

PROPIEDAD INTELECTUAL Y VIDEOJUEGOS (O «L'IMBROGLIO DI SUPER MARIO»): POR UNA REGULACIÓN LEGAL PROPIA PARA UNA INDUSTRIA CULTURAL ESTRATÉGICA

Francisco Javier Donaire Villa

*Profesor Titular de Derecho Constitucional.
Universidad Carlos III de Madrid*

Antonio José Planells de la Maza

*Profesor y Coordinador Académico del Grado en Diseño de Productos Interactivos
Centro Universitario de Tecnología y Arte Digital (U-tad)*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña Josefina BOQUERA MATARREDONA, don Manuel BROSETA DUPRÉ, don Juan GRIMA FERRADA, don Jorge MARTÍ MORENO y don José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE.

EXTRACTO

En los últimos años, los videojuegos han pasado a ser el motor de la economía digital y de la innovación, así como la industria cultural y de ocio más pujante de nuestro país, generando una facturación anual superior a la del cine y la música conjuntamente. Sin embargo, el sector no ha encontrado aún la necesaria protección legislativa en su vertiente creativa y autoral, al carecer de expreso reflejo y, consecuentemente, de un régimen propio en la vigente Ley de Propiedad Intelectual.

El presente trabajo analiza las dificultades jurídicas, muchas de ellas innecesarias, que la escasez e inespecificidad del marco legal actual pueden suponer para los creadores del también denominado *software* de entretenimiento, y propone una reforma consistente en incluir en la legislación de propiedad intelectual un régimen específico de tutela (al igual que en la actualidad sucede con el cine, la música o el libro), ante la creciente pujanza no solo cultural, sino también en términos económicos y de empleo, que ha adquirido la industria del videojuego. Una industria que, precisamente por ello, tanto España como los países de nuestro entorno más próximo, como Francia o el Reino Unido, o la propia Unión Europea, ya consideran estratégica.

Palabras claves: propiedad intelectual, videojuegos, reforma legislativa y *software* de entretenimiento.

Fecha de entrada: 03-05-2013 / *Fecha de aceptación:* 09-07-2013

INTELLECTUAL PROPERTY AND VIDEO GAMES (OR «L'IMBROGLIO DI SUPER MARIO»): TOWARDS A SPECIFIC LEGAL REGIME FOR A STRATEGIC CULTURAL INDUSTRY

Francisco Javier Donaire Villa
Antonio José Planells de la Maza

ABSTRACT

In recent years, video games have become the engine of the digital economy and innovation, as well as the most thriving cultural and entertainment industry of our country, generating annually more than the turnover of both film and music industries together. However, the sector has not yet found the necessary legislative protection in their creative and authorial dimension, lacking explicit regulation, and consequently, its own regime in the current Intellectual Property Law.

This paper analyzes the legal difficulties, many of them unnecessary, that the scarcity and unspecificity of the present legal framework can bring to the creators of the so-called entertainment software, and it proposes a consistent legislative reform which includes a specific intellectual property regime for videogames (as currently happens with movies, music or book), given the growing strength, not only culturally but also economically acquired by the video game industry. An industry that Spain, as well as other countries in our immediate environment, such as France, the United Kingdom or the European Union itself, have already considered as a strategic one.

Keywords: intellectual property, video games, legislative reform and entertainment software.

Sumario

1. Planteamiento
2. Las actuales dificultades de subsunción y calificación jurídica de los videojuegos en la vigente Ley de Propiedad Intelectual: ¿obra multimedia, obra audiovisual, base de datos o programa de ordenador?
3. La (innecesariamente restrictiva y desigual) regulación actual de la autoría de videojuegos por personas jurídicas: por una simplificación en clave extensiva
4. Las asimetrías en el reconocimiento de la condición de autor entre trabajadores asalariados y *freelancers*: dificultades de encaje constitucional y propuesta de eliminación de la asimetría en una eventual reforma futura de la Ley de Propiedad Intelectual
5. La protección mediante el registro de la propiedad intelectual: la necesaria tipificación normativa del videojuego como categoría específica de asiento registral y su eventual contenido
6. La piratería en los videojuegos y la inaplicabilidad de la copia privada: derecho vigente y propuestas *lege ferenda*
7. Consideraciones finales

Bibliografía

1. PLANTEAMIENTO

A día de hoy, España sigue afianzada como el cuarto mercado europeo de consumo de videojuegos y el séptimo a nivel mundial. En el año 2012, esta industria cultural alcanzó los 822 millones de euros, superando la cifra conjunta de sectores tan implantados cultural y socialmente en España como son la música y el cine¹. La relevancia del sector no es nueva, ya que en 2009 la Comisión de Cultura del Congreso de los Diputados decidió, por unanimidad, considerar el videojuego como industria cultural tanto por su creciente impacto económico como por su decisiva contribución de la ficción contemporánea y audiovisual². Actualmente, el videojuego aparece como una vía factible de creación de empleo en un marco de crisis económica, al incluirse tanto en la nueva Agenda Digital³ aprobada por el Gobierno español como en el Objetivo General Quinto del Plan Estratégico General 2012-2015 de la Secretaría de Estado de Cultura⁴.

No obstante, la relevancia social y económica del videojuego apenas ha tenido reflejo en la tutela de los derechos de autor que este tipo de obras creativas y artísticas generan. En este sentido, la actual Ley de Propiedad Intelectual (LPI, que actualmente se encuentra en fase de reforma parcial) no contempla ni un régimen propio para esta industria cultural (como sí lo hace con el cine y la música aunque son ambas menores como motores económicos y de generación de empleo), ni tan siquiera incluye *nominatim* al videojuego en la tipología (por otra parte, abierta) de obras protegibles que se consagran en el artículo 10 de esta ley.

A la vista de todo ello, el presente trabajo pretende, en primer lugar, analizar la situación jurídica del videojuego en el marco de la vigente LPI, y los distintos posicionamientos doctrinales al respecto, para, posteriormente (1) detectar las actuales lagunas y (posibles) soluciones jurisprudenciales en el ámbito de la tutela de los derechos de autor que se desprenden del videojuego como obra protegible, y (2) establecer un régimen propio para el ocio interactivo que atienda a sus particularidades, del mismo modo que se hizo en su momento con otras industrias culturales

¹ Datos reflejados en el Anuario 2012 de la industria de los videojuegos elaborado por la Asociación Española de Distribuidores y Editores de Software de Entretenimiento (aDeSe), pág. 7.

² Proposición no de ley presentada por el grupo parlamentario socialista, relativa a la promoción y el respaldo a la industria cultural del videojuego, *BOCG*, 148, IX legislatura, págs. 40-41.

³ https://agendadigital.gob.es/imagenes/doc/Agenda_Digital_para_Espana.pdf. La industria de contenidos digitales (que engloba, entre otros, a los videojuegos) queda reflejada en el segundo epígrafe del documento, págs. 21 y ss.

⁴ <http://www.cultura.gob.es/principal/docs/novedades/2012/PlanEstrategicoGeneral2012-2015.pdf>, págs. 93 y ss.

como el cine o la música, y que mantenga la coherencia estructural y conceptual del marco general de la tutela de los derechos derivados de la propiedad intelectual, dada la relevancia económica y como potencial factor de crecimiento y de empleo en el actual contexto de crisis.

2. LAS ACTUALES DIFICULTADES DE SUBSUNCIÓN Y CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS VIDEOJUEGOS EN LA VIGENTE LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL: ¿OBRA MULTIMEDIA, OBRA AUDIOVISUAL, BASE DE DATOS O PROGRAMA DE ORDENADOR?

La falta de regulación específica acerca del videojuego en la actual LPI conlleva en la actualidad un innecesariamente complejo debate técnico acerca de cuál es su encaje entre los diversos regímenes de protección que el texto legal establece, si el general o alguno de los específicos previstos en él, como el relativo al cine o a los programas de ordenador. A estos efectos de calificación *lege data*, dos son los esenciales parámetros a retener.

De un lado, la dimensión interactiva que distingue al videojuego con respecto a otras manifestaciones protegibles, conjuntamente con una naturaleza compleja que aglutina, en una única obra creativa o artística, aportaciones muy heterogéneas (sonido, música, gráficos, código fuente y guion), que pueden ser, a su vez, susceptibles de protección separada, con arreglo a la propia LPI. Y de otro lado, la obsolescencia de esta última ley, concebida y redactada, a veces a través de una mera yuxtaposición de los correspondientes regímenes de protección, para la tutela de derechos relativos a obras muy específicas (libros, películas, discos). Regímenes que responden a un modelo tradicional de explotación de la industria cultural (es decir, lejana del modelo digital que caracteriza al videojuego), sin perjuicio de las ulteriores modificaciones introducidas a lo largo del tiempo, y de forma un tanto aluvial y asistemática, como consecuencia de la evolución tecnológica ligada a su surgimiento, en materia de bases de datos y programas de ordenador.

La doctrina ha tratado de integrar a este tipo de obras⁵ (es decir, el videojuego, pero también a otras que se configuran como programas informáticos integradores de distintos contenidos creativos) en la caracterización dogmática de los derechos de propiedad intelectual acuñando la noción de «obra multimedia», que viene a definirse como «la creación digital que combina, a través de un programa de ordenador, elementos pertenecientes a medios diversos, tales como el vídeo, el sonido, la imagen estática, la animación gráfica o el texto, permitiendo al usuario

⁵ Los incluyen, y de manera explícita, BERCOVITZ, R.: *Manual de propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 279; ESTEVE PARDO, M.^a A.: *La obra multimedia en la legislación española*, editorial Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 47; y LIPSZYC, D.: *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*, París, UNESCO, 2004, pág. 459. MARTÍN SALAMANCA, S.: «La cuestión en las obras cinematográficas, los formatos televisivos y las adaptaciones cinematográficas de videojuegos: cuando las ideas se hacen imágenes», en ROGEL VIDE C. y SAIZ GARCÍA, C. (coords.): *Ideas, bocetos, proyectos y derecho de autor*, editorial Reus, Madrid, 2011, pág. 115, considera que el videojuego es un ejemplo «de manual» de las creaciones multimedia.

interactuar con su contenido»⁶. En esta caracterización, constituirían ejemplos de este tipo de obra las enciclopedias multimedia, los videojuegos⁷, las obras virtuales y simuladores gráficos y la mayoría de las páginas webs⁸. A partir de la precedente caracterización dogmática, exclusivamente doctrinal y sin un específico reflejo en la LPI, académicamente se ha encuadrado la obra multimedia en tres posibles regímenes legales con arreglo al mencionado texto normativo: respectivamente, los de la obra audiovisual, de los programas de ordenador y los de las colecciones o bases de datos.

Así, para quienes la obra multimedia encaja en el concepto y el específico régimen legal de la obra audiovisual⁹, subsumiéndola en consecuencia bajo la regulación prevista en los artículos 86 y siguientes de la vigente LPI, la noción doctrinal se ajustaría a la «serie de imágenes asociadas» que legislativamente caracteriza la obra fílmica, junto con la posible presencia del contenido sonoro. Prima, con ello, el aspecto audiovisual de «lo multimedia» por encima de cualquier otra consideración, sin dispensar atención conceptual, en lo que específicamente respecta al videojuego, a su carácter interactivo, negando de este modo tutela legal a los derechos de propiedad intelectual vinculados al esencial componente informático que, de nuevo, es elemento constitutivo inherente y fundamental del videojuego.

No obstante, la mera presencia de elementos propios de la obra audiovisual en el videojuego no lo convierte automáticamente en una obra de este tipo. El artículo 86.1 de la LPI establece, como elemento finalista de toda obra audiovisual, que las imágenes asociadas (y su posible contenido sonoro) se destinen esencialmente a su mera muestra pasiva a través de aparatos de proyección u otro medio de comunicación pública de la imagen. Tal requisito de la mera mostración pasiva sin *feedback* de la persona receptora que repercuta sobre la manifestación y ejecución de la obra, propio del cine y los formatos televisivos, inspira el régimen específico de la LPI de la obra audiovisual, lo que parece difícilmente conciliable con las características esenciales del videojuego.

Así, las imágenes cinematográficas (o audiovisuales asimiladas a ellas) se destinan únicamente a ser mostradas, siendo esta una característica fundamental de la obra audiovisual tutelada bajo el régimen especial establecido en los artículos 86 y siguientes de la mencionada ley. Y esta esencial característica precisamente se opone de modo frontal al carácter abierto e interactivo

⁶ BERCOVITZ, R.: *Manual de propiedad...*, *op. cit.*, págs. 278-279.

⁷ Los incluyen de manera explícita, BERCOVITZ, R., *op. cit.*, pág. 279; ESTEVE PARDO, M. A., *op. cit.*, pág. 47; LIPSZYC, D., *op. cit.*, pág. 459, y MARTÍN SALAMANCA, S., *op. cit.*, pág. 115.

⁸ BERCOVITZ, R., *op. cit.*, págs. 278-279. Ver también la cita en RODRÍGUEZ PARDO, J.: *El derecho de autor en la obra multimedia*, Madrid, Dykinson, 2003, pág. 31; de DELGADO PORRAS, A.: «La propiedad intelectual ante la tecnología digital: las obras multimedia», en VV. AA.: *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información. Perspectivas de derecho civil, procesal, penal e internacional comparado*, Comares, Granada, 1998.

⁹ RODRÍGUEZ PARDO, J., *op. cit.*, pág. 48, ejemplifica el apoyo doctrinal a la obra multimedia como obra audiovisual mediante una selección de autores de procedencia internacional, en concreto del ámbito norteamericano, francés y alemán.

vo de las imágenes que se insertan en un videojuego, como esencial nota definitoria, ontológica, de este último. La previsión del artículo 86 de la LPI asume la actitud pasiva del receptor y, en ningún caso, la posible intervención performativa de un usuario activo. De este modo, la inmersión interactiva, la intervención en narrativas fragmentadas y modulares, y la explícita modificación de contenidos visuales, elementos nucleares todos ellos en la naturaleza del videojuego, se alejan de los caracteres definitorios propios de la obra filmica que inspiró el régimen particular de la obra audiovisual en el seno de la LPI (se insiste, en los arts. 86 y ss. de la misma).

A la vista de lo recién indicado, el videojuego en cuanto tal no puede concebirse como una mera obra audiovisual, a los efectos de su subsunción en el régimen específico de esta regulado en la LPI, por dos fundamentales motivos: en primer lugar, al no cumplir con el requisito, concretamente exigido en el artículo 86.1 de la LPI, por el que las imágenes han de tener un destino meramente mostrativo (al tener las imágenes, en el videojuego, un propósito esencial y predominantemente interactivo) y, por otro, al no contemplar el actual régimen legal especial de la obra audiovisual, en ningún caso, la cuestión del programa de ordenador subyacente al contenido visual, cuando el programa es parte intrínseca y esencial del videojuego en cuanto tipo de obra creativa digna y susceptible de protección mediante propiedad intelectual.

Por lo que respecta a los posicionamientos que, como antes se adelantara, defienden la inclusión de la obra multimedia dentro de la definición de la base de datos establecida en el artículo 12.1 de la vigente LPI¹⁰, de modo que tal tipo de obra se configura como un sistema que aglutina, de manera ordenada, distintas aportaciones individualizadas, esta relación de pertenencia a una obra global superior puede suponer un problema para obras *ex novo*. Pero la principal dificultad a los efectos del presente trabajo es que un videojuego está dotado de un sentido creativo y artístico que difiere de una mera colección de elementos individuales.

Finalmente, y respecto al sector doctrinal¹¹ que hace girar su caracterización o calificación legal del videojuego en torno a su dimensión interactiva de la obra, para enmarcarlo en un régimen dual, presidido por el régimen legal específico del programa de ordenador (art. 96.1 de la LPI) más el régimen de la obra audiovisual (arts. 86 y ss. de la propia LPI) en relación con imágenes y sonidos, los problemas surgirían por la dispersión de regímenes y sus posibles incompatibilidades y, además, por no tomar en consideración otro esencial elemento integrante del videojuego: el guion escrito. Sin olvidar lo ya recién señalado entre el destino esencialmente interactivo de imágenes y sonidos en los videojuegos, en contraste con el objetivo inherentemente mostrativo y pasivo de imágenes y sonidos que, como se ha visto, caracteriza al régimen especial de la obra audiovisual establecido en los artículos 86 y siguientes de la LPI.

¹⁰ BERCOVITZ, R. (COORD.): *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 1997, pág. 207; y ESTEVE PARDO, M.^a A., *op. cit.*, pág. 55.

¹¹ LIPSZYC, D., *op. cit.*, págs. 469-470, y SAIZ GARCÍA, C.: *Obras audiovisuales y derechos de autor*, Cizur Menor (Navarra), editorial Aranzadi, 2008, pág. 216.

Independientemente del acercamiento particular, la noción de obra multimedia plantea, per se, serios problemas a la hora de la calificación legal del videojuego en el marco de la vigente LPI. La falta de previsión legal de dicha clase de obra, como ya se ha adelantado y, en especial, la excesiva heterogeneidad de los supuestos contenidos en el referido concepto (desde enciclopedias a videojuegos, pasando por el cine interactivo) no ayudan a encuadrar de manera adecuada el videojuego dentro de la vigente LPI. Por todo ello, solo cabe encajar el videojuego en la vigente LPI partiendo de las características definitorias de aquel. Y si bien el artículo 10.1 de la norma no lo menciona en la lista (por otra parte no cerrada) de obras típicas protegibles, ello no impide que pueda subsumirse en aquel de los regímenes existentes de protección en el que mejor encaje a la vista de tales características. En este sentido, los videojuegos se distinguen por la integración en un programa informático de un conjunto de aportaciones audiovisuales y literarias.

Por todo ello, y siempre teniendo en cuenta la actual atipicidad legal del videojuego como obra protegible mediante propiedad intelectual, así como la consiguiente necesidad de su subsunción bajo aquel de los diversos regímenes de protección establecidos en la vigente LPI con el que presente una mayor afinidad conceptual, como ya se ha indicado, el videojuego es una obra de composición heterogénea, pero con la característica de integrarse dentro de un programa informático que lo reduce a unidad.

Desde esta perspectiva, y a efectos de su calificación y subsunción bajo la actual LPI, debe entenderse que el videojuego es un programa de ordenador, y que por tanto se rige por las disposiciones al mismo aplicables de dicha ley. Por lo demás, así parece haberse decantado la escasa jurisprudencia hasta el momento recaída al respecto¹². Ello determina que la protección del videojuego lo sea, en primer término, al programa de ordenador que lo erige en sistema unitario, rigiéndose todo él, como obra compleja, por los artículos 95 y siguientes de la LPI. Pero es que, además, y en virtud de la remisión efectuada por este mismo precepto a las disposiciones correspondientes de la propia LPI en lo que no esté específicamente previsto en el título sobre programas de ordenador, los restantes elementos integrantes del videojuego distintos del *software* propiamente (imágenes, sonido y guion, esencialmente) son susceptibles de protección, ya sea con arreglo al régimen general de la LPI, ya sea de conformidad con los diversos regímenes específicos de protección establecidos en la misma que en virtud de su respectiva naturaleza les sean de aplicación.

Hasta aquí la caracterización y calificación legal genérica del videojuego en la vigente LPI, que, como ha podido comprobarse, suscita no pocas e innecesariamente complejas dificultades interpretativas, como elocuentemente pone de relieve el anteriormente reseñado debate doctrinal. De este modo, y atendiendo a la dispersión de regímenes que se produce en la tutela de derechos del

¹² Así, las Sentencias del Juzgado de lo Penal n.º 4 de Barcelona de 28 de enero de 2004, y del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Barcelona de 7 de octubre de 2004. En ambos casos, y al abordar las cuestiones penales suscitadas, los respectivos órganos jurisdiccionales asumieron que los videojuegos objeto de los correspondientes litigios (en razonamiento por otra parte susceptible de elevación a categoría) debían encuadrarse legalmente en el régimen específico del programa de ordenador previsto en los artículos 95 y siguientes de la LPI.

videojuego como obra compleja (a saber, el código fuente mediante el régimen de programa de ordenador y, mediante la remisión del art. 95 de la LPI del mismo régimen, al resto de aportaciones –guion, imágenes y sonidos– y a sus regímenes particulares o al régimen general, según corresponda), resulta esencial, como se defiende aquí, la previsión o inclusión de un título propio (o, al menos, de un régimen específico de protección) en la nueva LPI que contemple el videojuego como obra integral.

La introducción de tal régimen o título específico pretende, por un lado, dotar al videojuego de una consideración particular en el seno de la LPI, atendiendo a su creciente importancia social, económica e industrial como obras creativas y artísticas. Pero responde también al propósito, de otra parte, de solventar y armonizar algunos problemas jurídicos derivados de la ya citada dispersión jurídica, y de la evidente obsolescencia de la LPI a la hora de tratar el videojuego y su naturaleza como obra compleja. En este sentido, en los siguientes epígrafes se desarrollan y proponen soluciones para las principales problemáticas detectadas y que deberían obtener respuesta jurídica en el título propio del videojuego. A saber: el problema de la autoría de videojuegos con la titularidad de la persona jurídica, la asimetría de derechos entre el trabajador asalariado y el autónomo o *freelancer*, la cuestión de la prueba y los problemas de inscripción de los videojuegos en el Registro de la Propiedad Intelectual y, finalmente, la incidencia de la piratería y la posible inaplicación del derecho de copia privada.

3. LA (INNECESARIAMENTE RESTRICTIVA Y DESIGUAL) REGULACIÓN ACTUAL DE LA AUTORÍA DE VIDEOJUEGOS POR PERSONAS JURÍDICAS: POR UNA SIMPLIFICACIÓN EN CLAVE EXTENSIVA

La LPI consagra, en su artículo 5.2, la autoría de la persona jurídica como un fenómeno excepcional, frente a la regla general consistente en la atribución de la condición de autor a la persona física (art. 5.1), cumpliéndose los demás requisitos previstos en el mismo texto legal. Esta excepcionalidad se traduce en la exigencia, por el mencionado precepto (de nuevo, el art. 5.2), de que los supuestos de autoría de personas jurídicas deban preverse expresamente en la propia LPI.

Tal visión responde a un modo de creación que tenía sentido antaño, cuando el autor se identificaba con una o varias personas físicas creadoras (esto es, el escritor, pintor o músico, o grupos de tales tipos de creador), pero que difícilmente puede justificarse hoy en una sociedad en la que las dinámicas transmedia y la globalización del conocimiento son parte inherente de la gestión y explotación de la obra artística por parte de empresas y otras personas jurídicas. Y, si bien es cierto que ciertas voces doctrinales siguen minusvalorando o rechazando la condición de autor de las personas jurídicas¹³, no lo es menos que en la práctica dicha negación condiciona tanto la creación como la ulterior protección de los derechos de este tipo de autores. La concepción en torno a la noción

¹³ Así, PLAZA PENADÉS, J.: «Artículo 14», en RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 2007, págs. 135-136.

de autor que subyace a las normas generales de la LPI, y más concretamente al referido artículo 5 de la misma, se manifiesta igualmente en el régimen específico del programa de ordenador, y más concretamente en el artículo 97.2 de la misma. También este precepto, en relación con la autoría de la persona jurídica con respecto a la creación de programas de ordenador, prescribe, de manera análoga, la necesaria previsión legal explícita de la posible condición de autor las personas jurídicas.

Habiendo señalado con anterioridad que el encaje de los videojuegos en la LPI se produce a través del régimen propio de los programas de ordenador, la autoría de aquellos (es decir, la autoría de los videojuegos) sigue el mismo patrón legal consistente en la general consideración de autor a la persona física, y el necesario reconocimiento legal excepcional y expreso de esa misma condición a las personas jurídicas. Cabe recordar aquí igualmente que, si bien el videojuego entendido como sistema unitario (es decir, como un programa de ordenador en el que se integran otras aportaciones creativas visuales, sonoras y literarias) se rige por las disposiciones específicas de los programas de ordenador, el resto de aportaciones distintas del *software* quedan reguladas por las disposiciones correspondientes a su naturaleza de la LPI, merced al reenvío que a ellas efectúa el artículo 95 del referido texto legal. Y esta situación legal actual del videojuego provoca, cuanto menos, dos problemas evidentes:

- En primer lugar, cuando el videojuego sea obra en colaboración en la que, como mínimo, una de sus aportaciones integrantes sea obra colectiva bajo la edición de una persona jurídica. En dicha tesitura, nos encontramos con que el régimen específico del programa de ordenador, en conexión con la tipología de autorías prevista en el artículo 5 de la LPI, no hace previsión expresa de titularidad de la persona jurídica en la obra en colaboración (97.3 de la LPI), por lo que no cabría la posibilidad de que una aportación que en sí misma considerada sea obra colectiva y con titularidad de persona jurídica (art. 8 de la LPI para el régimen general) pueda incorporarse en calidad de aportación a un videojuego que vaya a crearse en régimen de obra en colaboración (art. 97.3 de la LPI).
- Y en segundo lugar, cuando algún elemento integrante del videojuego distinto del programa de ordenador que lo ejecuta (esto es, imágenes, sonidos o guion) y se rija, de conformidad con el artículo 95 de la LPI, por las disposiciones pertinentes de dicha ley, sea asimismo una obra en colaboración, y alguna de cuyas aportaciones (o todas) sea, a su vez, una obra colectiva editada por persona jurídica. En este último supuesto, pueden ser aplicables, en función de la calificación jurídica de la aportación dentro de la tipología de obras protegidas por la LPI, tanto regímenes específicos de esta (fonogramas, obras audiovisuales, meras fotografías, por ejemplo), o bien los regímenes generales de las obras en colaboración o de las obras colectivas previstos, respectivamente, en los artículos 7 y 8 de la LPI.

En este segundo caso el problema radica en las aportaciones al videojuego como programa de ordenador (imágenes, sonidos, guion), y no en el videojuego como obra en su conjunto. Si la persona jurídica no puede ser titular de derechos de una obra en colaboración, según los principios generales en los que se inspira la LPI, entonces

puede suceder que las aportaciones al videojuego que sean, asimismo, obras en colaboración presenten problemas de titularidad de derechos en ellas mismas cuando uno de los coautores sea una persona jurídica (esencialmente, porque esta persona jurídica haya sido editora de una obra colectiva). Por lo tanto, aquí no se produce problema con el videojuego como obra compleja, sino en el reparto de derechos de una de sus aportaciones en tanto que obra en colaboración. Esta inseguridad jurídica en una o varias de las aportaciones puede producir un efecto «en cascada» entre las distintas aportaciones y el videojuego como obra unitaria a causa, precisamente, de la falta de previsión general de la persona jurídica como potencial coautora de una obra en colaboración y puede suponer, finalmente, un conflicto no solo entre la reclamación de derechos de autor de los coautores de las aportaciones, sino también un problema de legitimidad en el ámbito de la cesión de derechos exclusivos y no exclusivos.

Los dos problemas recién expuestos, que simplemente nacen de la inadaptación de la actual LPI al fenómeno de los videojuegos —y de la desatención legislativa a la creciente importancia creativa, industrial y económica del también denominado *software* de entretenimiento—, son otras tantas razones que militan en la línea de la conclusión general a que responde el presente trabajo: la necesidad de dedicar en la LPI una regulación específica a los videojuegos, como ahora la hay para el cine y televisión (obra audiovisual), para la música o para el libro. De este modo, cabría integrar en la regulación legal de la propiedad intelectual en España un título propio dedicado al régimen de los videojuegos que atienda adecuadamente a los diversos intereses generales en juego, desde los de orden creativo hasta las dinámicas industriales y empresariales propias del sector.

En ese sentido, y en lo que se refiere a los problemas analizados en el presente epígrafe, relativos a la autoría de la persona jurídica, la realidad del sector muestra que sería precisa una regulación más adecuada y flexible a la consideración de las personas jurídicas como autoras de un videojuego cuando este responda a tal modalidad de diseño y creación. Tal sería la situación de los estudios creativos que asuman tal forma jurídica, que podrían tener un simple reconocimiento legal de su condición de autores, como lo tienen en la actualidad los estudios de creación que operen como persona física o grupos de personas físicas que no actúen en el tráfico jurídico bajo perfiles societarios, o simplemente, que no se revistan del ropaje de la personalidad jurídica separada.

Se trataría, en suma, de incluir una previsión legal expresa que, en sintonía con la sistemática establecida en los preceptos generales de la LPI (en la actualidad, como ya se ha comprobado, en su art. 5.2), reconozca de manera genérica la posibilidad de que la persona jurídica pueda ostentar la autoría tanto de la obra unitaria, en su modalidad individual y en colaboración, como de cada una de las partes integrantes cuando estas se creen para el videojuego. Toda vez que este reconocimiento legal ya existe, en el título específico de los programas de ordenador en la actualidad aplicable al videojuego en defecto de una regulación específica del mismo, cuando el videojuego sea una obra colectiva, pero se limita en la actualidad solo a este tipo de obra, la colectiva, quizás la solución más sencilla sea extender el reconocimiento legal de la condición de autor de videojuegos (e incluso, en su caso, de sus aportaciones integrantes) a las personas jurídicas a todos los supuestos o regímenes de creación de obras, sin distinción.

Esta reformulación de la disciplina legal relativa a la titularidad de la autoría pretende resolver el problema de inadaptación del régimen de la autoría de personas jurídicas en la vigente LPI a la realidad actual de la creación de videojuegos. Como ya se ha dicho, el artículo 5, según un principio naturalista completamente obsoleto a la vista de cómo funciona la industria del videojuego, establece como regla general el reconocimiento de la autoría a las personas físicas, y a las jurídicas no solo como excepción, sino además de expresa previsión necesaria, que por lo demás solo alcanza al presente a la obra colectiva, discriminando y condenando a un estatuto legal innecesariamente confuso e indeterminado a otras formas de creación de videojuegos (destacadamente, cuando lo es en forma de obra individual o de obra en colaboración).

En cambio, en los videojuegos, tenemos como realidad más extendida que los desarrolladores son empresas con estructura societaria (esto es, personas jurídicas), algunas de ellas de gran tamaño, si bien existen ejemplos relativamente extendidos de autoría de personas físicas en el caso, principalmente, de los videojuegos *indies*. En este sentido, y de manera paradójica, lo que en la normativa general de la LPI es excepción (la autoría de la persona jurídica) en la industria del videojuego es el modelo básico de creación de obras creativas. Por ello, el régimen propio del videojuego que aquí se propugna habría de incluir expresa previsión general de autoría de persona jurídica en cualquier tipo de forma de creación (o de régimen de creación), con el fin de proteger la estructura empresarial que en la práctica impulsa en una proporción importante la creación de videojuegos.

De este modo, se consideraría a la persona jurídica en todas las tipologías de videojuegos, en particular en las obras en colaboración, por ejemplo, realizadas por dos o más personas jurídicas si ninguna de ellas asume la condición de editor (esto es, cuando la obra en tal caso no sea colectiva), pero también en supuestos más complejos como la obra compuesta y la obra derivada. En el caso de la primera (la obra compuesta) no hay previsión específica en el vigente régimen de la LPI aplicable al programa de ordenador. Por ello, resulta necesario acudir al artículo 9 del régimen general, mediante la remisión efectuada por el artículo 95 de la LPI. Y al no prever tampoco de forma explícita el mencionado artículo 9 la autoría de las personas jurídicas, jugaría en su defecto el también examinado artículo 5.2 de la propia LPI, que impediría que una empresa de videojuegos pudiera tener la condición de autor de la obra compuesta al no haber expresa previsión legal en tal sentido.

El problema se repite con la obra derivada. Igualmente, la imprevisión en el régimen específico del programa de ordenador determina, vía remisión del artículo 95, la aplicabilidad de las reglas generales de la LPI (en esta ocasión el artículo 11 de la misma ley). Y al no efectuar dicho precepto, de nuevo, expresa previsión de la posible autoría de personas jurídicas, según requiere el artículo 5.2 de la LPI, tampoco en este supuesto las personas jurídicas podrían ser autoras de obras derivadas. Como se ve, ambos estados legales de cosas, a más de carentes de sentido, juegan innecesariamente en contra del dinamismo de un sector, el de la creación de videojuegos, que en los últimos años ha pasado a ser la industria cultural de mayor relevancia por encima de la suma del cine y la música, con lo que ello supone de estímulo a la creatividad (que debería hallar amparo en la legislación de propiedad intelectual), pero también de factor de crecimiento económico y de empleo.

4. LAS ASIMETRÍAS EN EL RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE AUTOR ENTRE TRABAJADORES ASALARIADOS Y *FREELANCERS*: DIFICULTADES DE ENCAJE CONSTITUCIONAL Y PROPUESTA DE ELIMINACIÓN DE LA ASIMETRÍA EN UNA EVENTUAL REFORMA FUTURA DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

La obsolescencia de la LPI en lo que se refiere a las necesidades e intereses dignos de protección en el ámbito del *software* de entretenimiento se manifiesta, una vez más, en otro problema innecesario que al presente afecta no solo al videojuego como programa de ordenador, sino también al resto de regímenes que contiene la ley (esto es, el régimen general y los regímenes específicos de las obras susceptibles de participar en la creación del videojuego): la asimetría entre los derechos morales que ostentan, por un lado, los trabajadores asalariados por cuenta ajena y, por otro, los trabajadores por cuenta propia, autónomos o *freelancers* en relación con el videojuego como obra colectiva cuyo editor sea persona jurídica.

Esta asimetría que, como se ha dicho, se manifiesta entre el régimen general, el del programa de ordenador y los regímenes específicos aplicables a las aportaciones al mismo que encajen en los parámetros definitorios de otros tipos de obras protegibles mediante propiedad intelectual, es bajo la vigente LPI, fuente de incertidumbres e inseguridad jurídica para un sector creativo, el del videojuego, que requiere de un desarrollo armónico, no solo en la titularidad de las obras creadas (como se vio, anteriormente, con el problema de la persona jurídica), sino también en el seno de sus relaciones contractuales de índole laboral o civil, y la justa atribución del derecho moral de autor, o esfera de tal índole de derechos irrenunciables e inalienables.

El artículo 97.2 de la LPI otorga la condición de autor de un programa de ordenador elaborado en régimen de obra colectiva a la persona jurídica que lo edite y divulgue bajo su nombre. Por su parte, el artículo 97.4 del mismo texto legal regula el supuesto de la autoría del trabajador asalariado, constituyéndose en norma especial respecto al mencionado artículo 97.2 cuando el programa de ordenador sea creado por más de un trabajador asalariado (esto es, sea una obra colectiva), en el ejercicio de las funciones confiadas por el empresario o siguiendo sus instrucciones. Así pues, conforme al artículo 97.4 de la LPI, los trabajadores asalariados ceden en exclusiva los derechos de explotación sobre el programa así creado, salvo pacto en contrario. Lo cual significa, a contrario sensu, que el mismo artículo 97.4 de la LPI atribuye a los trabajadores asalariados participantes el derecho moral de autor sobre el conjunto del programa así creado.

Esta es la interpretación final que debe retenerse en cuanto a la relación entre ambos preceptos si no se quiere relegar el artículo 97.4 de la LPI a la condición de norma redundante –y, por tanto, superflua– con respecto al artículo 97.2 de la misma ley para los supuestos de pluralidad de autores asalariados que encajen en los parámetros definitorios de la obra colectiva (generalmente establecidos en el art. 8 de la LPI). De lo contrario, el artículo 97.4 de la LPI conduciría a la misma solución que el artículo 97.2. Esto es, el artículo 97.4 de la LPI atribuiría, salvo pacto en contrario, todos los derechos sobre el programa de ordenador a su editor (en el presente caso, al

empresario que confía a más de un trabajador asalariado la confección de un programa de ordenador), que es justamente lo que dice el artículo 97.2. Por razones de coherencia legislativa debe, en definitiva, entenderse que el artículo 97.4 de la LPI, si se quiere distinguir del artículo 97.2 de la misma norma legal, confiere a los trabajadores asalariados el derecho moral de autor sobre el conjunto del programa creado por ellos bajo la dirección de su empresario. Así lo corrobora una lectura literal del mencionado artículo 97.4, que refiere sus previsiones, en todo caso, al programa así creado (es decir, creado en régimen de trabajo asalariado por cuenta ajena).

Tal y como se apuntara al inicio del presente apartado, este statu quo normativo conduce a una clara asimetría en el régimen de autoría en el caso de programas de ordenador creados como obra colectiva en cuya elaboración participen, a un tiempo, uno o varios trabajadores asalariados del editor conjuntamente con una o más personas físicas que contraten con él en régimen de trabajo por cuenta propia (*freelancers*), o mediante vínculo contractual civil o mercantil con otras empresas. La asimetría se da, justamente, en el régimen de atribución de los derechos morales de autor sobre el conjunto del programa, a consecuencia de la divergencia de las previsiones del artículo 97.4 de la LPI con respecto a las contenidas en el artículo 97.2. En concreto, el o los trabajadores por cuenta del editor del videojuego tendrán reconocido el derecho moral de autor sobre el programa. En cambio, el *freelancer* o empresa contratante carecerá en todo caso de derecho de autor sobre el programa, dado que el artículo 97.2 de la LPI, que será aplicable a esta situación por no serlo la norma especial relativa a los trabajadores por cuenta ajena que enuncia el artículo 97.4 de la misma norma, atribuye todos los derechos (incluyendo, en consecuencia, los morales de autor) sobre la obra colectiva al editor de la misma, salvo pacto en contrario.

La divergencia recién descrita en la atribución del derecho moral de autor sobre el programa creado en régimen de obra colectiva entre el trabajador asalariado y el *freelancer* debe entenderse en el marco de las relaciones laborales y de la incidencia de la tutela de los derechos de autor. Mientras que la relación entre un *freelancer* y un empresario se rige por la contratación civil y la autonomía de la voluntad de las partes (que legalmente se presuponen iguales), la existente entre el asalariado y el empresario se establece en el marco de una relación laboral caracterizada por la desigualdad de las partes y la ajenidad de los frutos del trabajo (que precisamente en virtud del vínculo contractual jurídico-laboral revierten en beneficio del empleador a cambio de la remuneración que este abona al trabajador). Por ello, mientras que el *freelancer* puede negociar los extremos de la subcontratación y la obra de encargo, el trabajador asalariado se ve sometido al poder de dirección del empresario y a sus órdenes.

En ese sentido, la LPI, en relación con el programa de ordenador, parece responder al planteamiento de que la tutela de la creatividad que permite dar resultado final a la obra colectiva (en este caso, al videojuego, en cuanto modalidad específica del concepto legal general de programa de ordenador) en un marco laboral en el que el creador se halla sometido al poder de dirección (y al disciplinario) del empleador o promotor de dicha obra colectiva (aquí, de nuevo, el videojuego), ha de poder combinarse con la explotación comercial de dicha obra colectiva final (una vez más, el videojuego) por parte de quien promueve esta: es decir, por parte del editor o empresario.

Así las cosas, la aplicación del artículo 97.4 de la LPI establece un cierto equilibrio (o reequilibrio) en la situación legal de desequilibrio entre las partes contractuales en el vínculo laboral en beneficio del poder de dirección y disciplinario del empleador (aquí, el editor o promotor del videojuego) al reconocer al trabajador asalariado su mérito creativo como contribución decisiva a la creación de la obra colectiva en su conjunto. Reconocimiento que precisamente se traduce en la atribución a los trabajadores asalariados de los derechos morales de autor sobre la obra unitaria. Pero un reconocimiento que, de otro lado y como acaba de apuntarse, se ve compensado en el mismo precepto legal con el otorgamiento al empresario de los derechos de explotación sobre el conjunto de la obra (el videojuego así creado), en justo reconocimiento a su condición de impulsor e inversor en la gestación de la obra colectiva, y a los consiguientes riesgos así asumidos (salvo, por supuesto, pacto en contrario).

Esta asimetría entre trabajadores asalariados por cuenta ajena y *freelancers* no se da únicamente en el programa de ordenador (el régimen central del videojuego en la actual LPI, en los términos que ya se han descrito), sino también en el resto de aportaciones integrantes del videojuego como sistema u obra colectiva. El reconocimiento y atribución de derechos de propiedad sobre dichas aportaciones distintas del *software* viene dado por los respectivos regímenes particulares previstos en la LPI, en virtud de la remisión que a ellos efectúa, para los programas de ordenador en general (y por tanto, para los videojuegos como tipo de programa de ordenador, en particular), el artículo 95 de dicha ley.

Tales otros elementos integrantes del videojuego, además del *software* que los integra y reduce a unidad, son habitualmente contenido audiovisual (imágenes y sonidos) y guion. En lo que respecta a las imágenes, cabe diferenciar entre imágenes con destino interactivo (esto es, dirigidas a que el jugador opere o interactúe con ellas), e imágenes con destino exclusivamente mostrativo (es decir, aquellas que no están encaminadas a que el jugador interactúe con ellas, y formen parte de una «narrativa» inherente al videojuego), y también las meras fotografías. De unas y otras, las primeras (las imágenes interactivas) son el principal contenido visual de los videojuegos, y establecen la verdadera experiencia lúdica al permitir al jugador acceder, comprender y manipular el mundo de ficción del videojuego. Algunos ejemplos relevantes de ello son la figura animada del protagonista, los enemigos o los efectos visuales. La protección dispensada a las imágenes interactivas, cuyo destino no es el meramente mostrativo propio de la obra audiovisual regulada en los artículos 86 y siguientes de la LPI, determina que el reenvío del artículo 95 lo sea al régimen general de dicha ley, puesto que estas imágenes interactivas, no encajando en los patrones definitorios de la obra audiovisual, sí encuentran acomodo en los criterios generales que el artículo 10 del mencionado texto legal exige para considerar una obra como protegible. Máxime cuando este último precepto no establece una lista cerrada o *numerus clausus* en cuanto a la tipología de obras susceptibles de considerarse objeto de propiedad intelectual.

De este modo, las imágenes con destino interactivo, en tanto que integrantes del videojuego como obra colectiva, y reguladas por el régimen general de la LPI a consecuencia del reenvío del artículo 95 a las normas rectoras de cada elemento constitutivo adicional que no sea específicamente *software* (y al no encajar en el régimen especial de la obra audiovisual por las

razones recién expuestas), vendrían a gobernarse por la norma establecida en el artículo 51 de la LPI. Y este último precepto, el artículo 51 de la LPI, regula la atribución de derechos al trabajador asalariado en el marco de una obra colectiva de una manera similar y equivalente a como lo hace el 97.4 para los programas de ordenador, al determinar que, salvo pacto en escrito, estos trabajadores cederán en exclusiva a su empresario los derechos de explotación sobre el conjunto de la obra, reservándose los morales. Significa todo ello, a su vez, que el régimen de los derechos de los trabajadores *freelancers* sobre las imágenes con destino interactivo como elementos integrantes de un videojuego queda remitido a la regulación general de la obra colectiva. Esto es, al artículo 8 de la LPI, en cuya virtud el trabajador *freelancer* cederá al empresario promotor del programa de ordenador (aquí, del videojuego) los derechos de explotación y morales sobre el conjunto de la obra.

Por su parte, las imágenes con destino mostrativo (escenas de vídeo o animadas, denominadas *cutscenes*, que no permiten la interacción del usuario, y que pueden compararse con películas, cortos o videoclips cerrados y empaquetados), cuando formen parte de un videojuego, si se registrarán, merced a la remisión efectuada en el artículo 95 a las reglas generales de la propia LPI aplicables a los otros elementos integrantes de un programa de ordenador (y por tanto, en particular, a los otros elementos distintos del código fuente y del código objeto integrantes de un videojuego), por el régimen especial de la obra audiovisual del artículo 86 de la LPI, al reunir las características definitorias de tal tipo de obra. Así pues, en el contexto de las imágenes con destino mostrativo (al gobernarse, según lo ya dicho, por el régimen específico de la LPI sobre la obra audiovisual), la asimetría entre trabajadores asalariados y *freelancers* no es consecuencia de las previsiones del artículo 51 de la LPI, perteneciente al régimen general de las obras protegibles, sino que deriva de las específicas previsiones de los artículos 87 y 88 de la misma ley, pertenecientes al régimen especial de la obra audiovisual. Y estos últimos preceptos legales no diferencian entre trabajador asalariado por cuenta ajena y *freelancer*.

Antes al contrario, el artículo 87 de la LPI prevé la existencia simultánea de tres tipos de autores de las obras audiovisuales (director, guionista y autor de la composición musical), que se definen por la naturaleza de su respectiva aportación a la obra y no por cuál sea el tipo de relación contractual (laboral por cuenta ajena, o civil o mercantil por cuenta propia) que mantengan con el impulsor o empleador. En este sentido, los autores previstos en el artículo 87 de la LPI ceden, en virtud del artículo 88 de la LPI, los derechos de explotación, en exclusiva, al productor de la obra audiovisual, reservándose el precepto el derecho de autorización expresa para la explotación de copias de la obra audiovisual en cualquier sistema o formato. Además, se desprende de la misma disposición legal que, salvo pacto en contrario, los autores de las aportaciones integrantes de la obra audiovisual podrán explotar sus aportaciones de forma aislada si no perjudican la obra audiovisual unitaria, independientemente de que esta sea una obra en colaboración o colectiva.

Cuando se trate, por su parte, de meras fotografías integradas en un videojuego, y siempre a consecuencia de la remisión efectuada en el mencionado artículo 95 de la LPI a las normas generales aplicables de la misma ley a los elementos distintos del *software*, quedarían sometidas al régimen específico de estas últimas (meras fotografías) que, con carácter general, establece el

artículo 128 de la LPI. A tenor de dicho precepto, la mera fotografía se asimila a la obra fotográfica prevista explícitamente en el artículo 10 de la LPI, y como ella sigue el régimen general de protección, si bien la mera fotografía no constituye, en sí misma y por definición, una obra (fotográfica) protegida. El artículo 128 de la LPI atribuye el derecho exclusivo a autorizar el uso de la mera fotografía a quien la realice, pero, precisamente al no tratarse de una obra protegible por la LPI, no atribuye a quien la realiza ningún tipo de derecho, ni de explotación, ni, en lo que aquí interesa más, moral (entre ellos, el reconocimiento mismo de la condición de autor, ya que al no ser obra, no hay, por definición, autoría). Es precisamente por tales razones que la mera fotografía no entra propiamente dentro del debate (y de la correspondiente problemática legal) sobre la asimetría entre asalariados y *freelancers* en cuanto al régimen de atribución del derecho moral de reconocimiento como autor, ya que, se insiste, no son obras propiamente tales que generen la condición formal de autor.

Continuando con el análisis de esta misma asimetría en relación con otros elementos constitutivos del videojuego diferentes del *software* que los integra en él, en el caso de la música y los efectos sonoros es preciso tener en consideración que, junto a los derechos morales atribuidos a los trabajadores asalariados en virtud del mencionado artículo 51 de la LPI, los derechos de explotación quedan atribuidos *ope legis* al productor fonográfico (art. 114 y ss. de la misma ley, aplicables, una vez más, en virtud de la remisión efectuada en el artículo 95, de nuevo, de la LPI) y, en ocasiones, los derechos derivados del trabajo de los intérpretes y ejecutantes (Título I del Libro II del mencionado texto legal).

Finalmente, y en relación con el guion cuando es obra colectiva conjuntamente realizada por guionistas asalariados del empresario editor del videojuego y por guionistas en régimen *freelance* con quien este haya contratado, cabe distinguir el régimen de atribución de derechos aplicable a los primeros (a quienes les resultaría de observancia el art. 51 de la LPI como ya se ha señalado anteriormente) y el régimen propio de los segundos, a quienes en rigor (esto es, de conformidad, una vez más, con la remisión efectuada en el art. 95 de la LPI) sería de aplicación el artículo 8 de la misma ley, relativo a la obra colectiva. Conforme al marco vigente recién expuesto, a los guionistas asalariados correspondería el derecho moral sobre el guion como obra colectiva que sea a su vez elemento integrante del videojuego, mientras que al guionista *freelance* no le reconoce en la actualidad la LPI ninguna condición autoral, puesto que a tenor del referido artículo 8 de dicha ley se transfiere al editor del guion como obra colectiva, también, la condición de autor del mismo.

Analizada la cuestión *lege data*, y detectada en los términos recién descritos la asimetría (o, lisa y llanamente, la desigualdad) en el régimen de atribución de los derechos morales entre trabajadores asalariados y trabajadores por cuenta propia, o *freelancers*, derivada de la perturbadora inserción de la noción de obra colectiva en el marco legal de reconocimiento y atribución de los derechos morales de autor (y más en particular, de la atribución de la condición de tal al editor), un régimen jurídico específico *lege ferenda* para el videojuego permitiría poner término a tal asimetría o desigualdad. Pasaría tal eliminación de la asimetría o desigualdad por sentar una única regla aplicable a toda la cadena de trabajadores intervinientes en el diseño y elaboración de un

videojuego, que les reconozca a todos ellos la condición de autores, en proporción a su respectiva participación, del correspondiente videojuego.

Esto supondría generalizar a todo tipo de relación laboral o contractual (esto es, no solo por cuenta ajena, como en la legislación positiva sucede al presente, sino también a los supuestos de vinculación civil o mercantil con trabajadores por cuenta propia o empresas), siempre mediante construcción de una nueva y única regla propia de los videojuegos (sin necesariamente prejuzgar ni el régimen general ni otros específicos) que acoja como criterio genérico el que hoy subyace a los artículos 51 y 97.4 de la LPI. La conveniencia de esta positivización obedece no solo al hecho de que la LPI ya efectúa tal reconocimiento de la condición moral de autor al trabajador asalariado en cuanto al programa de ordenador así creado. Además, sería una reforma coherente con el propio régimen común de los derechos morales de autor regulado en los actuales artículos 14 y siguientes de la LPI, y más en concreto con el carácter imprescriptible y, sobre todo, inalienable de dichos derechos, y significativamente del consistente en el propio reconocimiento de la condición de autor.

Otro factor que aconseja y abona, *lege ferenda*, la inclusión en la LPI de un régimen propio de protección de los videojuegos es la relevante similitud de estos con el cine, que en la actualidad dispone de un régimen asimismo específico. Así, por ejemplo, en las industrias de ambos ámbitos culturales predominan en la práctica las obras colectivas, intervienen con frecuencia personas jurídicas o sociedades, es asimismo frecuente la participación relevante de *freelancers* en la producción, y es casi constante el carácter complejo de las obras debido a la conjunción de heterogéneas aportaciones artísticas de muy distinta naturaleza, y aisladamente subsumibles en muy diversos regímenes legales de protección mediante propiedad intelectual con la vigente LPI en la mano.

Tales similitudes tornan en altamente aconsejable la circunstancia de que la eventual regulación futura de un régimen propio de protección de los videojuegos en la LPI asuma los actuales criterios de regulación del cine recogidos en las disposiciones sobre obras audiovisuales que responden a situaciones que hallan su equivalente en el sector del videojuego. En este sentido, y en lo que respecta a los derechos morales de los asalariados y los *freelancers* intervinientes en la elaboración de la misma obra, la regulación del cine reserva a todos los autores, sin distinguir por su relación laboral con el productor de la obra filmica, los derechos morales de la obra en su conjunto. Parece que sería oportuno trasladar el mismo criterio de regulación a una eventual regulación propia y específica de los videojuegos.

Ahora bien, el empleo del régimen del cine como término de referencia para la construcción de uno nuevo y propio de los videojuegos, dadas las similitudes que median entre una y otra actividad creativa e industria cultural, no debe seguirse de manera acritica. Así, por ejemplo, el artículo 87 de la LPI establece un *numerus clausus* de tipos de autor reconocidos para este tipo de obras, primando determinadas clases de aportación creativa en detrimento de otras que no se ven beneficiadas por el reconocimiento legal de autoría, generando una evidente discriminación entre tipos de autor. Con independencia de que tal distinción se mantenga (o no) en lo que respecta al régimen legal propio del cine y demás obras audiovisuales similares, parece aconsejable que la conquista de un eventual reconocimiento legislativo global de autoría a todos los partici-

pantes en un videojuego cuando sea obra colectiva (programadores, grafistas, guionistas y músicos, entre otros) no se vea limitada por un reconocimiento legislativo de la condición de autor restringida a ciertas clases de aportaciones creativas a la elaboración de un videojuego, pero no a otras, pues tal restricción en un aspecto esencial del nuevo régimen de los videojuegos no sería adecuadamente representativo e integrador de la heterogeneidad de aportaciones en la actividad laboral, creativa e intelectual de la obra final.

A los argumentos aducidos, cabe sumar otros de compatibilidad constitucional. El reconocimiento legal, aquí postulado, de la condición de autor vendría además a ser directa consecuencia del ejercicio de la libertad de creación literaria, artística, científica y técnica reconocida en el artículo 20.1 b) de la Constitución. Libertad constitucional que incluye dentro de su contenido esencial el reconocimiento del titular que en cada caso ejerce la mencionada libertad. Evidentemente, como sucede con otros derechos fundamentales, el reconocimiento constitucional de la libertad de creación artística, literaria, científica y técnica incluye la libertad positiva (que engloba dentro de su contenido, como acaba de puntualizarse, el derecho al reconocimiento o «visibilidad pública» del titular que la ejercita). Pero comprende también la libertad negativa, que englobaría no solo el supuesto más intenso consistente en no crear, sino también el más limitado de poder crear libremente sin que aparezca en el producto público de la creación la identidad del creador, o lo que es lo mismo, sin que aparezca revelada en la proyección externa o pública de la obra la identidad del titular que ha ejercido en cada caso concreto la mencionada libertad produciendo dicha obra.

Dicho de otro modo, la libertad constitucional de creación literaria, artística, científica y técnica comprende en su contenido esencial no solo el derecho al reconocimiento expreso como autor (coincidente con el homónimo derecho moral de autor recogido en la LPI), sino también el derecho al anonimato (igualmente recogido en la actualidad en el régimen común de los derechos morales de autor). Ahora bien, este esquema constitucional, consistente en el derecho a figurar como autor (y en su contrario, por libre y exclusiva decisión de su titular, cifrado en el derecho al anonimato de la creación), debe traducirse no solo, como en la actualidad acontece en la LPI, en el régimen general de los derechos morales de autor.

Asimismo, debe tener una traducción normativa en todas y cada una de las reglas específicas relacionadas con esta cuestión. Más específicamente, y en lo que a este trabajo interesa, el esquema constitucional debería hallar concreta plasmación, en caso de que finalmente se introdujese en la LPI una regulación propia para los videojuegos, en una regla legal que permita atribuir la condición de autor también a los trabajadores *freelance* en el caso de los videojuegos desarrollados en régimen de obra colectiva con la simultánea participación de trabajadores asalariados. Se solventaría de este modo, en concordancia con las exigencias jurídico-constitucionales, la actual anomia de la cuestión en la LPI sobre programas de ordenador. Anomia cuyo resultado es, merced a la remisión del artículo 95 de dicha ley a las reglas de la propia LPI relativas a la obra colectiva, la ausencia de reconocimiento legal de la condición de autor del videojuego en el que trabajadores o empresas *freelance* hayan tenido participación mediante la elaboración de todo o parte de alguno de sus elementos integrantes.

5. LA PROTECCIÓN MEDIANTE EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: LA NECESARIA TIPIFICACIÓN NORMATIVA DEL VIDEOJUEGO COMO CATEGORÍA ESPECÍFICA DE ASIENTO REGISTRAL Y SU EVENTUAL CONTENIDO

La LPI establece en sus artículos 144 y 145 la regulación jurídica del Registro de la Propiedad Intelectual, un organismo público destinado a garantizar la carga de la prueba mediante una presunción *iuris tantum* que solo puede ser cuestionada por la impugnación del asiento registral que despliega dichos efectos. Aunque el registro voluntario de la obra no tiene ningún efecto constitutivo de derechos de propiedad intelectual sobre ella (solo el hecho generador de la obra protegible previsto en el art. 1 de la LPI tiene estos efectos), sin embargo se presenta como una herramienta eficaz para la defensa de la autoría y originalidad de la obra creativa ante posibles conflictos jurídicos. Los videojuegos son actualmente susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual, al constituir, como ya se ha comprobado, obras protegibles de conformidad con el artículo 10 de la LPI, pudiéndose beneficiar en consecuencia de la correspondiente presunción legal de prueba y autoría. También se ha señalado ya que, a falta de una regulación específica de los videojuegos en la LPI, su calificación con arreglo a esta a fin de configurar su régimen de protección es la de programas de ordenador.

Consecuentemente con esta calificación legal, la vía de acceso del videojuego es al presente la propia de los programas de ordenador. En este sentido, el Real Decreto 281/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual, precisamente regula en su artículo 14, letra n), los documentos necesarios para poder inscribir en el referido registro un programa de ordenador, y, en consecuencia, un videojuego como tipo específico de programa de ordenador:

«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: [...]

n) Para los programas de ordenador:

1.º La totalidad del código fuente, que se presentará como ejemplar de la obra.

2.º Un ejecutable del programa.

3.º Opcionalmente, podrá presentarse una memoria que contenga:

Una breve descripción del programa de ordenador.

El lenguaje de programación. El entorno operativo.

Un listado de ficheros.

El diagrama de flujo.

En su caso, número de depósito legal.

4.º Cuando la extensión del código fuente o las condiciones de archivo lo hicieran necesario, el registro podrá exigir que dicho código se aporte en CD-ROM u otro soporte diferente».

Si bien este panorama legal (y reglamentario) permite el acceso de los videojuegos a los beneficios y protección que supone su inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual, no dejan de plantearse al presente una serie de dificultades, tanto teóricas de congruencia con los criterios generales que subyacen a la propia LPI como derivadas de ellas, dificultades asimismo de orden práctico. Con arreglo a la referida calificación legal como programas de ordenador, la protección registral de todos los elementos que integran un videojuego además del *software* propiamente dicho requiere la inscripción separada de esos mismos elementos adicionales: del guion, y del contenido audiovisual (imágenes y sonidos). Aunque esta múltiple inscripción es coherente con la regulación contenida, para programas de ordenador, en el artículo 95 de la LPI, en la medida en que remite la protección de los otros elementos del programa distintos del código fuente y objeto a las disposiciones pertinentes de la misma ley en función de la naturaleza de tales adicionales elementos, en cambio no lo es con el concepto general de obra colectiva que establece el artículo 8 de la propia LPI, en tanto en cuanto dicho concepto parece presuponer la falta de sustantividad propia de las aportaciones que la integran y, por tanto, la negación de su carácter de obras autónomas, y con ello, precisamente, la imposibilidad de su acceso registral diferenciado de la propia obra colectiva (en este caso, el videojuego) a la que pertenecen. Y debe tenerse presente, a este respecto, que la forma de obra colectiva es muy frecuente (quizás la más frecuente) de elaboración de videojuegos.

Tanto razones de coherencia de la propia LPI como las consideraciones de orden práctico recién apuntadas llevan a concluir que el vigente sistema de inscripción múltiple no solo es poco útil, sino también escasamente adecuado a la realidad fáctica y legislativa actual, de modo que obras complejas como los videojuegos requerirían, una vez más, de un modelo de inscripción más avanzado que podría formar parte de un nuevo régimen integral específico de los videojuegos, o desprenderse de él de forma automática en un sentido distinto del que en la actualidad deriva de la LPI. ¿Cómo construir tal régimen? La premisa básica de la que debe partirse es que los videojuegos habrían de poder inscribirse como tales en el Registro de la Propiedad Intelectual, y no bajo la actual categoría general de programa de ordenador, dados los problemas recién reseñados. Estos problemas pueden ser de orden teórico, cifrados en la incoherencia del acceso registral con la definición legal de la obra colectiva en la LPI. Pero también pueden ser problemas de orden práctico, incluso derivados de los teóricos.

Así, puede suceder que el acceso registral autónomo de los elementos integrantes de un videojuego distintos del *software* sea problemático. Tal acontecería, por ejemplo, si el responsable de la práctica del asiento considera imposible concederlo precisamente alegando que la condición de obra colectiva de un videojuego resulta incompatible con la consideración de sus elementos integrantes distintos del *software* como obras autónomas, y en consecuencia, con la inscripción

registral de estas bajo tal condición, no pudiendo hacerlo tampoco dentro del asiento correspondiente al *software*. El modo de resolver este atolladero vendría de la mano de la previsión de un régimen propio del videojuego, y extraer las consecuencias pertinentes en lo que se refiere a los tipos de asientos practicables en el Registro de la Propiedad Intelectual. Lo primero requiere, necesariamente, una reforma de la LPI. Para lo segundo basta, en cambio, con una mera reforma reglamentaria del real decreto que desarrolla la mencionada ley en lo relativo a la organización y funcionamiento del referido registro.

Sería suficiente con la previsión de un régimen propio del videojuego en la LPI, recogiendo expresamente como categoría típica y específica de obra protegible en lo que hoy es el artículo 10 de dicha ley, añadiendo algún título o capítulo específico abordando su régimen concreto de protección. Aunque ese régimen no contuviese disposición expresa en materia registral (la opción inversa, la de expresa regulación, obviamente también resultaría posible), bastaría la mera existencia del nuevo régimen legal específico del videojuego para que el poder reglamentario del Gobierno pudiese extraer las consecuencias registrales de tal existencia por la vía de la reforma del Reglamento del Registro de la Propiedad Intelectual. Tal reforma habría de comprender, necesariamente, la previsión del videojuego como nuevo tipo específico, *nominatim*, de obra accesible al registro, generando la consiguiente categoría de asiento. Y precisamente con la regulación del nuevo tipo de asiento (bajo la rúbrica «Videojuego»), podría también el Gobierno prever los contenidos o elementos del videojuego accesibles al registro mediante dicho asiento. Esto es, prever la presentación de un ejemplar con un contenido y características idénticos (internas y externas) a los del videojuego en su versión final y que permita la ejecución autónoma de la obra con todas sus características.

Junto a la copia física, y en congruencia con la naturaleza de obra compleja conformada por la integración, a través del *software*, de varios elementos constitutivos (a saber, guion, imágenes y sonidos), quien sea autor del videojuego debería además aportar documentación acreditativa de cada uno de estos contenidos. Dicha documentación debería, además, contener los créditos que permitan reconocer a los autores de cada uno de tales elementos constitutivos, de modo similar a como actualmente acontece con las obras filmicas. Con ello se consigue servir a varias series de intereses. De un lado, y en relación con el videojuego como sistema único, la constancia registral de la serie de autores de los elementos integrantes de la obra compleja garantiza el respeto del reconocimiento de la autoría moral de estos autores con respecto a dicha obra compleja (o al menos, la contribución de dichos autores a la referida autoría moral conjunta). Al mismo tiempo, se logra un efecto adicional digno de tutela: la simultánea inscripción registral, con la consiguiente protección de aquellas aportaciones que, pudiendo constituir autónomamente obras dignas de protección por propiedad intelectual, no hayan sido separadamente inscritas, con la consiguiente economía procedimental.

Este último efecto resultaría especialmente relevante en el marco del régimen jurídico propio de los videojuegos que en el presente trabajo se propone, a tenor del cual los elementos integrantes del videojuego como obra unitaria siempre podrán ser explotados, en su caso, de manera autónoma, siempre y cuando no perjudiquen la del videojuego en su conjunto, tal y como en la

actualidad sucede (art. 88.2 de la LPI), por ejemplo, en el régimen específico del cine y demás obras audiovisuales no interactivas, cuya utilidad práctica ha sido ya suficientemente probada.

6. LA PIRATERÍA EN LOS VIDEOJUEGOS Y LA INAPLICABILIDAD DE LA COPIA PRIVADA: DERECHO VIGENTE Y PROPUESTAS *LEGE FERENDA*

En un reciente informe publicado por la Asociación Española de Distribuidores y Editores de Software de Entretenimiento (aDeSe), la principal organización representativa de la industria, uno de cada dos usuarios españoles piratea contenidos digitales y, de estos, siete de cada cien obtiene videojuegos de manera ilegal¹⁴. La cuestión de la piratería, es decir, la descarga o copia ilícita sin la correspondiente contraprestación económica, no solo afecta a las empresas y a la creación de empleo (se estima que el sector podría incrementar en más del 50% la nueva ocupación), sino que también es uno de los principales conflictos en relación con la tutela y defensa de los derechos de autor.

En este sentido, resulta importante analizar dicha cuestión al amparo del llamado derecho a la copia privada, esto es, el límite a los derechos de explotación previsto en el vigente artículo 31.2 de la LPI y su posible inaplicabilidad al caso del videojuego, al calificarse este como programa de ordenador y, por ello, someterse al régimen propio de gestión y limitación de los derechos de explotación para este tipo de obras que se establece en los artículos 99 y 100 de la LPI, respectivamente. A tenor del artículo 31.2 de la LPI, la copia privada de una obra protegida por la LPI está exenta de autorización por parte del autor (esto es, se establece como un claro límite a los derechos de explotación de su titular), estableciendo también el mencionado artículo, precisamente por esta limitación, una remuneración equitativa, que es la prevista en el artículo 25 de la LPI¹⁵.

Empero, la calificación jurídica del videojuego como programa de ordenador y, por lo tanto, la necesaria remisión al régimen específico disciplinado en los artículos 95 y siguientes de la LPI determinan que el precepto aplicable al contenido del derecho de explotación sea el 99 de la misma ley, el cual deroga el régimen general de copia privada en favor de una regulación propia y específica para el programa de ordenador (y, por ende, para el videojuego). En este caso, y en contraste con el artículo 31.2 de la LPI, el artículo 99 a) de la misma sí prevé la necesaria autorización del titular de los derechos de explotación del programa de ordenador para poder reprodu-

¹⁴ Informe elaborado por GFK, «Observatorio de piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales 2012», disponible en <http://www.adese.es/docs/documentacion/estudios-y-analisis>.

¹⁵ Actualmente, la regulación de la compensación equitativa por copia privada prevista en el artículo 25 de la LPI ha sido derogada por la disposición adicional décima del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. A diferencia del régimen original previsto en la LPI, esta disposición adicional prevé que la compensación equitativa se realice con cargo a los Presupuestos Generales del Estado por vía reglamentaria. El reglamento en cuestión apareció con el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

cirlo total o parcialmente, incluso para uso personal, por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria, y en particular para las operaciones de carga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento del programa de ordenador.

En consonancia con esta necesaria autorización por parte del titular de los derechos, decae todo derecho a la remuneración equitativa, conclusión que cabe extraer del hecho de que el vigente artículo 31.2 de la LPI prevé la inaplicabilidad del precepto para el caso de los programas de ordenador, circunstancia que se ve compensada, específicamente respecto a estos, con la regulación de la copia privada en el artículo 99 a) de la LPI. La necesaria autorización por parte del titular de los derechos de explotación del programa de ordenador para la realización de copia privada supone una excepción al régimen general de la copia privada y, al mismo tiempo, conlleva la inaplicación del derecho a remuneración equitativa, en tanto que no se produce una limitación en este derecho que la justifique. No obstante, los derechos de explotación del programa de ordenador también tienen algunos límites relevantes, que se recogen en el artículo 100 de la LPI. Junto a la lícita reproducción, transformación o corrección de errores del programa de ordenador cuando sean actos necesarios para su uso habitual (art. 100.1 de la LPI), el régimen específico del *software* prevé una figura particular que no debe confundirse con la copia privada: la copia de seguridad.

Este derecho, previsto en el artículo 100.2 de la LPI, tiene como objetivo la salvaguarda del uso habitual del programa de ordenador por parte de un usuario legítimo mediante la copia física del producto (videojuego en formato DVD, Blu Ray o similar) o copia digital (videojuegos *on-line* o en plataformas de distribución de contenidos como Steam u Origin). En este sentido, la copia de seguridad pretende garantizar la permanencia de los derechos adquiridos por el usuario legítimo de la obra al asumir la obsolescencia del soporte físico y los riesgos del modelo digital (por ejemplo, la pérdida de datos o la corrupción del sistema de archivos) y, al diferenciarse de la copia privada, la copia de seguridad tampoco genera remuneración equitativa para el titular de los derechos de explotación.

De otra parte, los artículos 100.3 y 100.4 de la LPI establecen la posibilidad de que el usuario legítimo pueda, por un lado, estudiar las ideas implícitas en el programa de ordenador y, por otro, realizar versiones sucesivas y programas derivados del original, salvo pacto en contrario con el autor. En cuanto al artículo 100.3 de la LPI, el estudio implícito de las ideas del programa de ordenador se traduce, en el caso del videojuego, a la cuestión de la interactividad y a su manifestación audiovisual y lúdica. La mayor parte de la lógica subyacente en el videojuego como programa de ordenador no solo responde al funcionamiento del sistema en sí mismo, sino también al tipo de experiencia de juego prescrita por el diseñador del producto.

Es más, gran parte del dominio del videojuego (lo que popularmente se conoce como dominar la curva de aprendizaje) se sustenta, en cierto modo, en la asunción de los patrones de comportamiento de la inteligencia artificial y su estrecha relación con el mundo de ficción evocado por el juego mediante el uso intensivo de la obra. De este modo, un jugador avanzado basará su estilo de juego gracias a las ideas implícitas del sistema que ha descubierto tras varias horas de experiencia interactiva y lúdica. No obstante, también cabe el estudio de las ideas de una manera más directa (en el sentido del tratamiento explícito del código fuente que configura el programa de ordenador) mediante la llamada ingeniería inversa, un proceso que consiste

en desenscriptar el programa de ordenador, y que siempre será lícito si el resultado final de la observación del código fuente no conlleva la copia o plagio de la obra protegida por la LPI¹⁶.

En el caso del artículo 100.4 de la LPI, los límites a los derechos de explotación se encauzan en el marco de la necesaria evolución del *software* mediante distintas actualizaciones y versiones más modernas. Esta constante mejora de la obra protegible es común en el caso de los videojuegos, en los que los parches autoinstalables y la actuación de terceros (por ejemplo, la adecuación de mejoras técnicas en plataformas de distribución de videojuegos *on-line* que requieren modificar los videojuegos en sí mismos) son muy habituales. Esta limitación habilita, además, una práctica cada vez más extendida: el *modding*. En tal supuesto, los usuarios acceden y modifican ciertos parámetros del videojuego para obtener versiones distintas (por ejemplo, modificando los gráficos o el sonido de un videojuego por otro, o creándolos ellos mismos) al amparo de esta limitación.

Los últimos preceptos que establecen limitaciones en relación con los derechos de explotación de los programas de ordenador en la LPI son los artículos 100.5, 100.6 y 100.7. Todos ellos regulan el régimen de la interoperabilidad del *software*, es decir, el derecho que ostenta el titular legítimo para poder investigar los programas de ordenador con el objetivo de facilitar la compatibilidad entre distintos programas, o entre el *software* y los sistemas físicos que lo reproducen (*hardware*), sin necesidad de autorización previa por parte del titular de los derechos de explotación. La cuestión de la interoperabilidad ha cobrado cada vez más importancia en el campo del videojuego al tratarse de un sector en el que los programas de ordenador deben transitar necesariamente entre distintos sistemas (por ejemplo, un juego multiplataforma que deba funcionar igualmente en consolas de distintas marcas) o deben relacionarse con distintos sistemas de *hardware* (por ejemplo, un juego que pueda hacer uso de un mando de control tradicional y, a la vez, de sistemas hápticos de captación de movimientos del jugador como modo de operar el videojuego).

Vista la situación *lege data*, y en relación con el propósito general a que responde el presente trabajo, cual es la propuesta de un régimen específico de protección mediante propiedad intelectual para el videojuego, así como las pautas esenciales para tal hipotético nuevo régimen legal, cabe destacar que la actual regulación de la LPI para el programa de ordenador en cuanto a la exclusión de la copia privada, la autorización implícita de la copia de seguridad y el establecimiento de los distintos límites ya descritos parece especialmente adecuada. Por un lado, se excluye al videojuego de la problemática existente, a día de hoy, en relación con la remuneración equitativa y al papel de las sociedades de gestión de derechos y, por otro, establece un conjunto de garantías para los usuarios legítimos y las demás empresas de videojuegos en lo atinente a la salvaguarda de la copia física, la necesaria actualización y mejora del *software*, la modificación creativa de contenidos (cada vez más usual en internet y en las comunidades de fans) y, finalmente, la hegemonía de la interoperabilidad, que permite a los desarrolladores de periféricos y videojuegos para múltiples plataformas trabajar directamente con las plataformas de juego y descubrir sus posibles incompatibilidades.

¹⁶ En este sentido, véase RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., *op cit.*, pág. 549.

A la vista de todo ello, la conclusión es obvia: todos estos aspectos deben integrarse en el régimen propio aquí propuesto para el videojuego. Por razones de coherencia normativa y buena técnica legal, la solución que aquí se propugna es incluir estas reglas en un título propio de la LPI, a fin de dispensar al videojuego una regulación propia coherente que aborde los aspectos esenciales de la problemática de estos en materia de propiedad intelectual sin acudir a reenvíos que, incluso, puedan resultar perturbadores, y todo ello sin perjuicio de la aplicabilidad subsidiaria de las reglas generales de la misma LPI en todo lo no previsto en dicho título propio, y en la medida en que resulte compatible con él.

7. CONSIDERACIONES FINALES

Como ha podido comprobarse a lo largo del presente trabajo, los videojuegos, sin lugar a dudas la industria cultural con mayor proyección de futuro en cuanto a generación de empleo e internacionalización, sigue sin tener un justo reflejo normativo en relación con la tutela de los derechos surgidos del trabajo creativo y artístico que conlleva la generación y desarrollo de este tipo de obras. La protección de los derechos de autor sobre ellas, con la vigente LPI en la mano, adolece de una evidente y grave obsolescencia por la falta de adaptación de dicho texto normativo a la actual realidad de la industria, tanto en relación con los derechos morales de creación de los videojuegos como en lo que respecta a la tutela efectiva de unos derechos de explotación que deben afrontar el reto de la digitalización, el *cloud computing* y la distribución de contenidos *on-line*.

En concreto, los videojuegos, posiblemente el sector que mejor está aprovechando las nuevas sinergias digitales transmedia, no solo no tienen regulación específica en la LPI a día de hoy, sino que además encuentran difícil encuadre general en ella (¿obra multimedia?, ¿obra audiovisual?, ¿base de datos?, ¿programa de ordenador?), al tratarse de una norma más pensada para la obra creativa tradicional (cine, música, pintura o libros) que para las obras complejas que se nutren de distintas y heterogéneas aportaciones, y además en el actual contexto tecnológico. Junto a la dispersión doctrinal y jurisprudencial de su calificación jurídica, ha sido propósito esencial de este trabajo el destacar las complejidades innecesarias a que da lugar la actual anomia en la LPI en relación con los videojuegos, en vivo contraste con la existencia efectiva de regímenes específicos para industrias creativas que han sido y siguen siendo cultural, social y económicamente relevantes en nuestro país, como el cine y la música, pero que, a día de hoy, juntas, no alcanzan el volumen económico que en la actualidad, en cambio, significan los videojuegos. Así, por ejemplo, esta ausencia de específica regulación y la necesidad, por razones de mayor afinidad (y en consecuencia, en términos técnico-jurídicos, por consideraciones de especialidad), de acudir al régimen del programa de ordenador contenido en los artículos 95 y siguientes de la LPI dan lugar a los problemas analizados en páginas precedentes.

Esto es, y recapitulándolos brevemente, la imposibilidad legal actual de otorgar reconocimiento de la condición de autor a la persona jurídica promotora de la creación de un videojuego cuando en la actualidad las empresas desarrolladoras con forma societaria tienen un importante (si no pre-

ponderante) papel, ocasionando un grave e innecesario perjuicio para un sector que ahora mismo y en el futuro previsible es pujante en la generación de contenidos digitales (y con ello, de actividad económica y de empleo). O las no justificadas diferencias de tratamiento legislativo, asimismo en relación con el reconocimiento de la condición moral de autor, en un entorno de edición y promoción empresarial, entre trabajadores asalariados y *freelancers*. O en la hoy innecesariamente problemática inscripción de videojuegos en expresa calidad de tales dentro del Registro de la Propiedad, dificultando, sin una razón material de peso que no sea la mera imprevisión, el que los creadores de estas obras puedan beneficiarse del valor probatorio, cifrado en la presunción de titularidad de los correspondientes derechos, que dispensa este organismo público, obligando así a una ilógica dispersión de la inscripción de las aportaciones (se suele inscribir, por separado, el programa de ordenador, el guion, los gráficos y los sonidos), lo cual impide que la industria del videojuego pueda aprovechar estas garantías registrales del mismo modo que lo hacen otras obras creativas complejas que sí tienen expresa previsión reglamentaria, como es el caso del cine. O bien, finalmente, las importantes cuestiones relacionadas con la piratería y la copia privada: la piratería, una de las grandes lacras del sector, e indirectamente, la cuestión de la copia privada, encuentran cobijo legal en la aplicación del régimen específico del programa de ordenador que regulan los artículos 95 y siguientes de la vigente LPI. No obstante, y aun asumiendo que a este respecto el régimen del programa de ordenador es muy favorable a los videojuegos, la posible aplicación de dicho régimen depende, en último caso, de una cuestión de calificación jurídica por parte de la jurisprudencia y, en ningún caso, de la propia LPI, que asimismo debería clarificar tales extremos por elementales razones de seguridad jurídica, a más de consideraciones ligadas a la propia operatividad práctica del sector.

A la vista de los anteriores conflictos jurídicos, y a falta de una específica previsión legal en la LPI de un régimen de protección por propiedad intelectual para los videojuegos, ha sido propósito esencial del presente trabajo la propuesta de introducción de un título (o al menos, de un régimen específico integrado por las pertinentes disposiciones legales) relativo a la protección de los derechos de propiedad intelectual en relación con ellos (esto es, en relación con los videojuegos), en consonancia con la actual relevancia de estos en términos no solo culturales, sino también económicos y de empleo, y más en un contexto de aguda crisis. Título o regulación que al menos pasaría, evocando en breves términos lo ya expuesto con mayor extensión en las páginas que anteceden, por un expreso reconocimiento nominal de los videojuegos como tipo específico de obra protegible mediante propiedad intelectual, en congruencia con la mencionada relevancia creativa, económica y social de esta clase de creaciones, para que pasen a tener un reflejo jurídico en la LPI en el mismo grado y forma que tienen otras industrias culturales al presente con un menor peso económico como el cine o la música, y en atención a las propias características ontológicas de los videojuegos (interactividad y participación esencial del receptor en la propia definición y conducción de la obra, carácter complejo por integración de imágenes, sonidos y guion en un único sistema de *software*).

A esta expresa tipificación en el listado legal de obras susceptibles de protección por propiedad intelectual en lo que hoy sería el artículo 10 de la LPI (o precepto o preceptos equivalentes en un eventual texto legislativo íntegramente renovado), habría de acompañar un régimen detallado específico de protección que vendría a solucionar los distintos problemas antes descritos, innecesarios en realidad, pero motivados por la sola imprevisión legal actual, armonizando los dis-

tintos derechos y obligaciones relativos a la creación de la obra por parte de los diversos actores implicados o eventualmente implicados (empresas promotoras y editoras, creadores en régimen de trabajo asalariado y *freelancers*). Se evitaría de este modo la vigente dispersión de regímenes (no siempre plenamente coherentes entre sí) que afecta a cada una de las aportaciones integrantes del conjunto único que es el videojuego. Y además, quedarían legislativamente clarificados aspectos esenciales de su protección mediante propiedad intelectual, como los examinados en relación con la inscripción registral, la lucha contra la piratería o la cuestión de la copia privada o de seguridad en su condición de límite a los derechos de explotación, en lo que respecta a la concreción de sus parámetros definitorios, su contenido y, al tiempo, sus propios límites o restricciones en beneficio del interés general consistente en la protección de la labor creativa de los autores.

Bibliografía

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DISTRIBUIDORES Y EDITORES DE SOFTWARE DE ENTRETENIMIENTO (aDeSe) [2012]: *Anuario 2012 de la industria de los videojuegos*, Madrid, disponible en <http://www.adese.es/anuario2012/mobile>

BERCOVITZ, R. (coord.) [2007]: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos.

ENCABO VERA, M. Á. [1999]: «Las obras multimedia», en ROGEL VIDE, C. (coord.): *Nuevas tecnologías y propiedad intelectual* (págs. 71-84), Madrid, editorial Reus.

ESTEVE PARDO, M.^a A. [1997]: *La obra multimedia en la legislación española*, Pamplona, editorial Aranzadi.

LIPSZYC, D. [2004]: *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*, París, UNESCO.

MARTÍN SALAMANCA, S. [2011]: «La cuestión en las obras cinematográficas, los formatos televisivos y las adaptaciones cinematográficas de videojuegos: cuando las ideas se hacen imágenes», en ROGEL VIDE, C. y SÁIZ, C. (coords.): *Ideas, bocetos, proyectos y derecho de autor* (págs. 97-122), Madrid, editorial Reus.

RODRÍGUEZ PARDO, J. [2003]: *El derecho de autor en la obra multimedia*, Madrid, Dykinson.

RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. [2007]: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Cizur Menor, Navarra, editorial Aranzadi.

SÁIZ GARCÍA, C. [2002]: *Obras audiovisuales y derechos de autor*, Cizur Menor, Navarra, editorial Aranzadi.