poder realizar un videojuego basado en otra obra y en poder protegerlo de la misma forma que se protegen obras cinematográficas derivadas de obras literarias.

Con todo, y de la misma forma que hay cierto desamparo, también es cierto que en los últimos años ha habido movimientos encaminados ya no regular el videojuego -lo cual parece tarea imposible-, sino a proteger a los desarrolladores ante la inoperancia del sistema, a proteger sus creaciones y a asegurarse sus derechos. Por ello, en este último punto queremos hacer un repaso por las asociaciones más importantes que fomentan y protegen a los desarrolladores de videojuegos, al registro de los videojuegos en España y a las posibles acciones que pueden realizar cuando se vulneran sus derechos. Por último, queremos proponer la posibilidad de un contrato tipo en este sector y, en definitiva, ser un tanto revisionistas con las Leyes y Directivas.

4.1. Asociaciones

La multiplicidad de los usos y los distintos usuarios de una creación intelectual, como puede ser la del videojuego, requiere en muchas ocasiones de estructuras encaminadas a ayudar a estos usuarios a cumplir la ley y a intentar que los titulares de los derechos reciban una contraprestación por el uso de sus obras. Además, la consolidación del videojuego como fenómeno cultural y económico ha conseguido que aparezcan diferentes asociaciones, tanto nacionales como internacionales, con la finalidad de defender los intereses de la industria. Entre estas asociaciones, nos encontramos la Internacional Game Developers Association

(IGDA), Europe's Video Games Industry (ISFE) y European Games Developer Federation (EGDF).

4.1.1. IDGA

International Game Developers Association (IGDA) es la asociación internacional sin ánimo de lucro más grande, dedicada a todos los desarrolladores de videojuegos. Lo que ellos proponen son una serie de reglas que toda empresa y desarrollador debería seguir y respetar.

En primer lugar, presentan un formulario tipo cuando se dan vulneraciones de derechos de los desarrolladores por parte de las empresas. Supone, a nuestro parecer, una variante del artículo 19 de la Directiva 2019/790, sobre la obligación de información. Básicamente, lo que proponen es que las empresas, con la finalidad de proteger a sus desarrolladores y empleados¹², deben informar cada cierto tiempo sobre el propio desarrollo del proyecto o videojuego y de velar por el cumplimiento de sus derechos. De esta forma, lo que propone IDGA es un formulario tipo¹³, que puede rellenar cualquier persona del sector que vea sus derechos -o de terceros- vulnerados; la asociación recibe el formulario y se pone en contacto con la empresa para hacerles saber que ha habido una vulneración y poder corregirla.

Por otro lado, plantean un código de conducta a seguir, siguiendo tres objetivos esenciales: promocionar el crecimiento de la industria y de los desarrolladores; asegurar un mínimo de profesionalidad en el ambiente de trabajo para poder realizar dicho crecimiento; establecer y comunicar la conducta ética dentro de la industria. De esta forma, el Código de Conducta se divide en cuatro secciones: sección de reglas a seguir por parte de los miembros de la IGDA; sección de comportamiento ético acorde con el Código para voluntarios dentro de la IGDA; normas a seguir en el lugar de trabajo; normas concretas para los estudios de desarrollo de videojuegos.

¹² Cabe recordar en este punto que los videojuegos suelen reconocerse como obras colectivas porque a la hora de crear un videojuego nos solemos encontrar una relación piramidal entre empleado y empleador: los desarrolladores crean los videojuegos y los empresarios que han empleado a dichos desarrolladores publican la obra bajo su nombre, y todo ello previamente pactado contractualmente.

¹³ Disponible en:
https://docs.google.com/forms/d/e/1FAIpQLSdW2i2KfX_WrAQgtAaqBMLNjAhaBfHpWf3d5Ff8mhn6Fx1iBw/viewform

Por último, proponen reglas de reconocimiento en el sector de los videojuegos, de cara a que todos los desarrolladores sean reconocidos por su trabajo y esfuerzo a la hora de crear la obra; además de incluir una cláusula de diversidad e inclusividad.

En definitiva, esta asociación internacional propone un mínimo de reglas que, aunque no sean reconocidas por la legislación, dan una respuesta a la búsqueda de protección en la industria.

4.1.2. ISFE

Esta asociación nace en 1998 con la finalidad de dar respaldo a la industria de los videojuegos, tanto en el aspecto económico como en el creativo, y para que lleguen al mayor público posible. En un principio, fue fundada por las asociaciones de *software* interactivo de Reino Unido, Francia y Alemania, pero acabó expandiéndose hasta incluir a cualquier empresa que representase la industria de los videojuegos, representando a 18 asociaciones nacionales de 18 países de Europa, entre ellos España con la Asociación Española de Videojuegos (AEVI), la cual hemos mencionado en diversas ocasiones a lo largo del trabajo.

AEVI nace en 2014 en España e incluye a desarrolladores, editores, comercializadores de videojuegos, etc., con la finalidad de defender los intereses de la industria del videojuego. Al igual que ocurre con la IDGA, tienen una serie de objetivos, entre ellos, el fomento del desarrollo de la industria en España, la contribución para crear empleo, la colaboración con las Administraciones Públicas e instituciones para llevar a cabo iniciativas para el desarrollo o defender los intereses de los desarrolladores. Por otro lado, todos los años realizan estudios de mercado sobre la industria en España, datando el último de 2021, y en el cual recogen los compromisos del Gobierno de España con el sector del videojuego través de políticas de impulso y fomento -las cuales aún no han sido desarrolladas como tal-. Pero es que, además de presentar políticas futuras o ficticias, también presentan la situación del sector en otros países, como es el caso de Suecia -donde se financian empresas dedicadas al desarrollo de videojuegos y con un gran sistema educativo con programas dedicados a la industria- o Canadá, donde tienen incentivos fiscales desde 1996 gracias a la adaptación de dichos incentivos a esta industria que en aquel momento estaba por crecer; de hecho, gracias a estos incentivos fiscales Ubisoft -empresa desarrolladora y distribuidora de videojuegos- llevó una de sus sedes a Canadá (AEVI 2021).

En definitiva, bajo el manto de la ISFE, las asociaciones comparten objetivos e intereses, además de realizar informes sobre el impacto que tienen ciertas Directivas como la 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, o la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

4.1.3. EGDF

Esta federación, en colaboración con ISFE ha creado un informe sobre la industria del videojuego en Europa recaudando datos de asociaciones de distintos países, entre ellos España, que colabora con la asociación Desarrollo español de Videojuegos (DEV), cuyo objetivo es representar los intereses económicos de las empresas desarrolladoras de videojuegos, defender la creatividad, sentar las bases para el desarrollo nuevos modelos de negocio y promover una especie de «denominación de origen»¹⁴.

La DEV, junto con la EGDF ha redactado el *Libro Blanco del desarrollo español de Videojuegos*, ensayo en el que se acercan a representantes de otras asociaciones del sector del videojuego para saber qué herramientas o medidas tienen en otros países para fomentar el videojuego. Por ejemplo, según HILTUNEN (2021) en Finlandia la financiación pública se destina a empresas en general, pero no en empresas que desarrollen este tipo de contenidos y, de la misma forma, las ayudas existentes para la investigación y el desarrollo no están ligadas a este tipo de industria. En cambio, acorde con el delegado general del sindicato nacional del videojuego en Francia (VILLEDIEU 2021), en ese país sí se destinan ayudas a través de rebajas fiscales y un fondo de apoyo al videojuego, además de contar con dos bancos públicos concretos que invierten en estudios de videojuegos todos los años. De la misma forma ocurre en Alemania y Reino Unido, es decir, que en la mayor parte de Europa vemos, gracias a este ensayo, que se destinan ayudas e incentivos al desarrollo de videojuegos.

¿Qué vemos con todo esto? Que, aunque en algunos países haya ayudas para los desarrolladores, no es suficiente, y menos en España, donde se dedican muy pocas

¹⁴ Disponible en: <https://www.dev.org.es/es/la-asociacion/objetivos>

subvenciones destinadas a la creación y desarrollo de este tipo de contenido. Lo único que se nos acerca es la propuesta que intentan dar desde DEV para solucionar el problema de la financiación del sector: para DEV, la solución estaría en modificar el artículo 36.2 de la Ley de Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS), para que de esta forma la industria de los videojuegos pueda recibir incentivos fiscales para la producción de proyectos, ya sean nacionales como internacionales en suelo español (DEV 2021).

Con todo, ¿cómo defienden sus derechos una vez el videojuego ha sido creado?

4.2. Defensa e instrumentos de los autores

Conforme la pregunta anterior, y en palabras de GREENSPAN (2014, p.182), «la inusual condición (de la industria del videojuego) de ser una industria tanto creativa como tecnológica significa que la aplicación de la regulación existente muchas veces resulta poco clara».

Pues bien, en el caso que nos concierne, lo desarrolladores -o editores- necesitan incorporar propiedad intelectual adquirida de un tercero en el videojuego, como hemos visto en el caso de *The Witcher*. Entonces, si sumamos los costes del desarrollo, el pago de las licencias, los acuerdos de publicidad y promoción, las limitaciones creativas que supone realizar una obra derivada y la importancia de la creación de obras originales, entendemos que cada vez resulte menos interesante realizar una obra derivada. Supone una apuesta arriesgada, ya que aunque un videojuego pueda ser una obra derivada de una película o libro tan conocido que sea convertido en marca -este sería el caso de *Star Wars*-, puede ser un fracaso y generar grandes pérdidas a los estudios, sobre todo teniendo en cuenta que hay videojuegos que se realizan con un tiempo muy limitado para aprovechar la publicidad que haya tenido la obra originaria -un ejemplo de un licenciamiento como estos lo vemos con el videojuego de *ET* de 1982; el videojuego fue desarrollado en 5 semanas para estar listo para la campaña de Navidad y fue lanzado para la Atari 2600, pero fue tal el fracaso que llevó a Atari a la quiebra y a la famosa *crisis del videojuego de 1983* a la que hicimos referencia en el punto II del trabajo-.

Por tanto, una vez se desarrolla el videojuego, nos encontramos con varios muros, como la inscripción en el Registro y con el poder interponer acciones contra terceros cuando vulneran los derechos de los desarrolladores, pero con la dificultad de ser acciones que no son propias de este ámbito.

4.2.1. Inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual

Antes de empezar, debemos señalar que aunque no tenga efecto constitutivo de derechos de propiedad intelectual sobre la obra, la inscripción en el registro supone una herramienta efectiva para la defensa de la autoría y originalidad de la obra de cara a futuros conflictos con terceros. El videojuego, como hemos ido viendo, es susceptible de inscripción en el Registro al considerarse como obra protegida por el artículo 10 LPI pero, al no hacer mención expresa a los videojuegos como tal, su régimen se configura de la misma forma que la de un programa de ordenador.

Así, el RRGPI regula en el artículo 14, letra n, los documentos necesarios para inscribir un programa de ordenador y, por ende, un videojuego: aparte de la clasificación de la obra, se tendrá que documentar el código fuente, un ejecutable del programa y, opcionalmente, una memoria que contenga la descripción del programa, el lenguaje de programación, un listado de ficheros, el diagrama de flujo y un número de depósito legal. Hasta aquí todo está bastante claro, pero no podemos olvidarnos de que un videojuego no solo está formado por un *software*. Entonces ¿cuál es la solución? Será la inscripción separada de lo que se considera como «elementos adicionales» (DONARIRE y PLANELLS DE LA MAZA 2014, p.89); estos son, el guion y el contenido audiovisual -integrados por imágenes y sonidos-, aunque nosotros consideramos que esos elementos adicionales son muy limitados, debido a que también nos encontramos con bandas sonoras -ya sean originales para el videojuego o preexistentes a él-, los escenarios, personajes, jugabilidad, etc. En definitiva, nos resulta incoherente esta forma de protección.

¿Por qué resulta incoherente? Precisamente porque los videojuegos, como tal, suelen ser una obra colectiva, en el sentido de que nos encontramos con una relación piramidal, en la que los desarrolladores trabajan dentro de un estudio o empresa que lanza al mercado el producto bajo un único nombre -por ejemplo, *The Witcher* es de CD Projekt, pero dentro de CD Projekt trabajan los desarrolladores, compositores y guionistas que han realizado el videojuego y que han cedido sus derechos sobre las obras a cambio de una remuneración pactada en un contrato laboral-. De esta forma, no tendría sentido que se registrase como obra principal el *software* y como «elementos adicionales» obras como todas las anteriores que, además, tienen autonomía entre sí.

En resumen, esto demuestra lo desactualizada que está nuestra legislación, puesto que los videojuegos resultan ser obras complejas que requerirían un modelo propio de inscripción mucho más avanzado. Por ello, lo que nosotros propondríamos, al igual que DONAIRE y PLANELLS DE LA MAZA (2014), es que los videojuegos se pudieran registrar como tal en el Registro de la Propiedad Intelectual, y no bajo el manto de los programas de ordenador. Nuestra propuesta para añadir un nuevo apartado en el artículo 14 del RRGPI lo veremos en el apartado 4.3 del trabajo.

4.2.2. Defensa de los derechos de los autores

Con todo, y aun teniendo en cuenta que las obras de propiedad intelectual no necesitan ser registradas, son generadoras derechos y de protección frente a terceros y, por ende, la utilización de las obras sin la autorización de los autores -ya sea con la intención de transformar la obra originaria o simplemente publicarla-, supone una clara vulneración de estos derechos de propiedad intelectual, lo cual puede provocar menoscabo económico y moral al autor. Por ello, y en aras a conseguir una protección, distintas leyes de nuestro ordenamiento jurídico proponen medidas y acciones para evitar el uso indebido o, en definitiva, el menoscabo de dichos derechos.

4.2.2.1. Acciones civiles

La protección de los derechos de propiedad intelectual se encuentra regulada entre los artículos 138 y 143 de la LPI, y son las acciones que tienen los titulares de derechos morales y patrimoniales ante terceros que vulneren dichos derechos. De la misma forma, La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) establece una serie de diligencias preliminares en su artículo 256.1 y medidas de aseguramiento de la prueba en el artículo 297.2 que le son aplicables a los titulares de estos derechos.

Pues bien, según el artículo 86 ter.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), los Juzgados de lo Mercantil serán los que conocerán las demandas en las que se ejerciten acciones relativas, entre otras, a propiedad intelectual, y será en el lugar en el que se cometiera la infracción o, en su caso, donde existan indicios de su comisión o donde se encuentren ejemplares ilícitos, teniendo así el demandante varias posibilidades a la hora de elegir el lugar en el que demandar al infractor.

Por otro lado, tenemos que tener un punto importante en cuenta (MORILLO GONZÁLEZ 2019), y es que los tribunales españoles han optado por considerar que en relación con la propiedad intelectual, cuando haya un contrato por el cual se adquieren o se cedan derechos y se incumple la integridad o una parte del contrato, no estaremos ante una infracción de derechos de propiedad intelectual como tal, sino ante un incumplimiento contractual, incluso en los casos en los que el contrato obliga a una de las partes a transformar una obra en un formato distinto al originario, es decir, una obra adaptada (BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO 1992). Aunque clarificador, es cierto que trae problemas a la hora de saber si, al ser una infracción contractual, el Juzgado de lo Mercantil sigue teniendo competencia para conocer el asunto; si bien es cierto que la Audiencia Provincial de Madrid, en 2011 concluyó negativamente alegando que estos asuntos tendrían que ser conocidos por los Juzgados de Primera Instancia pertinentes (SAP 975/2011), lo cierto es que la regla general es que sigan siendo competentes los Juzgados de lo Mercantil, ya que, con todo, aun se tendrá que acudir a las normas propias de la propiedad intelectual.

En cuanto al procedimiento a seguir, y según dispone el artículo 249.1.4 LEC, será mediante el ordinario, aunque, si antes existía la duda sobre dónde acudir cuando el caso versa sobre incumplimientos contractuales, lo cierto es que nuestros tribunales han decidido que cuando lo que se reclama es una cantidad debida a un incumplimiento contractual, sí que se tendrá en cuenta la cuantía, por lo que podrá irse al procedimiento verbal o al ordinario.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la LPI recoge todas las peticiones básicas que pueden ser realizadas por la vía civil por parte del titular de las obras que ha visto su derecho infringido; estas son: la acción de cesación, acción de indemnización, la adopción de las medidas necesarias para evitar que continúe la acción dañosa y puedan protegerse los derechos, como la intervención y el depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita, la suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, el embargo de los equipos, etc. (arts. 139, 140 y 141 LPI).

Lo que vemos claramente es que entre las acciones civiles que posee el autor de la obra tiene las relativas a la cesación de los actos que infringen el Derecho y las encaminadas a adoptar medidas necesarias para evitar que la acción dañosa del derecho prosiga. Estos dos tipos de acciones civiles podrán llevarse a cabo no solo contra los autores directos de la infracción, sino también contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir este tipo

de derechos, aunque los actos de intermediación no constituyan como tal una infracción (MORILLO GONZÁLEZ 2019). Ello debido al régimen específico establecido para los prestadores de servicios de intermediación recogido en la Directiva 2000/31/CE, donde se garantiza su exoneración de responsabilidad salvo que los prestadores que permitan la transmisión o acceso a los datos que infringen el derecho hubieran sido los creadores de dicha transmisión o acceso, hubieran escogido al destinatario de la transmisión o acceso o, en todo caso, hubieran elegido y modificado los datos que son transmitidos (arts. 12, 13 y 14 Directiva 2000/31/CE).

Por último, decir que sobre la prescripción de todas estas acciones derivadas de la infracción del derecho de autor la LPI guarda silencio menos para el caso concreto de la acción de indemnización recogida en el artículo 140, donde se establece la prescripción a los cinco años contados desde el día que pudo ejercitarse por primera vez.

4.2.2.2. Acciones Penales

En cuanto a las acciones penales para proteger el derecho del titular de la obra que ha sido vulnerado, debemos ir a la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP). Ahora bien, no podemos pasar por alto el hecho de que la regulación penal que tiene el tratamiento de la violación del derecho de propiedad intelectual está dentro del Título XIII CP, que versa sobre «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», lo cual nos lleva a afirmar que lo que tiene relevancia aquí ya no es la infracción del derecho que tiene el autor sobre su obra, sino el perjuicio patrimonial que conlleva la infracción, es decir, la pérdida de ingresos que se prevé por la explotación económica de ese derecho y, por ende, el beneficio que se obtiene. Lo anterior lo podemos comprobar claramente con la redacción de los delitos relativos a la propiedad intelectual, donde se establece como delito la infracción de cualquier tipo de explotación de los derechos de propiedad intelectual siempre que lo que se quiera obtener sea un beneficio económico directo y el perjuicio de un tercero mediante la reproducción, el plagio, la distribución o la comunicación pública (art. 270 CP). Eso sí, el beneficio tendrá que quedar claramente acreditado para considerar que se está produciendo un delito.

De la misma forma que ocurría con las acciones civiles, la responsabilidad penal no solo se extiende al infractor directo, sino también a los prestadores de servicios que faciliten la

infracción, a los que lleven a cabo la importación, exportación y almacenaje de obras, a los que faciliten las infracciones mediante la elución de medidas tecnológicas de protección y a los que lleven a cabo la comercialización de dispositivos con la finalidad de vulnerar la protección de las obras (art. 270.2, 5 y 6 CP).

Además, el CP recoge un tipo agravado en su artículo 271 que se aplicará cuando el beneficio económico obtenido tenga especial relevancia económica; cuando los hechos revistan de especial gravedad; cuando el culpable pertenezca a una organización; que se utilicen a menores de edad para cometer el delito.

En resumen, cuando un autor, titular de un derecho de propiedad intelectual, vea su derecho lesionado y sin su consentimiento, ya sea por distribuir, comercializar o prestar servicios facilitando la vulneración de los derechos de la obra, podrá acudir a los artículos 270 y 271 CP, que le proporcionará protección, pudiendo ser castigado el infractor con penas de prisión de seis a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses -tipo básico-, o con penas de prisión de dos a seis años, multa de dieciocho a treinta y seis meses e inhabilitación -tipo agravado-; y ello sin perjuicio de pedir indemnización por daños y perjuicios por la vía de la responsabilidad civil una vez se condene al infractor del derecho del autor de una obra.

4.3. Posibilidades y propuestas

Los cambios en la industria conllevan siempre ciertos riesgos y desafíos legales (GREENSPAN 2014). ¿Qué riesgos son estos? Pues que los ordenamientos jurídicos y por consiguiente, las regulaciones, muy pocas veces están al día y se aplican estando desfasadas. A la vista está, con todo lo anterior, que lo que necesitamos, tanto en nuestro ordenamiento como en el europeo e internacional, es la misma seguridad jurídica que tendría, por ejemplo, una obra cinematográfica, literaria o musical en cuanto a su protección, cesión y registro.

4.3.1. Posible protección de videojuego como obra multimedia

A lo largo del trabajo hemos visto por activa y por pasiva con datos contrastados por fuentes como la AEVI que la industria del videojuego no para de crecer. Sin embargo, la legislación no refleja esta realidad. Por esta misma razón, lo que nosotros planteamos es una renovación de la LPI, pasando de no mencionar los videojuegos por ningún lado a tenerlos presentes.

Para empezar, el artículo 10 LPI tendría un nuevo apartado j) que mencionase expresamente los videojuegos o, en su caso, obras multimedia. Además, también añadiríamos en el Libro I, un Título VIII sobre videojuegos, donde se debería tratar, en primer lugar, un régimen jurídico propio, para el cual, nosotros proponemos una redacción parecida a la de los programas de ordenador recogida en el artículo 95 LPI: *el derecho de autor sobre los videojuegos se regirá por los preceptos del presente Título y, en lo que no esté específicamente previsto en el mismo, por las disposiciones que resulten aplicables de la presente Ley.*

En segundo lugar, un objeto de la protección, para lo cual nosotros proponemos la siguiente definición: *se entenderá por videojuego todo entretenimiento electrónico, formado por un programa de ordenador y por una serie de imágenes, con o sin sonorización, destinadas a una interacción mediante un aparato electrónico.* Lógicamente, en este apartado se añadiría el requisito de originalidad, su extensión y los casos en los que no se protegería.

En tercer lugar, un artículo sobre la titularidad de los derechos, donde sería considerado autor del videojuego la persona o grupo de personas naturales que lo hayan desarrollado, o la persona jurídica que sea contemplada como titular de los derechos de autor.

En cuarto y quinto lugar, debería contemplarse, de la misma forma que se hace con el resto de las obras intelectuales, tanto la duración de la protección como el contenido y límites de los derechos de explotación. Además, también deberá contemplar el articulado la protección registral sobre los videojuegos, así como sobre sus sucesivas versiones, que podrán ser objeto de inscripción, como veremos a continuación.

Por último, el Título que proponemos deberá incluir un artículo sobre la infracción de los derechos y otro sobre medidas de protección, con una relación similar a los artículos 102 y 103 LPI respectivamente pero verdaderamente enfocada a los videojuegos.

4.3.2. Registro

En cuanto al registro del videojuego en el Registro de la Propiedad Intelectual, y como hemos ido señalando, no está recogido como tal, por lo que hay que irse al registro de los programas de ordenador. Esto es un error teniendo en cuenta la evolución de la industria y la importancia de registrar de forma efectiva todos y cada uno de los elementos que forman parte del videojuego. Por ello, hemos creído conveniente proponer un apartado w) dentro del artículo 14 del RRGPI:

«Artículo 14. Documentos anejos a la solicitud para la descripción o identificación de las obras.

La descripción o identificación de las obras a que se refiera la solicitud de inscripción deberá contener, además de la indicación de la clase de la obra, los siguientes datos o elementos materiales: (...)»

w) *Para los videojuegos:*

- 1. La totalidad del código fuente y un ejecutable del programa del ordenador que contenga el videojuego.*
- 2. Una descripción por escrito de la obra.*
- 3. El nombre y apellidos o denominación social del estudio desarrollador.*
- 4. El cómputo total del minutaje y el idioma original de la versión definitiva.*
- 5. En el caso de que haya intérpretes involucrados, deberá ser constatado.*
- 6. Requisitos específicos, de conformidad con lo establecido en este artículo, para la identificación y descripción de las obras, actuaciones o producciones contenidas en el videojuego.*
- 7. Declaración del estudio acreditando que dispone de las autorizaciones de los artistas involucrados.*
- 8. Se acompañará también una grabación de la obra, que represente, al menos, el cincuenta por ciento del videojuego (porque entendemos que una grabación entera del videojuego puede ser costoso en cuanto a los tiempos, ya que hay videojuegos con infinitud de posibilidades y finales), en un soporte cuyo contenido pueda ser examinado por el registro.*
- 9. Opcionalmente, el número de depósito legal y el diagrama de flujo del videojuego.*

Esta sería, en definitiva, la redacción que propondríamos para un nuevo apartado del artículo 14 RRGPI que recogiera la realidad de los videojuegos y de todos los aspectos que posee, sin considerarlos como meros «elementos adicionales». De esta forma, por ende, se lograría un sistema verdaderamente único y pionero que permitiría reconocer a los autores de todos y cada uno de los elementos que constituyen el videojuego. Además, estaríamos ante un claro caso de economía procedimental, ya que con este apartado se lograría una inscripción simultánea, en vez de, por ejemplo, tener que registrar la banda sonora del videojuego por un

lado diferente si no se quisiera registrar como elemento adicional, lo cual acaba siendo más costoso.

4.3.3. Cesión y posibilidad de contratos tipo

El caso que hemos visto de CD Projekt no es una excepción, y es que conforme ha ido evolucionando y avanzando son más los desarrolladores -o estudios- los que incorporan cesiones para realizar un videojuego, ya sea para atraer una mayor y nueva audiencia que ya conocía la obra originaria (el caso de *The Witcher* o *Battle for the Middle Earth*) o para conseguir juegos más realistas (pensemos en juegos de los últimos 5 años, donde participan actores, músicos, reconocidos guionistas, nuevas formas de jugabilidad y desarrolladores especializados en gráficos). De esta forma, los desarrolladores pueden tener interés en adquirir los derechos de un tercero para realizar una obra derivada de la originaria al considerar que generará mayor reconocimiento y expectativa entre los usuarios a la hora de lanzarlo al mercado, sobre todo si se trata de una adaptación de una obra de gran éxito (como, repetimos, el caso del videojuego de *Battle for the Middle Earth*, que al ser un videojuego derivado -en un principio- de las películas, generó grandes expectativas entre los seguidores de la obra cinematográfica).

Así, y en un principio, para el cedente de los derechos, es decir, para la persona que otorga la cesión de uso de sus derechos a un tercero, todo lo anterior debería ser sinónimo de beneficios para ambas partes. Sin embargo, como hemos ido repitiendo en anteriores apartados, el cedente no siempre sale ganando, y ello debido a las cláusulas contractuales, a los acuerdos precontractuales y, por qué no, a la mala fe de la otra parte. Por ello, creemos que sería conveniente que, de la misma forma que nuestra LPI recoge en el Título V «Sobre la transmisión de derechos», dos Capítulos sobre los contratos de edición y contratos de representación teatral y ejecución musical -Capítulo II y Capítulo III respectivamente-, recogiera un Capítulo dedicado a los contratos con desarrolladores de videojuegos. Incluso si no estuviera recogido en la Ley, que al menos hubiera una especie de contrato tipo recogido en las Asociaciones de videojuegos al que acudir cuando un estudio de desarrolladores de videojuegos quisiera adquirir derechos de terceros para crear una obra derivada.

Este contrato tipo que proponemos debería tener, al menos, unas cláusulas comunes e inamovibles entre ambas partes, creando de esta forma cierta seguridad jurídica. Pero antes

de redactar el contrato, será necesario establecer ciertas cuestiones que van a resultar relevantes. Entre ellas, se tendrá que dejar claro, como no podría ser de otra forma, quién va a ser el titular de los derechos adquiridos; cuál va a ser el presupuesto inicial para desarrollar el videojuego y cuál va a ser el presupuesto dedicado a promoción de este; se tendrá que hacer un estudio de mercado para valorar cuánto beneficio podría llegar a obtener el estudio que va a desarrollar el videojuego; en lo que respecta al licenciante, deberá valorar qué restricciones va a imponer, si es que las impone, y si pretende estar incluido a la hora de tomar decisiones en cuanto al diseño o la trama del videojuego.

Así, y habiendo aclarado estas cuestiones precontractuales, será necesario celebrar un contrato. Este contrato deberá formalizarse por escrito y tener, como decíamos, una serie de cláusulas generales.

Objeto del contrato:

Después de la presentación de las partes y sus respectivos representantes, se delimitará la propiedad que será objeto del contrato. Esta parte es fundamental para la protección de ambas partes, puesto que cualquier derecho que quede fuera del objeto, seguirá siendo del cedente y no podrá ser usado. Así, por ejemplo, para el videojuego de *The Witcher*, CD Projekt tuvo que obtener los derechos de la historia, los personajes, apariencias descritas de elementos, e incluso hasta el uso del nombre de Sapkowski para promocionar el juego una vez terminado.

Derechos otorgados:

En segundo lugar, habrá que delimitar los derechos otorgados. Y es que no solo servirá con delimitar el objeto, sino el uso que se hará de esa propiedad adquirida. La empresa desarrolladora deberá tener derecho, como es lógico, a desarrollar, fabricar, vender, distribuir, comercializar y promocionar el videojuego. Además, se deberá hacer hincapié en que el desarrollador tendrá el derecho de alterar la propiedad adquirida previa aprobación del autor de la obra originaria. De esta forma, el autor cedente tendrá derecho a información periódica por parte del cesionario durante y después del desarrollo del videojuego. Por otro lado, también deberá dejarse claro si la cesión de los derechos es exclusiva o no; normalmente, en estos casos se trata de una cesión exclusiva para realizar el videojuego, ya que no tendría mucho sentido que varias empresas sacasen al mercado un juego de una

misma obra originaria al ser contraproducente para los cesionarios. Finalmente, deberá delimitar la posibilidad de crear juegos futuros con los derechos otorgados en el mismo contrato o si, en cambio, se adquieren para un único videojuego. Sin estos derechos mínimos, el autor que cede sus derechos se encontraría en una posición realmente vulnerable.

Plataformas:

En tercer lugar, creemos que sería necesario añadir una cláusula sobre las plataformas para las que el cesionario desarrolla y distribuye el videojuego. Y ello precisamente por la cantidad de oferta que hay de plataformas actualmente; no es lo mismo desarrollar un juego para ordenador que para una única videoconsola o para móviles. Por ello, cuantas más plataformas puedan ser usadas para distribuir el videojuego, mayor rendimiento económico obtendría la empresa desarrolladora y, por ende, el autor de la obra originaria. Por poner un ejemplo recurrente en este trabajo, el primer videojuego de 2007 de *The Witcher* fue lanzado tan solo para ordenadores con Microsoft Windows, mientras que el tercero, lanzado en 2015, pudo jugarse en distintas plataformas como Microsoft Windows, Xbox, PlayStation y Nintendo Switch, lo cual genera mayores ingresos al llegar a mayor público.

Ámbito territorial y temporal:

En cuarto lugar, es necesario delimitar el territorio y la temporalidad de la cesión de los derechos adquiridos. Normalmente, la empresa desarrolladora querrá adquirir los derechos para su explotación en cualquier territorio, es decir, mundiales, con la consecuente sublicencia para la distribución y doblaje en ciertos territorios en los que no puede llegar. El videojuego de *The Witcher* fue desarrollado por CD Projekt, pero su distribución en Estados Unidos fue de la mano de Atari en un principio y en Europa de Bandai Namco. En cuanto al plazo, tendrá que ser el necesario para poder explotar el videojuego. Aquí podríamos añadir que, a falta de plazo pactado, se podría aplicar el recogido en el artículo 69 de la LPI sobre causas de extinción en el contrato de edición, estableciendo que, en todo caso, se extinguirá el contrato «a los quince años de haber puesto el autor al editor en condiciones de realizar la reproducción de la obra» (en nuestro caso, a los quince años de haber puesto el autor al desarrollador o empresa desarrolladora en condiciones de realizar el videojuego-).

Remuneración y cláusula Best-seller

En quinto lugar, otra de las cláusulas generales que debería incluir un contrato tendrá que ser la retribución. Si la cesión está basada en un libro que ya es famoso, las contraprestaciones que tendrán que garantizarse serán más elevadas que en el caso de cesión de derechos por un libro que aún no es conocido por el público. En el caso de Sapkowski, sus obras eran conocidas en Polonia, pero fuera de ese territorio, eran desconocidas por el público general, por lo que a la hora de pagar los derechos al autor, la cuantía fue desproporcionalmente baja para lo que se benefició CD Projekt. Lo mínimo que se debe establecer, a nuestro parecer, es una remuneración con la obtención de los derechos y una final con la terminación del contrato. Además, se deberá establecer una remuneración proporcional conforme a los ingresos que de la explotación del videojuego. Con todo, creemos necesario establecer la obligatoriedad de un apartado que recoja la cláusula *Best-seller*: siguiendo la estela del artículo 47 LPI y lo que hemos ido estableciendo en este trabajo, cuando con la cesión se produzca una desproporción entre la remuneración pactada en un principio, en comparación con la totalidad de beneficios que estuviera obteniendo el cesionario, se podrá pedir la revisión del contrato para establecer una remuneración más adecuada. Al contrario de lo que afirma el artículo 47 LPI, apartado 2 («esta facultad podrá ejercitarse dentro de los diez años siguiente al de la cesión»), y al contrario de la práctica común de no añadir esta cláusula, será obligatoria mediante un derecho de información -derivado de una obligación de transparencia por parte del cesionario- y que ostentará el cedente, por lo que periódicamente deberá recibir información sobre los ingresos y, por ende, los beneficios que se están obteniendo a costa de la explotación de sus derechos cedidos, pudiendo reclamar una remuneración más equitativa y justa si así lo considera. El plazo para este derecho de información deberá ser pactado en el contrato, no superando, como creemos conveniente, el año. De esta forma, y con la cláusula *Best-seller* como obligatoria en todos los contratos de este tipo, se evitarían situaciones como las que vimos con Sapkowski y CD Projekt.

Con todo, y si recordamos el apartado 3.3 de nuestro trabajo, sabemos que la cláusula *Best-seller* no es obligatoria, ya que la Directiva 2019/790 tan solo recomienda en su artículo 20 que los Estados miembros velen por la seguridad de los derechos de los autores, lo cual resulta insuficiente. Por ello, nosotros pedimos que, de la misma forma que la Ley alemana se actualizó, también lo haga la española y contemple la cláusula *Best-seller* como obligatoria en la medida en que resulta ser una protección real de la parte débil.

Por último, habrá que establecer una indemnización en el caso de vulneración contractual en las dos direcciones: vulneración por parte del autor que cede sus derechos -si, por ejemplo, tras haber realizado una cesión exclusiva, vende los derechos a otra empresa para desarrollar otro videojuego- y vulneración por parte de la empresa desarrolladora y adquiriente de los derechos -si no cumple con la remuneración ni con la cláusula *Best-seller*-.

Para nosotros, estas serían las cláusulas mínimas que deberían ser incluidas -lógicamente, también se deberán incluir las cláusulas generales y comunes de todos los contratos como la legislación y fuero, confidencialidad, tribunales, etc.-.

4.3.4. Especial mención al intento de regular la industria

Conforme hemos ido investigando para realizar este trabajo, poco o nada se encuentra de esta industria en legislaciones o jurisprudencia de diversos países en términos que no sean de piratería. Con todo, queremos hacer una mención especial a la Orden 2244/2019, de 17 de diciembre, de la Consejería de Cultura y Turismo, por la que se convocan ayudas a empresas y personas físicas para la creación y el desarrollo de proyectos de videojuego en la Comunidad de Madrid en 2020. Según esta orden, se convocan diversas ayudas para la creación y desarrollo de videojuegos dentro de la Comunidad de Madrid en el 2020 debido al estado en el que se encuentra la industria después de la crisis de la COVID-19, ya que se estima que la pérdida de productividad de las empresas desarrolladoras es del hasta 30 % (AEVI 2020) -y ello incluso con el impulso que ha recibido la industria con esta crisis, ya que el consumo de videojuegos se vio disparado por la pandemia y el consecuente confinamiento; sin embargo, aunque las ventas de videojuegos se disparasen, no se ha podido desarrollar ni crear ningún videojuego durante ese tiempo, lo que ha perjudicado a las pequeñas empresas desarrolladoras-.

Aunque hemos intentado ponernos en contactos con diversos estudios de desarrollo de videojuegos madrileños, no hemos recibido respuesta alguna, pero podemos imaginarnos que, aunque escasa, es una Orden pionera en nuestro país. Anteriormente habíamos visto que tanto en el año 2009 como en el 2014 se habían llevado a cabo Propositiones no de Ley encaminadas a fomentar la industria del videojuego, ya sea respaldándola o fomentando la producción nacional y coproducción internacional. Sin embargo, esta es la primera vez que se materializan ese respaldo y fomento. Con todo, tenemos que tener en cuenta que no se

recoge en la Orden ninguna medida concreta de apoyo al videojuego, pero cuenta con un presupuesto de 20 millones de euros a la sociedad CREA SGR para garantizar el acceso de pequeñas y medianas empresas culturales a esta financiación. Y de estos 20 millones, 250.000 euros van directamente a aquellas empresas que se dediquen a la «creación y desarrollo de videojuegos (informática, programador, diseño de ordenador o similar)» (Orden 2244/2019).

Quien quiera recibir estas ayudas, tendrá que presentar un proyecto consistente en un videojuego original y no publicado y, por lo que podemos entender, cuando sea un videojuego derivado de una obra originaria, tendrá que poseer todos los derechos de propiedad intelectual correspondientes, autorizaciones y permisos para poder desarrollarlo.

En definitiva, con esto se consigue una inyección, aunque escasa, para fomentar la creación de videojuegos en España, concretamente en la Comunidad de Madrid.

5. Conclusiones

A raíz de todo lo que hemos ido viendo a lo largo del trabajo, no cabe duda de los videojuegos constituyen una rama importantísima tanto como para el futuro del Derecho de propiedad intelectual como para la sociedad. Sin más dilación, nos disponemos a exponer nuestras conclusiones sacadas a lo largo de la investigación.

PRIMERA

Los videojuegos son un sector en continuo desarrollo y expansión, y es que si hace veinte años parecía imposible que prácticamente toda nuestra vida girase entorno a Internet y a esta nueva forma de entretenimiento, ahora es uno de los mayores mercados por explotar y una de las mayores preocupaciones, ya que si buscamos dar relevancia en la legislación, además de dar respuesta a las necesidades de los desarrolladores y, en último término, de los propios

jugadores, se hace necesario el fomento y la inversión en la industria. Sobre todo, como señalábamos al principio de este trabajo, si tenemos en cuenta la pandemia mundial vivida desde principios de 2020, la cual ha ayudado a potenciar el propio mercado. Sin embargo, por mucho que haya avanzado la *Sociedad de la Información* y, por ende, las nuevas tecnologías, no podemos dejar de advertir que el sector del videojuego como tal está muy por detrás de estos avances. Además, uno pensaría que la globalización ayudaría a fomentar este proceso, pero parece que ningún país ni organización están dispuestas a cambiar la situación.

SEGUNDA

En 2021, los videojuegos facturaron 1.795 millones de euros -de ellos, 882 millones fueron por ventas físicas y 913 millones por ventas online-, dedicando los españoles una media de 8 horas a la semana a jugar a videojuegos. Además, tienen un impacto indirecto en la economía de casi 4.000 millones de euros. Pero con todo lo que generan, la legislación y la jurisprudencia no aportan nada nuevo a la industria, y menos la ayuda. La LPI se centra, como hemos visto, en música, cine y libros, y aunque intentó actualizarse añadiendo referencias a los programas de ordenador y a las bases de datos, no ha sido suficiente, ya que sigue sin reconocer y adaptar los videojuegos a la normativa. Entendemos que no se puede poner puertas al campo, que es difícil regular este sector dentro de la propiedad intelectual y que supone un esfuerzo enorme por parte de los legisladores que, de momento, parecen no estar por la labor de realizar. Sin embargo, creemos que los videojuegos, su protección y su realización no puede depender enteramente del concepto clásico de obra intelectual, de la regulación como programa de ordenador o, en definitiva, depender de normas que fueron redactadas hace más de veinte años -recordemos que la LPI vigente es de 1996- y que, por las circunstancias del momento en el que fueron creadas, no hagan referencia a esta industria en auge y tenga que conformarse con distintos artículos dispersos. Y es que, aun entendiendo la situación, no podemos dejar de preguntarnos cómo es posible que la única mención expresa al videojuego venga dada, aparte de en la Orden 2244/2019, en el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 23/2011, de 29 de julio, de depósito legal, que de poco nos sirve para nuestra encrucijada.

Todo lo anterior crea una gran inseguridad jurídica, porque además tenemos que sumar el factor de que es una obra multimedia compleja que, como tal, no se recoge en ningún lado. Por supuesto, las obras multimedia y su uso también resultan ser igual de problemáticas que la propia falta de regulación de los videojuegos. Por explicarlo de forma ilustrativa, la

construcción de una casa no puede empezarse por el tejado, y la regulación de los videojuegos no puede empezarse sin considerar en la ley expresamente la obra multimedia como objeto generador de derechos. Con todo, no olvidamos que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya consideró los videojuegos como obras multimedia complejas, pero sigue sin reflejarse en ninguna normativa ni legislación comunitaria.

TERCERA

De la misma forma que nos encontramos con estos obstáculos, ocurre lo mismo con la protección del videojuego como obra derivada, que hemos querido explicar a lo largo del trabajo por entender que es ciertamente irónico que la Directiva 2019/790 recoja en su artículo 20 la cláusula *best-seller* para proteger a la parte débil de los contratos, pero que en ningún momento sea de aplicación obligatoria precisamente para esa protección. Buscando jurisprudencia al respecto, nos encontramos con contadas sentencias que la aplican, lo cual no resulta suficiente, porque no dejamos de preguntarnos si la escasez de casos al respecto es porque los contratos entre desarrolladores o empresas desarrolladoras y cedentes de derechos de explotación son perfectos y siempre hay una remuneración justa y transparencia, o si verdaderamente la parte débil de los contratos se ve obligada a adaptarse a lo exigido por la otra parte para tener al menos una única oportunidad de entrar en el mercado. Pensemos en el caso central de nuestro trabajo, el caso Sapkowski, donde se llega a un acuerdo privado para evitar llegar a los tribunales, y ello una vez el escritor ha visto claramente la falta de remuneración proporcionada con los beneficios obtenidos por la otra parte.

Verdaderamente, terminamos este trabajo sin ver todavía esa luz al final del túnel de la que hablábamos en la Introducción. A nuestro parecer, los problemas surgidos a raíz del auge de la industria, y teniendo en cuenta que vivimos en un mundo cada vez más globalizado, las respuestas y los mecanismos para la defensa de los derechos englobados dentro de los videojuegos son realmente insuficientes, y por ello creemos que se necesita urgentemente una modernización y unificación de la normativa, tanto nacional como internacional para poder adaptarse a las nuevas exigencias que vivimos. Pero no solo eso, sino que pensamos que sería necesaria una introspección y apelar a la responsabilidad de los legisladores, de la misma forma que se hace de forma tan tajante en materia de piratería: si sabemos todo lo que conlleva la piratería -recordemos el anuncio del Ministerio de Cultura de 2010 contra la piratería-, y todo lo que significa descargar obras de forma ilegal en la red ¿por qué los

legisladores no han aprovechado la oportunidad de crear un marco jurídico para los videojuegos en todos sus aspectos? Abogamos por soluciones que garanticen la protección del derecho del titular del videojuego sin disminuir otros derechos, y ello empieza por acabar con el blindaje que poseen las regulaciones de propiedad intelectual de todos los países, ya que da la sensación de que son reacios al cambio y a considerar a los videojuegos como lo que son, esto es, obras de arte merecedoras de una total protección.

CUARTA

Esas soluciones por las que abogamos empiezan por la regulación concreta del videojuego en la LPI mediante un Título solo y exclusivamente dedicado a los videojuegos, y con el consecuente reconocimiento de las obras multimedia, como hemos alegado en el punto 4 de nuestro trabajo, adaptándose a la realidad económica y social actual en la que vivimos.

Además, para evitar mayores inseguridades jurídicas, hemos intentado corregir los fallos que presenta el Registro de la Propiedad Intelectual en cuanto a este sector y crear un contrato tipo para, al menos, los videojuegos como obras derivadas, con la finalidad de que cuando un desarrollador, empresa desarrolladora, o el autor de la obra originaria que está pensando en ceder sus derechos para crear otra obra, puedan acudir a ello como guía que establece unos mínimos obligatorios y, en definitiva, tener la seguridad de que si no se cumple con esos mínimos, el contrato podría ser declarado nulo de pleno derecho.

QUINTA

En definitiva, la globalización no solo ha puesto en el punto de mira al concepto de soberanía nacional, llegando más allá del territorio de un único país, sino que, además, ha obligado al Derecho a tener que adoptar soluciones universales. De esta forma, y con todas las transformaciones y necesidades jurídicas, veremos que es imprescindible que el Derecho de la propiedad intelectual se desarrolle aún más y se adapte para dar respuesta a estas nuevas exigencias que hemos ido queriendo exponer a lo largo del trabajo.

Como colofón final, no podemos sino quedarnos de nuevo con esa sensación de soledad que nos ha acompañado durante todo el trabajo y de desprotección frente a un mundo cada vez más globalizado, pero que el Derecho, por mucho que intente, no consigue alcanzar. Nos encontramos una industria que crece a niveles desproporcionados, que bebe de la *Sociedad*

de la Información y de la que dependemos a la hora de relacionarnos y entretenernos, pero no resulta suficiente para que los legisladores se pongan manos a la obra.

Ante el silencio institucional, pedimos dos cosas: revisionismo y reconocimiento ante esta industria cuya rentabilidad fue cuestionada en los años 90, reivindicando que realmente sí merece la pena salvar, perpetuar y fomentar.

Referencias bibliográficas

Bibliografía básica

- «AEVI y CREA SGR firman un convenio de colaboración para facilitar el acceso a la financiación y avales a proyectos de videojuegos». *AEVI*. 18 de mayo de 2020. Disponible en: <http://www.aevi.org.es/aevi-crea-sgr-firman-convenio-colaboracion-facilitar-acceso-la-financiacion-avales-proyectos-videojuegos/>
- ÁLVAREZ CABRERA, S. F. «Protección jurídica de los videojuegos a través del derecho de autor». *Revista Opinión Jurídica de la Universidad de Medellín*. 2016, núm. 16, pp. 155-174 [consulta: mayo de 2022]. DOI 10.22395/ojum.v16n31a7. Disponible en: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/2173/1872>
- ARBANT, G. y TREPPOZ, E. «The EU Copyright Directive: The new best-seller right». *MediaWriters*. 2 de mayo de 2019. Disponible en: <https://mediawrites.law/the-eu-copyright-directive-the-new-best-seller-right/>
- AYLLÓN SANTIAGO, H. *El derecho de transformación de las obras del espíritu*. 1ª ed. Madrid: Editorial Reus, 2014.
- BELLÍ, S. y LÓPEZ RAVENTÓS, C. «Breve historia de los videojuegos». *Athenea Digital. Revista de Pensamiento e Investigación Social*. 2008, núm. 14, pp. 159-179 [consulta: mayo de 2022]. ISSN 1578-8946. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/537/53701409.pdf>
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. «Propiedad Intelectual, cesión de obra literaria para guion cinematográfico; plazo de realización de la película: derecho moral de autor. Interpretación de los contratos (Comentario a la STS de 2 de enero de 1992)». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1992, núm. 28, 193-202.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R (coord.). *Manual de Propiedad Intelectual*. 9ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- CASTELLS, M. *La era de la información: economía, sociedad y cultura*. 4ª ed. Madrid: Alianza, 2006.
- DEV. *Libro Blanco del desarrollo español de Videojuegos*. 3ª ed. Madrid: DEV, 2021.
- DOMÉNECH, E. «El señor de los anillos: una complicada trayectoria en los videojuegos». *Neutral*. 12 de febrero de 2022. Disponible en:

<https://www.newtral.es/senor-de-los-anillos-videojuego-trayectoria-analisis-derechos/20220212/>

- DONAIRE VILLA, F. J y PLANELLS DE LA MAZA, A. J. *La protección jurídica de los derechos de autor de los creadores de videojuegos. Status Quo, perspectivas y desafíos*. 1ª ed. Madrid: Trama Editorial, 2012.
- DONAIRE VILLA, F. J y PLANELLS DE LA MAZA, A. J. «Propiedad Intelectual y videojuegos (o «l'imbroglio di Super Mario»): por una regulación legal propia para una industria cultural estratégica». *CEF Legal: Revista práctica de Derecho*, 2014, núm. 161, pp. 69-96.
- ESTEVE PARDO, M. A. *La obra multimedia en la legislación española*. 1ªed. Navarra: Aranzadi, 1997.
- GREENSPAN, D. «Los videojuegos y la P.I.: perspectiva mundial». *Revista de la OMPI*. 2014, núm. 2, pp. 7-12 [consulta abril de 2022]. ISSN 1564-7862 Disponible en: https://www.wipo.int/export/sites/www/wipo_magazine/es/pdf/2014/wipo_pub_121_2014_02.pdf
- GREENSPAN, D. «Dominar el juego. Aspectos comerciales y legales para desarrolladores de videojuegos». *Industrias creativas*. 2014, núm. 8, pp. 1-262 [consulta: mayo de 2022]. DOI 10.34667/tind.35111. Disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_959.pdf
- HALL, C. «Andrzej Sapkowski demands more than \$16M in royalties». *Polygon*. 2 de octubre de 2018. Disponible en: <https://www.polygon.com/2018/10/2/17927916/the-witcher-author-andrzej-sapkowski-royalties-cd-projekt-red>
- LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A. «Las licencias de uso de bienes digitales: el difícil equilibrio entre los intereses de los titulares de los derechos y los usuarios». *Revista de Sociales y Jurídicas*, 2007, vol. I, núm. 2, pp. 76-102.
- MARTÍN SALAMANCA, S. «La cuestión en las obras cinematográficas, los formatos televisivos y las adaptaciones cinematográficas de videojuegos: cuando las ideas se hacen imágenes», 97-122. En ROGEL VIDE, C. (dir.) y ORTEGA, J. (coord.). *Ideas, bocetos, proyectos y derechos de autor*. 1ª ed. Madrid: Editorial Reus, 2011.

- MOORE, L. «The Witcher Franchise Passes 50 Million Copies Sold». *Comic Book*. 22 de abril de 2021. Disponible en: <https://comicbook.com/gaming/news/the-witcher-franchise-50-million-copies-sold/>
- PURCHESE, R. «Meeting Andrzej Sapkowski, the writer who created The Witcher». *Eurogamer*. 25 de marzo de 2017. Disponible en: <https://www.eurogamer.net/meeting-andrzej-sapkowski-the-writer-who-created-the-witcher>
- PURCHESE, R. «Seeing Red: The story of CD Projekt». *Eurogamer*. 15 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.eurogamer.net/seeing-red-the-story-of-cd-projekt>
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. «Comentario al artículo 21» 425-ss. En: BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1997.
- ROGEL VIDE, C. *Creaciones audiovisuales y Propiedad Intelectual. Cuestiones puntuales*. 1ª ed. Madrid: Editorial Reus, 2001.
- ROGEL VIDE, C. *Interpretación y autoría*. 1ª ed. Madrid: Editorial Reus, 2004.
- ROMAN, D. «Lord of the Rings film rights back on the market for around \$2 billion». *Winter is Coming*. 16 de febrero de 2022. Disponible en: <https://winteriscoming.net/2022/02/16/lord-of-the-rings-film-rights-back-on-the-market-for-around-2-billion/>
- RUIZ DE VALBUENA, I. «El rompecabezas legal para registrar un videojuego». *El País*. 21 de agosto de 2021. Disponible en: <https://elpais.com/economia/2021-08-21/el-rompecabezas-legal-para-registrar-un-videojuego.html>
- TOLMOS RODRÍGUEZ PIÑEDO, L. M. *Principios legales de los videojuegos y los e-sports*. 1ª ed. Madrid: Editorial Síntesis, 2018.

Bibliografía complementaria

- ALEXANDROU, A., DUNFORD, M. y FASCIANA, S. *Cyberpunk 2077: An Intellectual Property Analysis of a Multifaced Product*. Directores: Gaetano Dimita y Michaela MacDonald. Universidad de Londres, Departamento de Derecho Mercantil, Londres, 2020.

- Asociación Española de videojuegos. *La industria del videojuego en España en 2021. Anuario 2021*. AEVI, 2021.
- Bureau of Labor Statistics. *Occupational Outlook Handbook, Special Effects Artists and Animators*. U.S Department of Labor, 2022.
- CLEMENT, J. *COVID-19 impact on the gaming industry worldwide: statistics and facts*. Statista, 2021.
- COLLADO, J.C. *El sector de los videojuegos en España: impacto económico y escenarios fiscales*. AEVI, 2018.
- «Core Values & Code of Ethics» *International Game Developers Association*. 20 de junio de 2022, 15:11. Disponible en: <https://igda.org/about-us/core-values-and-code-of-ethics/>
- Europe's Video Games Industry. *Position Paper on the Digital Services Act*. European Digital SME Alliance, 2021.
- Internacional Game Developers Association. *Game Crediting Guide 9.2*. IGDA, 2014.
- LESSER, H. y COENEN. O. *2019 European Video Games Industry. Insights Report*. European Game Development Industry, 2021.
- «Objetivos y hoja de ruta». *DEV: Desarrollo Español de Videojuegos*. 11 de marzo de 2011. Disponible en: <https://www.dev.org.es/es/la-asociacion/objetivos>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos*. OMPI, 1980.
- SEGURA VENEGAS, C. A. *Jurisprudencia Española y Estadounidense acerca de la Protección Jurídica de los Videojuegos y su Originalidad*. Director: Pablo José Abascal Monedero. Universidad Internacional de la Rioja, Departamento de Propiedad Intelectual, Granada, 2019.
- SIMÓN ALTABA, M. *El derecho de transformación en la ley de Propiedad Intelectual española*. Director: José Ramón Salelles. Universidad Pompeu Fabra, Departamento de Derecho, Barcelona, 2017.
- STECHOVA, K. *How to Best "Sell" the "Best-Seller" Clause? A review on whether the Contract adjustment mechanism proposed by the EU draft Digital Single Market Directive can secure fair (additional) remuneration for authors and performers*. Universidad de Londres, Departamento de Derecho Mercantil, Londres, 2017.

- ZANATA, A. *El derecho de la Propiedad Intelectual en la era digital*. Director: Laura Sanz Martín. Universidad Internacional de la Rioja, Departamento de Derecho Civil, Madrid, 2017.

Legislación citada

- Alemania. Ley, de 23 de junio de 2021, de Propiedad Intelectual, por la que se modifica la Ley, de 9 de septiembre de 1965, de Propiedad Intelectual (Urheberrechtsgesetz - UrhG-). *Federal Law Gazette*, núm. 1, p.1858. Disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg/englisch_urhg.pdf
- España. Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)
- España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, p 33987. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>
- España. 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. *Boletín Oficial del Estado*, 22 de abril de 1996, núm. 97. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/1996/04/12/1/con>
- España. Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de julio de 2002, núm. 166. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2002/07/11/34/con>
- España. Proposición no de ley presentada por el grupo Parlamentario Socialista, relativa a la promoción y el respaldo a la industria cultural del videojuego. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 25 de marzo de 2009, núm. 235. Disponible en: [https://www.congreso.es/en/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&publicaciones_legislatura=IX&publicaciones_id_texto=\(CDC200903250235.CODI.\)](https://www.congreso.es/en/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&publicaciones_legislatura=IX&publicaciones_id_texto=(CDC200903250235.CODI.))

- España. Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. *Boletín Oficial del Estado*, 28 de noviembre de 2014, núm. 288. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2014/BOE-A-2014-12328-consolidado.pdf>
- España. Proposición no de Ley presentada por el grupo Parlamentario Ciudadanos, relativa a potenciar la producción nacional y coproducción internacional de la industria del videojuego en España. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 11 de octubre de 2016, núm. 32. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-32.PDF
- España. Orden 2244/2019, de 17 de diciembre, de la Consejería de Cultura y Turismo, por la que se convocan ayudas a empresas y personas físicas para la creación y el desarrollo de proyectos de videojuego en la Comunidad de Madrid en 2020. *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, 17 de febrero de 2020. Disponible en: <https://www.bocm.es/boletin/CM Orden BOCM/2020/02/17/BOCM-20200217-13.PDF>
- España. Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes. *Boletín Oficial del Estado*, 3 de noviembre de 2021, núm. 263, p. 133204. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2021/11/02/24>
- Internacional. Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996. *Boletín Oficial del Estado*, 18 de junio de 2010, núm. 148, p. 52061. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9638
- Polonia. Ley, de 13 de febrero de 2020, sobre los derechos de autor y derechos afines y por la que se modifica la Ley de 4 de febrero de 1994 (Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r.

- o prawie autorskim i prawach pokrewnych). Disponible en: <https://wipolex.wipo.int/es/text/579753>
- Unión Europea. Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador. Diario Oficial de la Unión Europea, de 17 de mayo de 1991. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1991-80581>
 - Unión Europea. Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines. Diario Oficial de la Unión Europea, de 24 de mayo de 1993. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1993-81910>
 - Unión Europea. Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. Diario Oficial de la Unión Europea, de 17 de julio de 2000. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-81295>
 - Unión Europea. 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. Diario Oficial de la Unión Europea, de 22 de junio de 2001. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2001-81549>
 - Unión Europea. Directiva 2019/790 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. Diario Oficial de la Unión Europea, 17 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2019/130/L00092-00125.pdf>
 - Unión Europea. Directiva (UE) 2019/7790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Diario Oficial de la Unión Europea, 22 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2019/136/L00001-00027.pdf>

Jurisprudencia referenciada

- Alemania. Sentencia de la Corte Federal de Justicia Alemana de 29 de junio de 2011, Piratas del Caribe, VIII ZR 202/10.
- Alemania. Sentencia del Tribunal Federal de Justicia Alemán de 1 de abril de 2021, Das Boot, I ZR 9/18.
- España. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de octubre de 2006, Videojuego Pyro, 160/2006, ES: APM:2006:15131.
- España. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2011, 975/2011, ES: APM:2011:975.
- España. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de octubre de 2020, La Reina de España, 501/2020, ES: APM:2020:12903.
- Estados Unidos. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos de 10 de septiembre de 1992, Atari Games Corp. V. Nintendo of Am. Inc., 975 F. 2d 832.
- Estados Unidos. Sentencia Del Tribunal de Justicia de 23 de enero de 2014, Nintendo v. PC Box, C-355/12, EU:C:2014:25.
- Unión Europea. Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de noviembre de 2003, 378/1998, ES:TS:2003:7529.

Listado de abreviaturas

- AEVI: Asociación Española de Videojuegos
- CE: Constitución Española
- CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- DEV: Desarrollo Español de Videojuegos
- EGDF: European Games Developer Federation
- IGDA: International Game Developers Association
- ISFE: Europe's Video Game Industry
- LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- LIS: Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades
- LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
- LPI: Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual
- OMPI: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
- RRGPI: Real Decreto 281/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual
- UrhG: Urheberrechtsgesetz (Ley de propiedad intelectual alemana).