

CONTRA LAS ARENAS DEL TIEMPO, EL MOVIMIENTO *ABANDONWARE* COMO HERRAMIENTA DE PRESERVACIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL DE LOS VIDEOJUEGOS

Por Jaime DELGADO GARCÍA-POMAREDA
Abogado en Bird & Bird¹

RESUMEN:

El objetivo del presente trabajo es analizar el encaje de los videojuegos en el panorama legal y jurisprudencial actual, particularmente en lo relativo a la figura del dominio público. Los juegos electrónicos, como obras intelectuales, cuentan con determinadas características y particularidades que impiden que esta institución se adapte a la realidad de su ciclo vital y de explotación. En respuesta a dichas carencias, surge el movimiento *abandonware*: la calificación dada a videojuegos fuera del circuito comercial cuyos titulares de derechos no los ponen a la venta o que no pueden ser localizados. Particulares o asociaciones ponen así a disposición de los usuarios copias digitales de títulos descatalogados o discontinuados, justificando estos actos de explotación por medio de diferentes argumentos: desde afirmar que, al no comercializarlos, los titulares no sufren perjuicio económico alguno, o amparándose en interpretaciones de la excepción de copia privada. El artículo pretende compatibilizar la labor de conservación y puesta a disposición que realiza el movimiento *abandonware* con los intereses de los titulares de derechos, así como subrayar la importancia de que estos videojuegos no se lleguen a perder por el transcurso del tiempo y la sobreprotección de los derechos de propiedad intelectual implicados. Mediante la creación de una figura previa a la entrada de estos derechos en dominio público, aprovechando la reciente transposición de la Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital, se propone una solución que permita a todas las partes implicadas beneficiarse y disfrutar de estas obras, integrantes del patrimonio cultural, y preservarlas para que generaciones futuras las puedan apreciar.

PALABRAS CLAVE: Videojuegos, *abandonware*, propiedad intelectual, *software*.

¹ Los puntos de vista expresados en este artículo son personales y no pretenden reflejar la posición de la firma en la que el autor presta sus servicios.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SOBRE LA INSTITUCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO. III. VIDEOJUEGOS, PROPIEDAD INTELECTUAL Y ABANDONWARE. 1. CARACTERÍSTICAS DEL SECTOR DE LOS VIDEOJUEGOS. 2. EL MOVIMIENTO *abandonware*. 2.1. ¿Por qué los titulares de derechos no comercializan sus videojuegos? 2.2. ¿Por qué los titulares de derechos no emprenden acciones legales contra los integrantes del movimiento *abandonware*? IV. ENCAJE LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL ABANDONWARE. 1. POSIBLES VÍAS DE LEGITIMACIÓN LEGAL DEL *abandonware*. 2. EL *abandonware* EN LA PRÁCTICA JUDICIAL: ANÁLISIS DE PRECEDENTES EN ESTADOS UNIDOS. V. EN BUSCA DEL EQUILIBRIO ENTRE EL ABANDONWARE Y EL DOMINIO PÚBLICO. 1. EL *abandonware* COMO RESPUESTA ECONÓMICA A UNA DEMANDA NO SATISFECHA. 2. UNA POSIBLE ADAPTACIÓN DEL MARCO LEGISLATIVO EUROPEO PARA DAR CABIDA AL ABANDONWARE. VI. CONCLUSIONES.

TITLE: *AGAINST THE SANDS OF TIME, THE ABANDONWARE MOVEMENT AS A TOOL FOR THE PRESERVATION OF VIDEO GAME CULTURAL HERITAGE.*

ABSTRACT: The aim of this paper is to analyze how video games fit into the current legal and jurisprudential landscape, particularly with regard to the figure of the public domain. Video games, as intellectual works, have certain characteristics and particularities that prevent this institution from adapting to the reality of their life cycle and exploitation. The *abandonware* movement has arisen in response to these shortcomings. *Abandonware* is the qualification given to video games outside the commercial circuit whose rights holders do not offer them for sale or cannot be located. Digital copies of out-of-print or discontinued video games are thus made available to users, generally by individuals or associations, who justify these acts of exploitation using varied arguments: from claiming that, by not marketing them, the owners do not suffer any economic loss, or by relying on interpretations of the private copying exception. The article aims to reconcile the work of preservation and making available carried out by the *abandonware* movement with the interests of rights holders, as well as to underline the importance of not losing these video games due to the passage of time and the overprotection of the intellectual property rights involved. By creating a figure prior to the entry of these rights into the public domain, taking advantage of the recent transposition of the Directive on copyright in the digital single market, a solution is proposed that allows all parties involved to benefit from and enjoy these works, which are part of the

cultural heritage, and to preserve them for future generations to appreciate.

KEY WORDS: Video games, *abandonware*, intellectual property, software.

CONTENTS: I. INTRODUCTION. II. ON THE INSTITUTION OF THE PUBLIC DOMAIN. III. VIDEO GAMES, INTELLECTUAL PROPERTY AND *ABANDONWARE*. 1. CHARACTERISTICS OF THE VIDEO GAME INDUSTRY; 2. THE *abandonware* MOVEMENT. 2.1. *Why do right holders not commercialize their video games?* 2.2. *Why do right holders not take legal action against the members of the abandonware movement?* IV. LEGAL AND JURISPRUDENTIAL FRAMEWORK OF *ABANDONWARE*. 1. POSSIBLE WAYS OF LEGAL LEGITIMIZATION OF *abandonware*. 2. *Abandonware* IN JUDICIAL PRACTICE: AN ANALYSIS OF PRECEDENTS IN THE UNITED STATES. V. THE SEARCH FOR A BALANCE BETWEEN *ABANDONWARE* AND THE PUBLIC DOMAIN. 1. *Abandonware* AS AN ECONOMIC RESPONSE TO UNMET DEMAND. 2. A POSSIBLE ADAPTATION TO THE EUROPEAN LEGISLATIVE FRAMEWORK TO ACCOMMODATE *abandonware*. VI. CONCLUSIONS.

I. INTRODUCCIÓN

«Everything not saved will be lost».
Nintendo. Mensaje de pantalla al apagar la consola.

Nuestra Constitución, al igual que la de numerosos países², consagra el derecho al acceso a la cultura de todos los ciudadanos, promovido y tutelado por los poderes públicos³. Una de las facetas de este derecho es la figura del dominio público, por medio de la cual, los derechos sobre obras de propiedad intelectual pasan a ser de libre explotación por parte de la sociedad, transcurrido un plazo de tiempo determinado.

Esta herramienta ha permitido el acceso libre por parte de la sociedad a innumerables obras, así como supuesto un impulso a la creatividad de miles de autores, propiciando el uso de personajes, elementos artísticos o historias en nuevas creaciones culturales.

Sin embargo, la configuración del período temporal que transcurre entre la muerte del autor o la publicación de la obra y su entrada en el dominio público

² Como, por ejemplo, Italia y México.

³ Artículo 44 de la Constitución Española.

—conocido, en referencia a la muerte del autor, como *post mortem auctoris*— adolece a día de hoy de ciertas deficiencias.

Estas carencias impiden que los beneficios que esta figura concede a los ciudadanos se extiendan a todas las categorías de obras creativas: por ejemplo, en España los derechos de explotación de las obras de propiedad intelectual tienen una duración de entre 70 y 80 años tras la muerte de su autor o la divulgación lícita de la obra⁴. Este intervalo es fijo, sin entrar en consideraciones sobre las características de la creación intelectual que entre en el dominio público.

Es cierto que el transcurso de un período de 70 u 80 años para la entrada en el dominio público de obras como libros, composiciones musicales o esculturas puede considerarse ajustado a las ventanas de explotación de sus derechos y la adecuada retribución de sus autores. No obstante, como se desarrollará a lo largo del presente artículo, categorías de obras de más reciente desarrollo tecnológico —como los videojuegos o los programas de ordenador— cuentan con ciclos de comercialización y explotación mucho más reducidos. En la práctica esto supone que estas obras probablemente nunca entren en el dominio público de forma efectiva, dado que una vez cumplido el plazo determinado legalmente la obra puede estar completamente obsoleta e inoperable con los sistemas y plataformas que puedan reproducirla.

Tal vez el ejemplo más gráfico de esta discordancia es el hecho de que el primer ordenador personal («PC», por sus siglas en inglés) fue puesto a venta el 12 de agosto de 1981, por lo que a fecha de redacción del presente artículo quedarían aún 30 años para la entrada en el dominio público de cualquier programa de ordenador o videojuego que fuera publicado entonces en dicho sistema.

En este sentido, desafortunadamente existe una gran cantidad de títulos de videojuegos antiguos que, por diversas circunstancias, no serán puestos nunca más a la venta. Esto impide a los usuarios disfrutar de obras a las que, por cualquier motivo, no pudieron acceder a lo largo de su reducida ventana de comercialización, y por las que estarían dispuestos a abonar las cantidades que correspondieran. Cientos de títulos se pierden así en las arenas del tiempo, y pasan a poblar cementerios digitales de obras que no volverán a ser accesibles para el público, pese a estar vigente la protección de sus derechos de propiedad intelectual.

Estas particulares circunstancias han dado origen al concepto de «*abandonware*» (del inglés, «*abandoned software*»), entendiendo como tal todos aquellos programas de ordenador —y particularmente videojuegos— que, debido a su

⁴ Artículos 26 al 30 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual

antigüedad, han quedado descatalogados, ya no se comercializan o cuyos titulares de derechos no pueden ser localizados⁵.

Lo anterior ubica a los videojuegos considerados *abandonware* en un «limbo» comercial, hasta su entrada en el dominio público: el movimiento *abandonware* existe en un relativo estado de tolerancia por parte de los titulares de derechos de propiedad intelectual afectados, que habitualmente eligen no actuar contra los actos de reproducción, transformación y puesta a disposición del público que implica el acceso y divulgación de estos videojuegos.

El objeto de este artículo es, por tanto, el análisis de la adecuación de la vigente configuración del dominio público con categorías de obras protegidas relativamente recientes, como son los programas de ordenador y, en particular, los videojuegos, así como la interacción de esta figura con el movimiento *abandonware*.

El análisis se centra en la figura de los videojuegos debido a varios motivos, principalmente: (i) son susceptibles de ser considerados como auténticas obras artísticas y narrativas, lo que justificaría el interés en su acceso efectivo al dominio público; (ii) al ser comercializados en diversas plataformas —consolas, ordenadores, etc.—, cuentan con un ciclo de explotación reducido, y fuertemente dependiente de la tecnología disponible para los consumidores; y (iii) debido a esto, existen numerosas iniciativas para la conservación, preservación y disfrute de videojuegos cuya explotación ha sido interrumpida, finalizada, o que de cualquier otro modo resultan inaccesibles comercialmente a los consumidores.

El artículo comenzará analizando la figura del dominio público, tanto desde una perspectiva histórica como conceptual. De su fundamento y desarrollo temporal se pretenden señalar las principales deficiencias que esta institución posee: desde un punto de vista doctrinal y en la práctica, la duración del plazo de caducidad de las obras sometidas al régimen de propiedad intelectual puede ser considerado excesivo si se atiende a determinados usos o categorías de obras. En particular —y como se ha señalado—, a día de hoy el régimen del dominio público tiene una nula aplicabilidad efectiva sobre los videojuegos. Como consecuencia de lo anterior, los plazos determinados para el paso de

⁵ Tal y como se dispone en una de las múltiples páginas que forman parte del movimiento *abandonware*, este se define como «(...) un producto, normalmente un software, ignorado por su propietario y el fabricante, y para el que no se dispone de soporte oficial. Aunque este tipo de software suele estar todavía bajo derechos de autor, el propietario puede no hacer un seguimiento de las infracciones de estos derechos. Dentro de un contexto de derechos de propiedad intelectual, el *abandonware* es un subcaso del concepto general de obras huérfanas. Los museos y diversas organizaciones, dedicadas a preservar este software, siguen proporcionando acceso legal. Las definiciones de “abandonado” varían, pero en general es como cualquier artículo abandonado —es ignorado por el propietario, y como tal, el apoyo al producto y la posible aplicación de los derechos de autor también se “abandona”.» Fuente: <http://www.abandonwarering.com/?Page=FAQ>

obras creativas al dominio público han sido establecidos de manera unitaria, sin tener en cuenta las particularidades que de los diferentes tipos de expresiones artísticas se derivan.

A continuación, se detallarán las características específicas de los videojuegos como obras de propiedad intelectual, así como las particularidades de su mercado y ciclo de explotación. Como obras multimedia, su calificación jurídica no es uniforme por parte de la doctrina y los diferentes ordenamientos internacionales. Esto, sumado a las particularidades señaladas de su ciclo de explotación, ha provocado el surgir de movimientos como el del *abandonware*.

Una vez expuestas las principales características del *abandonware*, el artículo examina su encaje legal en el sistema legal español y europeo, los motivos que han dado lugar a su aparición y desarrollo, la postura de los titulares de derechos de propiedad intelectual e industrial afectados por este movimiento, y analiza algunos precedentes judiciales estadounidenses relevantes.

Del estudio de todo lo expuesto, se pretende encontrar una solución que dé respuesta a las necesidades de los usuarios y asociaciones que han dado lugar a la expansión del movimiento *abandonware*, sin perjudicar los legítimos intereses de los derechohabientes afectados.

Se espera lograr este punto de equilibrio mediante la complementación del dominio público con una figura intermedia, que logre suplir las deficiencias prácticas de esta institución en el sector de los videojuegos.

La relativamente reciente irrupción de los videojuegos en el panorama actual conlleva que los mecanismos de protección y explotación de los derechos de propiedad intelectual no estén perfectamente adaptados a las particularidades de estas creaciones. Por ello, se pretende proponer soluciones jurídicas que aprovechen tanto el marco legislativo actual como las iniciativas de usuarios y particulares, destinadas al acceso y difusión de obras de propiedad intelectual —como son los videojuegos— con gran impacto y relevancia en la sociedad actual.

II. SOBRE LA INSTITUCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO

El régimen de propiedad intelectual en España configura los derechos de autor como un derecho de propiedad sobre bienes intangibles, regulados en la actualidad por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, «TRLPI»). Debido a la naturaleza de estos derechos, supletoriamente al TRLPI resultan aplicables las reglas generales sobre la propiedad del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil («CC»). Sin embar-

go, el propio artículo 429 CC —en el que se establece esta interrelación entre ambos textos legales— menciona una de las principales diferencias entre los derechos de autor y los demás derechos de propiedad del ordenamiento español: su duración.

Mientras que el disfrute y la explotación de la propiedad sobre bienes materiales encuentra su único límite temporal en la desaparición o destrucción de dicho bien, la propiedad intelectual se caracteriza por su vigencia limitada en el tiempo. Se pretende conjugar así la protección de los derechos de exclusiva del titular con la promoción, difusión y fomento de la creación de obras, que incremente el patrimonio cultural de la sociedad⁶.

Una vez transcurrido dicho plazo, los derechos de explotación sobre la obra pasan a formar parte del «dominio público». Se entiende como dominio público el momento en que una obra o bien cultural pasa a estar bajo la apropiación y el control de la sociedad en conjunto, otorgando libres facultades a todos los ciudadanos para su disfrute y explotación. Las obras que hayan pasado a dominio público pueden ser explotadas comercial y artísticamente con plena libertad, siempre y cuando se respeten los derechos morales de paternidad⁷ e integridad⁸ del autor.

El concepto de dominio público —en comparación con la historia de creación artística y cultural de la humanidad— es de creación relativamente reciente, ya que data del siglo XIX. Tradicionalmente y antes de la existencia de los derechos de autor, el desempeño de la creación artística estaba principalmente restringido a la posesión de privilegios y a la sumisión a una censura previa; la libre reproducción y publicación de obras de arte de autores, vivos o fallecidos, ciertamente contaba con un escaso margen de actuación antes de la implementación de la figura del dominio público⁹.

No fue hasta septiembre de 1886 cuando se firmó el primer acuerdo internacional que reconocía la exclusividad de los derechos de los creadores sobre sus obras artísticas, el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas (en adelante, «Convenio de Berna»); se pretendía así armonizar la

⁶ En palabras de J. RAMOS TOLEDANO: «Esta presunción implícita en las normas encuentra su límite (temporal) en la necesidad de que la población pueda acceder a las obras protegidas. Es decir, las normas de propiedad intelectual parten de la idea de que se debe promover tanto la creación de obras artísticas e intelectuales como el acceso de la gente a éstas. Para lo primero, se presume necesaria la existencia de derechos patrimoniales exclusivos. Para lo segundo, la limitación temporal de los mismos.», «La apropiación del dominio público y las posibilidades de acceso a los bienes culturales», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Número 35 (2017), p. 142.

⁷ La facultad del autor del reconocimiento de la autoría de su obra con su nombre.

⁸ El derecho del autor a impedir deformaciones, alteraciones o modificaciones sobre su obra, que supongan un perjuicio a sus intereses legítimos o a su reputación.

⁹ S. DUSOLIER, «Estudio exploratorio sobre el derecho de autor y los derechos conexos y el dominio público», *Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, (2011), p. 15.

regulación mundial sobre la protección de los derechos de los autores y sus obras. Este tratado —suscrito en la actualidad por más de 160 países— se basa, entre otros, en los principios de protección mínima e igualdad de trato. En consecuencia, todos los Estados adscritos deben reconocer una serie de derechos mínimos, en virtud de los cuales deberán tratar a los autores y creadores procedentes de otro país firmante como si fueran sus propios nacionales. Entre esos derechos, el artículo 7 del Convenio de Berna estableció una duración mínima de cincuenta años de los derechos de explotación de las obras protegidas por dicho tratado; transcurrido dicho plazo, dichas obras pasarían a formar parte del dominio público. El objetivo de dicho plazo mínimo de protección tras la muerte del autor era el de proteger los derechos del autor, y asegurar que ese período cubriera las dos primeras generaciones de sus descendientes.

Debido a su antigüedad, la redacción inicial del Convenio de Berna no reconoce derechos a ciertos tipos de obras y prestaciones protegidas, como son los programas de ordenador o las bases de datos. No obstante, posteriores acuerdos, como el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio («ADPIC») complementaron y actualizaron las disposiciones del Convenio de Berna, de cara a adaptarlo a la realidad tecnológica y cultural posterior.

Una de estas actualizaciones se refleja en el artículo 10 del ADPIC, por medio del cual se equipara a los programas de ordenador la protección otorgada a las obras literarias por el Convenio de Berna. Esta equivalencia entre las obras literarias y los programas informáticos supone que a estos últimos se les aplica el plazo general de protección de las obras creativas, impidiendo la aplicación de los plazos más breves establecidos, por ejemplo, para las meras fotografías o el arte aplicado.

Por otro lado, la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993 («Directiva Armonización») estableció una duración única de 70 años a partir de la muerte del autor para los derechos de autor y afines en toda la Unión Europea. Aquellos Estados miembros que concedieran un período de protección más largo al determinado por dicha Directiva no verían ese plazo reducido, si bien los restantes Estados miembros no respetarían el período que sobrepasara de los 70 años¹⁰. Tal y como señala el Considerando (5) de la Directiva Armonización, el plazo mínimo de protección por 50 años previsto por el Convenio de Berna había devenido insuficiente para abarcar dos generaciones de descendientes, dada la prolongación del promedio de esperanza de vida en la Unión Europea.

Pese a estos intentos de armonización global, el plazo determinado para que una obra entre en el dominio público no es homogéneo entre diferentes le-

¹⁰ Artículo 10, Directiva 93/98/CEE del Consejo de 29 de octubre de 1993 que armoniza el plazo de protección de los derechos de autor y ciertos derechos afines.

gislaciones: a título ejemplificativo, en España los derechos de explotación de una obra duran toda la vida de su autor y hasta ochenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento¹¹; en Estados Unidos, hasta noventa y cinco años después de la muerte de su autor¹²; y en el Reino Unido, hasta setenta años desde dicha fecha¹³.

Así, si bien el plazo de caducidad de los referidos derechos económicos suele ser de 70 años tras la muerte del autor, entre las diferentes normativas internacionales puede variar entre aproximadamente los cincuenta y los cien años¹⁴.

En España, inicialmente la Ley de 10 de enero de 1879 de propiedad intelectual configuró un término de toda la vida del autor, transmitiéndose la propiedad intelectual a sus causahabientes por un plazo de ochenta años. Los derechos de propiedad intelectual que hubieran sido transmitidos *inter vivos* terminarían veinticinco años después de la muerte del autor, pasando a ser titularidad de sus herederos forzosos durante los cincuenta y cinco años restantes. Si el autor no tuviera herederos forzosos, el derecho de los adquirentes duraría ochenta años desde su fallecimiento¹⁵.

Seguidamente, la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual estableció una duración de los derechos de explotación de sesenta años desde la muerte o declaración de fallecimiento del autor¹⁶. Por último, la vigente versión del TRLPI añadió diez años al plazo establecido por la ley anterior, quedando el plazo actual en toda la vida del autor y setenta años desde su declaración de fallecimiento o muerte, u ochenta años para las obras de autores fallecidos antes de 1987¹⁷.

La doctrina jurídica ha criticado estos plazos tanto por el hecho de que los derechos de propiedad intelectual no sean derechos temporalmente ilimitados

¹¹ Si bien el artículo 26 TRLPI establece una duración de 70 años tras la muerte o declaración de fallecimiento de un autor, lo cierto es que la disposición transitoria cuarta del TRLPI establece: «*Los derechos de explotación de las obras creadas por autores fallecidos antes del 7 de diciembre de 1987 tendrán la duración prevista en la Ley de 10 de enero de 1879 sobre Propiedad Intelectual*», es decir, 80 años.

¹² La ley que estableció dicho plazo, la «Copyright Term Extension Act», se conoce peyorativamente como la «Mickey Mouse Protection Act», dado que la extensión que estableció para los plazos de entrada en el dominio público coincidió con la próxima caducidad de los derechos sobre los primeros cortos en los que aparecía este personaje animado. Actualmente, Mickey Mouse no entrará en el dominio público hasta el 1 de enero de 2024. <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2013/10/25/15-years-ago-congress-kept-mickey-mouse-out-of-the-public-domain-will-they-do-it-again/>

¹³ Copyright, Designs and Patents Act 1988, 1988 C.48, Part I, Chapter I, Duration of Copyright.

¹⁴ Al respecto, puede consultarse el siguiente enlace <https://www.rightsdirect.com/international-copyright-basics/>

¹⁵ Artículo 6 Ley de 10 de enero de 1879 de propiedad intelectual.

¹⁶ Artículo 26 Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual.

¹⁷ Artículo 26 TRLPI y Disposición transitoria cuarta TRLPI.

—al igual que los derechos de propiedad convencional—, como por su excesiva duración.

En el primero de los sentidos, algunos autores han defendido que los derechos de explotación de la propiedad intelectual deberían carecer de límite temporal, argumentando que no existe justificación alguna para que los herederos de los autores cuenten con derechos más restringidos que los herederos de los propietarios de los bienes materiales en los que se incorpora la obra¹⁸.

Proponen así la equiparación de estos derechos de propiedad intangibles con los ya aplicables a los derechos de propiedad tradicionales, de duración ilimitada. Se esgrime así que no hay motivo para que los herederos de autores no cuenten con los mismos derechos que los herederos de propietarios de bienes materiales; al fin y al cabo, los causahabientes de un autor pueden ser responsables de una labor de desarrollo cultural muy superior a la de titulares de bienes tangibles, lo que podría hacerles merecedores de una mayor protección de sus derechos que la otorgada a estos últimos¹⁹.

Si bien la tendencia histórica ha sido, como se ha visto, la de ampliar el plazo de duración de los derechos de autor, lo cierto es que la pretensión de extenderlo ilimitadamente no ha llegado a cristalizar en ningún ordenamiento jurídico.

Por otro lado, la principal crítica a la extensión desmesurada del plazo para el paso de las obras al dominio público es que depende de una cierta arbitrariedad, como puede observarse si se analiza la evolución del período *post mortem auctoris* dentro del ordenamiento español²⁰.

Se argumenta, asimismo, que esta excesiva duración no beneficia a los particulares, siendo ventajosa únicamente para las empresas dedicadas a la comercialización de obras creativas: emisoras de radio y televisión, plataformas de *streaming*, editores, productores de discos, etc.²¹.

Así, las modificaciones y ampliaciones de estos plazos no son determinadas atendiendo a las características o el ciclo de explotación de las nuevas tipologías de obras que se van desarrollando con el transcurso del tiempo, sino que obedecen a tendencias y cambios legislativos que se aplican de manera prácticamente unitaria a todas las obras sujetas a derechos de propiedad intelectual.

¹⁸ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Introducción a la propiedad intelectual», *Manual de Propiedad Intelectual*, (Coord. R. Bercovitz), 7ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, (2017), p. 24.

¹⁹ Ídem.

²⁰ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al Capítulo Primero del Título III», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Coord. R. Bercovitz), Tecnos, Madrid, 3ª edición, (2007), p. 509.

²¹ S. DÍAZ ALABART, «Tomo V, Vol. 4º-B: Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual», ALBADALEJO, M.; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, (1995), pp. 2-3.

Una normativa de gestión de derechos de propiedad intelectual que sea realmente comprehensiva debe tener en cuenta las diferencias entre las características de cada tipo de expresión artística: aplicar un marco legal común a los derechos y facultades de explotación de esculturas, cuadros, canciones, poemas, videojuegos o realidad virtual está abocado al surgimiento de contradicciones y disparidades. El ejemplo comúnmente citado en este debate es el hecho de que una película, una vez entra en el dominio público, al día siguiente de que se cumpla este plazo puede estar disponible para los particulares por medio de Internet, sin necesidad de pagar por su visionado. Sin embargo, un archivo musical que contenga un concierto de música clásica cuyo autor haya fallecido hace siglos puede no haber pasado a dominio público, si su grabación es reciente²². O, como se pretende señalar en este artículo, a día de hoy no existe ni un sólo videojuego que haya pasado a ser considerado de dominio público, pese a que los primeros títulos de estas obras pueden considerarse esencialmente la prehistoria del sector.

Algunos autores señalan que la aplicabilidad de estos plazos generales a videojuegos y programas de ordenador resultan, a todas luces, excesivos, dado que el transcurso de este plazo determinará que se acabe protegiendo un bien obsoleto y sin ningún valor económico, lo que carece de justificación jurídica alguna²³. Se cita también que en la Unión Europea, exceptuando a autores, ejecutantes y editores, los demás sujetos afectados consideran que es necesario reducir los plazos de protección de los derechos de propiedad intelectual, particularmente, sobre bases de datos y programas de ordenador²⁴.

Es por esto que puede afirmarse que la configuración actual de la figura del dominio público muestra ciertas carencias, al no adaptarse su duración ni funcionamiento a las diferencias existentes en gestión, comercialización, acceso y temporalidad de las numerosas categorías de obras creativas que existen.

Como objetivos para una regulación del dominio público que resulte de verdadera utilidad, diversos autores señalan la necesidad de encontrar una duración razonable, que permita al resto de autores basarse durante su proceso creativo en la obra de autores anteriores en el tiempo²⁵ y el abaratamiento del acceso

²² J. RAMOS TOLEDANO «La apropiación del dominio público y las posibilidades de acceso a los bienes culturales», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Número 35 (2017), p. 149.

²³ J.P. APARICIO VAQUERO, «Los programas de ordenador como obras sujetas al derecho de autor: excesos e insuficiencias del marco normativo y sorprendentes desarrollos jurisprudenciales», *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, nº 48 (septiembre-diciembre 2014), p. 37.

²⁴ En respuesta a la pregunta nº 20, «Are the current terms of copyright protection still appropriate in the digital environment?», Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules, de la Dirección General de Mercado Interior y Servicios, (julio 2014), pp. 27 y ss.

²⁵ N. MORALES IMBERNÓN, «Comentario al artículo 7» en *Comentarios al Convenio de Berna*, (Coord. R. Bercovitz), Tecnos, Madrid, 2013, p. 488.

a la cultura, en contraposición con los intereses económicos y de explotación de los autores de obras y prestaciones protegidas²⁶.

III. VIDEOJUEGOS, PROPIEDAD INTELECTUAL Y ABANDONWARE

La figura del videojuego no aparece reseñada como tal en el listado de obras y títulos originales que enumera el artículo 10 TRLPI, si bien inicialmente resultaría tentador clasificarlos simplemente como programas de ordenador.

Sin embargo, la definición legal de programa de ordenador únicamente abarca, según el artículo 96 TRLPI, la secuencia de instrucciones o indicaciones que los sistemas informáticos empleen directa o indirectamente para ejecutar una función, tarea o resultado. No cabe duda de que un videojuego, en este sentido, puede llegar a incluir numerosos elementos más allá del código necesario para su funcionamiento, tales como vídeos, pistas de música, ilustraciones, o incluso interpretaciones de actores y actrices.

En consecuencia, existen diversas corrientes doctrinales relativas a su encaje y clasificación dentro de la legislación de propiedad intelectual, siendo una de las más extendidas su consideración como obra multimedia: creaciones digitales que incluyen, además de un programa de ordenador, categorías de obras adicionales con las que el usuario interactúa por medio de dicho *software*²⁷.

Dentro de la concepción de los videojuegos como obra multimedia, la doctrina más extendida distingue dos tipos de elementos protegibles: en primer lugar, la secuencia de instrucciones que componen el *software*; y en segundo, los elementos que componen la presentación visual de la obra multimedia con la que se interactúa al jugarlos²⁸. Como se ha visto, los videojuegos pueden estar disponibles en un gran número de plataformas de *hardware*, para cuya interoperabilidad es necesario adaptar el código que constituye el programa de ordenador.

Asimismo, la mayor parte de los videojuegos pueden clasificarse como obras colectivas, en virtud del artículo 8 TRLPI. En efecto, los juegos electrónicos suelen ser creados por medio de la iniciativa y coordinación de una persona física o jurídica —si bien habitualmente será una empresa distribuidora o de-

²⁶ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Introducción a la propiedad intelectual», *Manual de Propiedad Intelectual*, (Coord. R. Bercovitz), 7ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, (2017), p. 23

²⁷ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La obra», *Manual de Propiedad Intelectual*, (Coord. R. Bercovitz), 7ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, (2017), p. 70.

²⁸ A idéntica conclusión conduce el artículo 12.3 LPI, que distingue la base de datos electrónica del programa de ordenador necesario para su creación y utilización., ver también R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La obra», *Manual de Propiedad Intelectual*, (Coord. R. Bercovitz), 7ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, (2017), pp. 70-71.

sarrolladora, conocidas como *publishers*— y contando con las aportaciones de diferentes autores, como artistas digitales, guionistas, compositores, etc. Estas contribuciones se unen en la creación única y autónoma que es el videojuego, cuyos derechos concede el artículo 8 TRLPI a la entidad que lo edite y divulgue bajo su nombre —en el caso de los videojuegos, generalmente un *publisher*—.

1. CARACTERÍSTICAS DEL SECTOR DE LOS VIDEOJUEGOS

Una de las principales características de la comercialización de los videojuegos como obra intelectual es precisamente su compleja ventana de explotación. Mientras que obras como las escultóricas o literarias no requieren más que su observación o interacción física para su disfrute por parte de los aficionados, los videojuegos forman parte de un panorama tecnológico complejo, que requiere tener en cuenta diversos factores a la hora de valorar su disponibilidad al público.

En resumidas cuentas, podría decirse que son dos los principales factores que determinan la «vida útil» de un videojuego: (i) posibles acuerdos de exclusividad con el *publisher* —o distribuidor— o desarrollador de estas plataformas; y (ii) el ciclo vital y comercial de la consola o plataforma para la cual está diseñado.

En primer lugar, los acuerdos de desarrollo de videojuegos en exclusiva son casi una seña de identidad del sector. Prácticamente desde el nacimiento de la industria de los videojuegos, los *publishers* y desarrolladores han asegurado su competitividad y creado alicientes para la compra de sus plataformas por medio de contratos de exclusiva.

De este modo, aquellos jugadores que quieran seguir, por ejemplo, la historia narrada en la saga de videojuegos «God of War» únicamente podrán hacerlo mediante la adquisición de las consolas diseñadas y comercializadas por Sony Group Corporation; que son, en orden de lanzamiento: PlayStation 2 («God of War», 2005; «God of War II», 2007), PlayStation Portable («God of War: Chains of Olympus», 2008; «God of War: Ghost of Sparta», 2010), PlayStation 3 («God of War III», 2010; «God of War: Ascension», 2013), y PlayStation 4 («God of War IV», 2018)²⁹.

En segundo lugar, como puede verse en el eje cronológico de lanzamientos detallado en el párrafo anterior, el disfrute de determinadas sagas de videojuegos requiere de la adquisición de consolas o plataformas específicas, cuya vida

²⁹ Con un quinto título en camino (God of War: Ragnarok, 2022), cuyo lanzamiento está previsto para una cuarta consola de sobremesa: la PlayStation 5. Al respecto, ver: <https://vandal.elespanol.com/sagas/god-of-war>.

útil suele oscilar entre los cuatro y ocho años³⁰. Esto puede suponer uno de los mayores obstáculos al público a la hora de disfrutar el amplio catálogo de videojuegos que han sido desarrollados y divulgados a lo largo de la historia: habitualmente, el *software* que integra estos títulos ha sido diseñado para su exclusiva interoperabilidad con uno o varios sistemas, por lo que este juego electrónico únicamente será compatible con las consolas o sistemas operativos disponibles en el período en que se comercialice.

Una de las dificultades que esto entraña es la progresiva desactualización de estas plataformas y sistemas según transcurre el tiempo. Como se ha expuesto, en tan sólo los trece años que median entre el primer *God of War* (2005) y el cuarto (2018) se han sucedido tres consolas de sobremesa y una portátil, todas las cuales serían, en principio, necesarias para disfrutar la saga completa.

Complica la situación el hecho de que cada elemento del programa de ordenador que integra un videojuego depende de configuraciones de *hardware* específicas para poder funcionar. Por tanto, según aumentan las prestaciones tecnológicas, determinados títulos de videojuegos pueden quedarse obsoletos por depender de elementos de *hardware* o *software* que ya no son comercializados al público. A ello se suma el hecho de que algunos programas de ordenador pueden necesitar el apoyo continuo y labores de actualización desarrolladas por sus vendedores o productores que, agotado su ciclo de explotación, abandonan la versión anterior e interrumpen dicho soporte. Esto obliga a los usuarios a actualizar su *hardware* aunque la nueva y actualizada versión del *software* no ofrezca ninguna ventaja ni prestación adicional³¹.

Es cierto que este desarrollo de plataformas y avances tecnológicos puede compararse con, por ejemplo, los cambios de formato de contenido audiovisual, evolucionando desde las primeras cintas de vídeo VHS hasta el actual formato 4K. Sin embargo, no puede negarse que la vida útil de las consolas de videojuegos es ciertamente más reducida que la de los formatos audiovisuales. Si en trece años se han sucedido tres generaciones de consolas, cuyos títulos se han ido descatalogando según dejaban de ser comercializadas sus plataformas, esta falta de disponibilidad no puede predicarse en el mercado de obras audiovisuales. En efecto, continúan distribuyéndose en prácticamente todas las superficies comerciales series y películas en formato DVD, pese a que este formato salió a la venta por primera vez en 1995³²; conviviendo sin problemas con obras en formatos posteriores, como Blu-Ray o 4K³³.

³⁰ Datos extraídos del siguiente enlace: <https://www.tomsguide.com/news/ps5-xbox-series-x-generation-lifecycle>.

³¹ D. W. K. KHONG, «Orphan Works, Abandonware and the Missing Market for Copyrighted Goods», *International Journal of Law and Information Technology* (2007), p. 9.

³² Fuente: <https://www.britannica.com/technology/DVD>.

³³ Fuente: <https://www.engadget.com/2008/02/16/blu-ray-discs-reach-1-5-million-sold-hdm-still-trails-dvds-fir/https://newatlas.com/sony-vpl-vw1000es-4kprojector/22760/>.

Lo mismo no puede decirse de los títulos de videojuegos lanzados para ser disfrutados en un sistema o consola en concreto, ya que su ventana de explotación está íntimamente ligada con la de dicho *hardware*. Una vez superada, por ejemplo, la PlayStation 2 por la PlayStation 3, los títulos compatibles con la primera fueron siendo retirados del mercado, desplazados por los videojuegos de nueva generación. Por añadidura y como se ha explicado, estos títulos pueden estar comercializados en exclusiva por un único *publisher*, lo que dificulta aún más su acceso una vez finalizado su período de venta al público.

Además, tanto la posesión física de un ejemplar de un videojuego como su compra en digital acarrearán obstáculos que impiden que los usuarios tengan la garantía de poder disfrutar de la obra adquirida hasta el paso de estos títulos a dominio público.

En el caso de la compra de videojuegos en formato físico, su soporte puede degradarse o deteriorarse con el paso del tiempo, o simplemente no estar diseñado para superar un umbral de vida útil determinado: por ejemplo, los cartuchos de los juegos «Pokémon versión Oro, Plata y Cristal» (1999-2001) contienen una batería interna que, una vez agotada, impide que el usuario pueda guardar y recuperar sus partidas³⁴.

Por su parte, la adquisición de un videojuego por medio de una plataforma digital efectivamente evita los riesgos de deterioro o pérdida que puede sufrir una copia tangible, pero somete su disponibilidad a los términos y condiciones que su proveedor haya determinado. Estos suelen traducirse en forma de una licencia —nunca propiedad— sobre los títulos adquiridos, que la plataforma puede rescindir en cualquier momento³⁵.

Los casos anteriores no son fenómenos aislados: a lo largo de la relativamente breve historia del sector, existen cientos de casos registrados de videojuegos que

³⁴ Esto requiere que sea el propio usuario quien tenga que sustituir la batería si quiere continuar jugando, aunque lo cierto es que esta solución no siempre da buen resultado, y Nintendo no ofrece ningún tipo de soporte técnico para resolver esta incidencia: https://www.nintendo.com/consumer/systems/gameboy/trouble_specificgame.jsp.

³⁵ A modo de ejemplo, pueden citarse los siguientes extractos de los términos y condiciones de Steam, una de las principales plataformas de compraventa de videojuegos en PC: «*Steam y sus suscripciones requieren la descarga y la instalación de contenidos y servicios en su equipo. Por el presente acuerdo, Valve concede, y usted acepta, una licencia no exclusiva y el derecho de utilizar los contenidos y servicios para su uso personal sin fines comerciales (excepto si su uso comercial está permitido de manera explícita en este acuerdo o en los términos de suscripción aplicables). Esta licencia finaliza en el momento de la rescisión de (a) el presente Acuerdo o (b) una suscripción que incluya la licencia. Los contenidos y servicios se otorgan mediante una licencia y no son objeto de venta. La licencia no le concede la titularidad ni la propiedad de los contenidos y servicios. (...) Valve puede cancelar su cuenta o cualquier suscripción en cualquier momento en caso de que (a) Valve deje de proporcionar ese tipo de suscripción en general a suscriptores en situaciones similares o (b) usted incumpla cualquiera de los términos del presente acuerdo (incluidos los términos de suscripción y las normas de uso).*» Términos y condiciones disponibles en https://store.steampowered.com/subscriber_agreement/spanish/.

se han perdido por completo. A título de ejemplo, la versión original del año 1994 del juego «Final Fantasy VII» se perdió íntegramente cuando se estaba desarrollando para su lanzamiento en la consola «Super Nintendo». A día de hoy, la única prueba de que el proyecto llegó a existir es una única imagen incluida en una edición de un libro conmemorativo del 25 aniversario de la saga³⁶.

De este modo, se puede afirmar que los videojuegos suponen obras de propiedad intelectual con un ciclo de vida único respecto de las demás categorías. Pese a contar con abundantes elementos narrativos y artísticos, lo cierto es que su dependencia técnica de la interoperabilidad del *software* al que están vinculados, así como las particularidades del sector de los videojuegos implican un reducido margen temporal —en comparación con otras obras de propiedad intelectual— de disponibilidad para aquellos usuarios que quieran disfrutarlos.

2. EL MOVIMIENTO *ABANDONWARE*

Como se detalla en el apartado anterior, la velocidad y el ciclo de vida útil en que se comercializan las plataformas y consolas, combinados con el sistema de exclusividad de determinados títulos, provocan la falta de disponibilidad de una gran cantidad de videojuegos, ante aficionados que estarían dispuestos a adquirirlos una vez pasada su ventana de explotación.

La respuesta de un número de estos usuarios, como se ha adelantado en la introducción de este trabajo, ha sido la creación y organización de la iniciativa *abandonware* —muy popular en Estados Unidos—, por medio de la cual se han recopilado, actualizado y puesto a disposición de los internautas de manera gratuita videojuegos que aún cuentan con demanda por parte de sus seguidores.

Para asegurar la compatibilidad de estos títulos, los particulares y promotores del *abandonware* cuentan con numerosas herramientas como emuladores, APIs³⁷, y demás programas que permiten disfrutar, desde ordenadores o consolas actuales, videojuegos que han quedado tecnológicamente obsoletos y desactualizados³⁸.

³⁶ Pueden consultarse más casos de videojuegos y proyectos que han desaparecido del panorama cultural mediante el siguiente enlace: <https://kotaku.com/why-some-video-games-are-in-danger-of-disappearing-fore-1789609791>.

³⁷ Interfaz de programación de aplicaciones, un conjunto de códigos de programación que permiten la transmisión de datos entre un producto de *software* y otro, y que también contiene las condiciones de este intercambio de datos.

³⁸ A modo de ejemplo, se incluye el siguiente enlace, que contiene instrucciones para permitir la interoperabilidad de títulos antiguos de videojuegos en plataformas actuales: <https://abandonware-games.net/how-to-run-old-games>.

Además, al consistir los videojuegos en obras multimedia, los beneficiarios del movimiento *abandonware* pueden desear el acceso a estas obras simplemente para disfrutar de otras facetas artísticas que los componen: disfrutar de su narrativa en forma audiovisual, o escuchar su banda sonora, por ejemplo³⁹.

También es frecuente el uso de ROMs («Read-Only Memory», archivos en los que habitualmente se compila el código fuente de los videojuegos objeto de *abandonware*), como método de hacer interoperable el código fuente de algunos títulos. Estas ROMs son resultado de la compilación del código fuente del programa de ordenador que compone el videojuego, que frecuentemente se pierde o descarta una vez concluida dicha compilación⁴⁰. Esto implica que elementos de *software* cuyo código fuente original se ha perdido se conservan únicamente en formato ROM, evitando así su total desaparición.

Otra herramienta habitual en el sector del *abandonware* es el uso de programas de emulación, que permiten la interoperabilidad de los ROMs y archivos de juego con plataformas y sistemas modernos. De este modo, estos emuladores permiten reproducir las características técnicas y el *software* implementado en consolas que ya no están a la venta, pero que son necesarias para el disfrute de determinados títulos de videojuegos.

Así, puede decirse que el *abandonware* se basa en el libre intercambio, descarga y reproducción de *software* que cumpla con los requisitos expuestos anteriormente, al entender sus usuarios que estos intangibles son «obras huérfanas» que ya no van a ser comercializadas, por lo que su descarga sin ánimo de lucro no es susceptible de ocasionar un perjuicio económico a su titular⁴¹. No obstante, como veremos más adelante, la calificación legal de obra huérfana se reserva para obras cuyos titulares no están disponibles o no son posibles de localizar, no para aquellas obras que no están siendo activamente explotadas por sus titulares.

En el sector de los videojuegos, por desgracia, es más que frecuente la desaparición de estudios y empresas enteras, titulares de derechos sobre videojuegos adorados por el público. Como ejemplo, pueden citarse Acclaim Entertainment (1987-2004), creadores de títulos tan populares como el «Turok» (1997) o el «Burnout» (2001) y extinguidos tras su bancarrota; Bizarre Creations (1988-2011), responsables de videojuegos como el «Project Gotham Racing» (2001) o el «Blur» (2010), cerrado tras su infructuoso intento de venta por parte de

³⁹ Como se verá en el apartado 4.2 del presente artículo, particularmente el disfrute de bandas sonoras de videojuegos es en ocasiones fuente de conflictos entre los usuarios y los titulares de derechos.

⁴⁰ A día de hoy, es muy difícil —por no decir prácticamente imposible— obtener el código fuente original a partir de actos de descompilación de un ROM: <https://reverseengineering.stackexchange.com/questions/18409/would-it-be-possible-to-reverse-engineer-a-games-rom-file-to-get-source-code>.

⁴¹ Ver la nota al pie número 4.

Activision; o Lionhead Studios (1997-2016), desarrolladores del famoso juego de fantasía «Fable» (2004), cerrado tras el lanzamiento de una serie de títulos que no llegaron a cosechar el mismo éxito.

Sin embargo, no todos los videojuegos considerados *abandonware* obtienen esta clasificación debido a la falta de localización o disponibilidad de sus titulares. De hecho, podría afirmarse que la mayor parte de los derechos de propiedad intelectual sobre videojuegos actualmente contenidos en el «catálogo» de *abandonware* pueden ser trazados sin demasiado esfuerzo hasta sus titulares originarios o —en la mayor parte de los casos— derivados⁴².

Surgen, pues, dos interrogantes: ¿por qué estos titulares de derechos no comercializan sus estos videojuegos, si claramente existe una demanda comercial? Y si es indudable los actos de explotación que integran el movimiento *abandonware* suponen una vulneración de sus derechos de exclusiva, ¿por qué los titulares no emprenden acciones legales para impedirlo?

2.1. ¿Por qué los titulares de derechos no comercializan sus videojuegos?

La primera respuesta radica, simplemente, en que en ocasiones los titulares de derechos eligen voluntariamente no licenciar o explotar sus videojuegos. Podemos identificar, principalmente, dos motivos para ello: (i) el titular puede estar conscientemente generando una escasez de oferta, para así estimular su demanda y generar expectación entre los consumidores, o (ii) la explotación de estos juegos electrónicos ya no es rentable comercialmente.

Un obstáculo importante a la duración temporal de los períodos de disponibilidad al público de juegos electrónicos puede encontrarse en las licencias de contenidos de terceros que estos, como obras multimedia, pueden integrar. Por ejemplo, el juego *Alan Wake* (2010) fue inicialmente retirado de las plataformas digitales debido a que las licencias sobre las pistas musicales que incorporaba el videojuego tenían una duración de siete años⁴³. Afortunadamente, tras negociaciones emprendidas por el *publisher* Microsoft para la renovación de las licencias correspondientes, este videojuego pudo volver a ser puesto a la venta

⁴² Lo más frecuente es que los estudios de videojuegos no «desaparezcan», sino que sean adquiridos por otros, generalmente de mayor tamaño. Se obtienen así, además de sus recursos tecnológicos y plantillas de personal, los derechos de propiedad intelectual sobre franquicias o títulos queridos por el público. Lamentablemente, es frecuente que los estudios adquiridos desaparezcan al poco tiempo de ser comprados. En el sector del videojuego, la compañía Electronic Arts Inc. tiene la poco deseable reputación de haber absorbido y cerrado numerosos estudios, autores de videojuegos muy populares, entre los que se pueden citar Westwood («Command & Conquer»), Visceral («Dead Space»), Pandemic («Battle For Middle Earth») o Black Box Games («Need for Speed»).

⁴³ La renovación no estaba en manos del estudio desarrollador del videojuego, sino que era decisión de Microsoft: <https://www.gamesindustry.biz/articles/2017-05-15-alan-wake-to-be-removed-from-sold-over-music-licenses>.

en plataformas digitales⁴⁴. El caso de Alan Wake es realmente excepcional, dado que lo más habitual es que, una vez la explotación de un título no sea posible por la expiración de alguna licencia de terceros, se elimine ese contenido o, si no es posible, el videojuego se retire del mercado.

Por ejemplo, resulta mucho más difícil renegociar la extensión de licencias cuando la totalidad del videojuego depende de contenidos de terceros. En este sentido, títulos como el «Injustice: Gods Among Us» (2013), el «Lego Harry Potter» (2010), o el «Singstar Celebration» (2017) dependen íntegramente de personajes, tramas y canciones cuyos derechos de explotación fueron objeto de licencia por parte de sus titulares, que habitualmente estará restringida en el tiempo.

Otras veces, cuando un *publisher* decide retirar del mercado un videojuego en concreto, su intención puede ser la de comercializar una nueva versión de ese título en el futuro, ya sea remasterizándolo, desarrollando un *remake* o adaptándolo de cualquier otra manera a los estándares tecnológicos y audiovisuales del momento. La estrategia tiene sentido: los costes de adaptar y renovar el videojuego serán evidentemente menores que desarrollar uno nuevo desde cero, mientras que la nostalgia de los consumidores por el título original garantiza un público asentado para la fecha de su lanzamiento⁴⁵.

En línea con lo anterior, la práctica totalidad de las principales empresas de videojuegos han recurrido en alguna ocasión a esta práctica comercial de actualización de sus mejores éxitos.

Puede que el mayor exponente de estas prácticas sea la empresa Nintendo Company, Ltd. («Nintendo»), *publisher* de títulos de reconocimiento mundial, como el «Mario Kart», «Legend of Zelda» o «Donkey Kong», considerados grandes clásicos en el sector. La publicación de algunos de estos videojuegos se remonta a la década de los 80, lo que Nintendo ha sabido rentabilizar mediante la comercialización de numerosos emuladores, relanzamientos y actualizaciones.

En este contexto, es digna de mención una curiosa polémica en la que se vio envuelta Nintendo al poner a la venta el juego «Super Mario Bros.» en su consola Wii. Al analizar el código de este *software*, algunos usuarios se percataron de que era posible que Nintendo hubiera reutilizado y puesto a la venta una ROM pirata disponible en Internet, en lugar de emplear su propio código⁴⁶.

⁴⁴ Puede consultarse más información mediante la noticia que figura en el siguiente enlace: https://www.gamasutra.com/view/news/329385/Renegotiated_music_licenses_bring_Alان_Wake_back_to_digital_stores.php.

⁴⁵ Para más información al respecto, puede consultarse el siguiente enlace: <https://www.nytimes.com/2020/08/01/business/video-game-remake-remaster-nostalgia.html>.

⁴⁶ El malestar de la comunidad de videojuegos quedó plasmado en artículos como el disponible en el siguiente enlace, que llegaban a preguntarse si Nintendo se había descargado un emulador ROM

Nintendo declinó realizar comentarios al respecto, pero situaciones como esta pueden interpretarse como una rotura de lanza a favor del movimiento: cuando hasta el titular de los derechos puede llegar a beneficiarse de las labores de adaptación y transformación acometidas por los promotores del *abandonware*, resulta más sencilla su defensa como una herramienta que realmente favorece el acceso al público a videojuegos que, de no existir dicha iniciativa, no podrían continuar siendo disfrutados.

Además, en otra ocasión Nintendo también fue criticada por el relanzamiento de tres de sus títulos —«Super Mario 64» (1996), «Super Mario Sunshine» (2002), y «Super Mario Galaxy» (2007)—, durante un tiempo limitado y por la cantidad de 60 dólares. La controversia se originó, principalmente, porque esta reducida ventana de comercialización implicaría que no habría ocasión de que se redujera el precio inicialmente determinado, como es habitual en el sector. Asimismo, dicho precio llegó a ser tildado de desmesurado, dada la antigüedad de los títulos y la carencia de ningún contenido extra o actualización de sus prestaciones técnicas⁴⁷.

Con estas prácticas, algunas de estas empresas y *publishers* implementan la teoría económico-comercial de limitación de disponibilidad. Este argumento interpreta que la puesta a la venta al público constante de un producto o servicio reduce su valor, valor que puede recuperarse mediante una disponibilidad intermitente en el mercado. Por otro lado, limitar la presencia de estas obras también puede suponer un ahorro de costes de comercialización para sus titulares. De este modo, es posible que los titulares de derechos sobre estas categorías de videojuegos maximicen su beneficio al explotar económicamente estos títulos de manera periódica, en lugar de continua⁴⁸.

No obstante, no puede afirmarse que el párrafo anterior justifique todo cese de comercialización de videojuegos como una estrategia económica planeada por sus titulares: como se ha visto, es igualmente plausible que se haya cesado la explotación por motivos de vigencia de licencias, desaparición del *publisher*, o cualesquiera otras circunstancias que impidan o no hagan rentable la puesta a disposición del público de estos títulos.

para su posterior puesta a la venta: <https://www.eurogamer.net/articles/2017-01-18-did-nintendo-download-a-mario-rom-and-sell-it-back-to-us>.

⁴⁷ Los títulos no recibieron ninguna actualización visual, de audio o de contenido, consistiendo en un simple emulador que permitía reproducir las ROMs en consolas modernas: <https://www.xataka.com/videojuegos/nuevo-super-mario-3d-all-stars-no-nuevo-juegos-switch-antiguos-corriendo-emulador>.

⁴⁸ D. W. K. KHONG, «Orphan Works, Abandonware and the Missing Market for Copyrighted Goods», *International Journal of Law and Information Technology* (2007), p. 5.

2.2. *¿Por qué los titulares de derechos no emprenden acciones legales contra los integrantes del movimiento abandonware?*

Lo cierto es que el hecho de que la mayor parte de los titulares de derechos de propiedad intelectual sobre juegos electrónicos parezcan tolerar de manera pasiva la consideración de determinados títulos como *abandonware* no implica que esta sea una actitud completamente uniforme en el sector. Así, la compañía japonesa Nintendo ha declarado, en términos contundentes, que «*el desarrollo de emuladores creados para reproducir software ilegal representa la mayor amenaza hasta la fecha para los derechos de propiedad intelectual de los desarrolladores de videojuegos (...) dichos emuladores tienen el potencial de dañar significativamente a la industria mundial del software de entretenimiento*»⁴⁹.

Algunos autores señalan que la propia existencia del movimiento *abandonware* delata un problema subyacente en el mercado de los videojuegos, dado que se da una demanda —por pequeña que sea— de determinados productos y servicios, que no encuentra oferta legal alguna para ser satisfecha. En este sentido, la existencia de mercados de segunda mano únicamente puede satisfacer una reducida parte de la demanda existente: los soportes se pueden ir deteriorando con el paso del tiempo, por lo que su disponibilidad irá disminuyendo, suelen ser más ineficientes que los mercados minoristas, y los precios pueden dispararse cuando determinados títulos adquieran valor por ser considerados elementos de coleccionista⁵⁰.

IV. ENCAJE LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL ABANDONWARE

Se exponen a continuación, en más detalle, los diferentes escenarios de compatibilidad —o incompatibilidad— de los actos de explotación y características del movimiento *abandonware* con los requisitos de la normativa europea, el TRLPI y demás legislación de propiedad intelectual aplicable, particularmente desde las perspectivas del *abandonware* como obras huérfanas y del *abandonware* como obras dejadas de comercializar voluntariamente por sus titulares.

1. POSIBLES VÍAS DE LEGITIMACIÓN LEGAL DEL ABANDONWARE

La justificación legal que ofrecen algunas de las páginas que ofrecen *abandonware* y emuladores para su descarga es que este *software* se ofrece en su

⁴⁹ Información corporativa de Nintendo sobre «Copyrights, emuladores, ROMs, etc.», disponible en su página web <http://www.nintendo.com/corp/legal.jsp>.

⁵⁰ D. W. K. KHONG, «Orphan Works, Abandonware and the Missing Market for Copyrighted Goods», *International Journal of Law and Information Technology* (2007), p. 12.

condición de copia privada de los programas de ordenador ya adquiridos por los usuarios⁵¹.

La copia privada es un límite al derecho de reproducción de los titulares de derechos de propiedad intelectual, establecido por el artículo 31 TRLPI en España, que permite que aquellas personas físicas que hayan tenido acceso legal a determinadas obras ya divulgadas puedan reproducirlas para su uso privado personal. Mientras que esta reproducción se produzca sin fines comerciales, a partir de una fuente lícita y sin vulnerar las condiciones de acceso a la obra o prestación, los particulares podrán realizar estos actos de copia sin autorización de los titulares de derechos.

Tradicionalmente, este límite ha tenido aplicación en casos como grabaciones en vídeo de programas de televisión, fotocopias de libros o grabaciones de música emitida por la radio⁵².

No obstante, en España dicho límite no es aplicable al *software*, dado que el artículo 99.a) TRLPI otorga al titular de derechos sobre un programa de ordenador el derecho a autorizar «*la reproducción total o parcial, incluso para uso personal, de un programa de ordenador, por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria*» [énfasis añadido].

En un sentido parecido se pronuncia el artículo 4.1.a) de la Directiva 2009/24/CE de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, que reconoce la potestad exclusiva del titular de derechos sobre un programa de ordenador a «*la reproducción total o parcial de un programa de ordenador por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria. Cuando la carga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento de un programa de ordenador necesitan tal reproducción del mismo, estos actos estarán sujetos a la autorización del titular del derecho*». La copia de un programa para su uso personal, por tanto, se considera un acto de explotación que no puede ser realizado sin el permiso previo del titular de los derechos.

Lo anterior impide considerar, bajo el ordenamiento jurídico español y europeo, que sea legítimo el volcado de código de videojuegos y consolas necesario para la emulación de títulos antiguos, tal y como esgrimen en ocasiones los promotores del movimiento *abandonware*. Por otro lado, la configuración de los actos de reproducción necesarios para disfrutar estos programas de ordenador no encuentra encaje en otros límites a los derechos de explotación del *software*, como la realización de copias de seguridad (art. 100.2 TRLPI) o actos

⁵¹ Por ejemplo, es frecuente que las páginas de emuladores indiquen al usuario que es necesaria una consola y discos originales para poder instalar y ejecutar dicho *software*.

⁵² G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, «Los derechos de explotación», *Manual de Propiedad Intelectual*, (Coord. R. Bercovitz), 7ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, (2017), p. 103.

de reproducción transitoria (definidos por el TJUE en su sentencia de 16 de julio de 2009).

Como se ha adelantado, la verdad es que los demás supuestos contemplados en el concepto del *abandonware* no resultarían conformes con lo dispuesto en el TRLPI y demás textos legales aplicables, nacionales e internacionales.

Esto es así porque las facultades de decidir sobre la comercialización —o no— de un videojuego corresponderían, hasta su entrada en el dominio público, al *publisher* titular de sus derechos de propiedad intelectual. Así, si el *publisher* decide descatalogar o interrumpir la comercialización de cualquier videojuego cuyos derechos ostente, los usuarios que deseen jugarlo no podrán sino aguardar a que su titular decida comercializarlo de nuevo.

Por tanto, el TRLPI únicamente ampararía la explotación de *abandonware* en uno de los casos detallados anteriormente: de acuerdo con el artículo 37 bis TRLPI, cuando los titulares de derechos sobre un videojuego en concreto no puedan ser identificados o localizados, pese haberse realizado una búsqueda diligente, este título se considerará una obra huérfana.

En ocasiones, los promotores del *abandonware* llegan a manipular las secuencias de código de videojuegos para desactivar las medidas técnicas de protección implementadas en el momento de su comercialización por los desarrolladores del título.

Tal y como ha confirmado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 23 de enero de 2014 número C-355/12, Nintendo Co. Ltd y otros contra PC Box Srl y 9Net, las disposiciones relativas a la implementación de medidas técnicas de protección establecidas por la 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 («Directiva INFOSOC»), son perfectamente aplicables a los videojuegos. Consecuentemente, de acuerdo con el artículo 6.1 de la Directiva INFOSOC, los Estados Miembros de la Unión Europea deben proporcionar protección legal adecuada ante actos de elusión de dichas medidas técnicas, como los desarrollados por múltiples páginas de *abandonware*.

Por su lado, el artículo 196 TRLPI faculta a los titulares de derechos de propiedad intelectual el ejercicio de acciones legales contra quienes deliberadamente eludan todas aquellas medidas tecnológicas destinadas a impedir o restringir actos no autorizados sobre obras o prestaciones protegidas como, por ejemplo, su codificación, transformación, o instalación de mecanismos de control de copiado. Este precepto no incluye limitación alguna relativa a la explotación o no de los derechos de propiedad intelectual afectados, por lo que, en principio,

cualquier manipulación del código o ROMs de *abandonware* cuyos titulares de derechos pudieran ser identificados resultaría una infracción de este precepto, y podría ser impedida por sus titulares.

Sería posible sugerir que el artículo siguiente, el 197 TRLPI, incluye una limitación a la inclusión de medidas tecnológicas, por cuanto obliga a los titulares de derechos a facilitar los medios adecuados para que los beneficiarios disfruten del límite de copia privada. No obstante, esta interpretación no sería válida para los programas de ordenador: como se ha analizado, a esta categoría de obras protegidas no es aplicable la facultad de realizar copias particulares.

Por otro lado, se puede argumentar que el desarrollo de emuladores para permitir la interoperabilidad de estos videojuegos con sistemas y plataformas modernas puede estar amparado por los apartados 5 y 6 del artículo 100 TRLPI⁵³. Dicho precepto permite realizar actos de transformación y reproducción sobre el código de programas de ordenador sin la autorización de su titular, si dichos actos resultan indispensables para obtener la información necesaria para que dicho programa sea interoperable con otros programas creados de forma independiente, como puede ser un emulador.

Para ello, el artículo impone los siguientes requisitos: (i) dichos actos deben ser realizados por el usuario legítimo o por cualquier otra persona facultada para utilizar una copia del programa; (ii) la información necesaria para conseguir la interoperabilidad no debe haber sido puesta previamente y de manera fácil y rápida, a disposición de dichas personas; (iii) la información así obtenida debe ser utilizada únicamente para conseguir la interoperabilidad del programa creado de forma independiente, y sólo puede ser comunicada a terceros cuando sea necesario para la interoperabilidad del programa creado de forma independiente; y (iv) dicha información no puede ser utilizada para el desarrollo, producción o comercialización de un programa sustancialmente similar en su expresión, o para cualquier otro acto que infrinja los derechos de autor.

En consecuencia, un usuario que contara con una copia legítima de un videojuego o consola descatalogados estaría legitimado para descompilar su código y emplear la información obtenida para lograr reproducirlo, por ejemplo, mediante un emulador. Eso sí, la comunicación de estos datos a terceros estaría, como se ha visto, restringida a lo indispensable para lograr esta interoperabilidad.

De lo anterior se desprende que los poseedores de consolas o copias legítimas de juegos electrónicos podrían asegurar su compatibilidad con emuladores, si bien no podrían poner a disposición de los demás usuarios la información empleada para ello, lo que constituye uno de los pilares del movimiento *abandonware*.

⁵³ Derivados a su vez del artículo 6 de la Directiva 2009/24/CE de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador.

Si bien en la Unión Europea no existe precedente judicial alguno sobre la legitimidad del desarrollo de programas de emulación a partir de consolas o títulos de videojuegos, no es así la situación en los Estados Unidos de América, lo que será objeto de análisis más adelante.

Respecto a la posible consideración del *abandonware* como obras huérfanas —tal y como argumentan algunos sitios web—, el artículo 37 bis TRLPI otorga la clasificación de obras huérfanas a aquellas cuyos titulares no pueden ser identificados o localizados, tras la ejecución de una labor de búsqueda suficiente.

En este contexto, cabe analizar si títulos como los mencionados en el apartado 3.2. del presente artículo, cuyos estudios y *publishers* han desaparecido del sector, podrían llegar a considerarse obras huérfanas bajo el TRLPI. Para ello, en España deberían cumplirse los siguientes requisitos: (i) la obra se ha publicado por primera vez en un Estado miembro de la Unión Europea; (ii) se han consultado de buena fe las fuentes de información que determina el Real Decreto 224/2016, de 27 de mayo, por el que se desarrolla el régimen jurídico de las obras huérfanas (en adelante, «RD 224/2016»); (iii) se mencionan los nombres de los autores y titulares de derechos de propiedad intelectual que logren ser identificados; y (iv) estos actos se llevan a cabo sin ánimo de lucro. En consecuencia, estas obras huérfanas podrán ser digitalizadas, reproducidas y puestas a disposición del público por centros educativos, museos, bibliotecas, hemerotecas y demás organizaciones de archivo con fines de interés público.

Una de estas organizaciones es, por ejemplo, la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea («EUIPO», por sus siglas en inglés), que dispone de una base de datos de obras huérfanas para su consulta y acceso⁵⁴. Sin embargo, puede comprobarse cómo entre las categorías de obras huérfanas que contempla este repositorio de la EUIPO no figura específicamente ningún videojuego o programa de ordenador⁵⁵.

Lamentablemente, la aplicabilidad del régimen de obras huérfanas a los videojuegos no está expresamente contemplada en la legislación nacional ni europea. Particularmente, la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas (en adelante, «Directiva OOH») —Directiva que motivó la inclusión del mencionado artículo 37 bis en el TRLPI— señala como categorías bajo su ámbito de aplicación las obras publicadas en forma de libros u otro material impreso, cinematográficas o audiovisuales, fonogramas y patrimonio cinematográfico o sonoro⁵⁶.

⁵⁴ Que puede consultarse por medio del siguiente enlace: <https://euipo.europa.eu/orphanworks/>.

⁵⁵ Siendo las categorías contempladas cartel, fonograma, fotografía, ilustración, mapa/plano, obra audiovisual, obra cinematográfica, obra literaria, pintura o escultura.

⁵⁶ Artículo 1 de la Directiva OH.

De nuevo, de la consideración jurídica de los videojuegos como obras sujetas a la propiedad intelectual dependerá su consideración como posibles obras huérfanas o no. En este sentido, cabría plantear si la clasificación de los juegos electrónicos como obras multimedia implicaría pueden entenderse los juegos electrónicos como obras audiovisuales y, por tanto, quedar plenamente amparados por lo dispuesto en la Directiva OOHH.

La respuesta no es unánime ni, mucho menos, uniforme. Pese a las corrientes doctrinales predominantes expuestas anteriormente, ni siquiera entre los diferentes ordenamientos europeos se ha alcanzado un consenso sobre la clasificación jurídica de los videojuegos, según la Organización Mundial de Propiedad Intelectual⁵⁷.

Por añadidura, la cuestión particular de la aplicabilidad de esta Directiva OOHH a los videojuegos depende en gran medida de su transposición por cada Estado Miembro de la Unión Europea. Así, por ejemplo, Alemania transpuso la Directiva OOHH de manera que el término «obras audiovisuales»/ «*audiovisuelle Werke*» plasmado en la Directiva OOHH se incorporó a su legislación nacional como «obras cinematográficas»/«*Film werke*»⁵⁸. Ciertamente, el concepto «obras cinematográficas» es más restrictivo que el de «obras audiovisuales», y conlleva un más difícil encaje de los videojuegos en esta categoría.

Asimismo, de la redacción de la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital («Directiva DAMUD») se incluyen, entre la enumeración de las obras y prestaciones que poseen las colecciones de las instituciones responsables del patrimonio cultural, las fotografías, los programas informáticos, los fonogramas, las obras audiovisuales y las obras de arte únicas⁵⁹. De esta específica enumeración puede interpretarse que los videojuegos son susceptibles de formar parte de colecciones de patrimonio cultural: la inclusión de los programas de ordenador difícilmente podría hacer referencia a *software* funcional, técnico o sin aspiraciones narrativas o artísticas.

Por otro lado, en España, el apartado cuarto del citado artículo 37 bis TRLPI incluye, además de las obras «cinematográficas o audiovisuales», específicamente a aquellas obras y prestaciones protegidas que formen parte integral de estas o que estén insertadas o incorporadas en ellas. Parece clara, en consecuencia,

⁵⁷ Como demuestra el análisis de la calificación de los videojuegos a lo largo de diferentes ordenamientos internacionales, realizada POR A. RAMOS, L. LÓPEZ, A. RODRÍGUEZ, T. MENG Y S. ABRAMS en «The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches», *Organización Mundial de la Propiedad Intelectual* (2013). Documento disponible mediante el siguiente enlace: https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/creative_industries/pdf/video_games.pdf

⁵⁸ Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Subcapítulo 5, Sección 61 (2).2.

⁵⁹ Considerando (37) de la Directiva DAMUD.

la inclusión de obras multimedia —como los videojuegos— dentro del alcance de la regulación de las obras huérfanas en España.

Estas discrepancias entre Estados Miembros, como han señalado algunos autores, conllevan cuestiones como la posible consideración de los términos «obras audiovisuales» o «obras cinematográficas» como conceptos autónomos de derecho de la Unión Europea, o el posible encaje de los videojuegos dentro de la categoría de obras audiovisuales⁶⁰. En un entorno completamente digital como el actual, estas divergencias transfronterizas generan incertidumbre e inseguridad jurídica tanto para los usuarios como para los titulares de derechos, tal y como se reconoce en el Considerando (3) de la Directiva DAMUD.

En todo caso, bajo la legislación española parece posible entender la aplicabilidad del régimen de obras huérfanas a aquellos videojuegos de titularidad desconocida o no localizada. Esto permitiría la creación de repositorios, facilitando así el acceso al público a juegos electrónicos que ya no son comercializados, pero sobre los cuales sigue existiendo demanda por parte de los usuarios y consumidores.

El régimen legal de las obras huérfanas cuenta, asimismo, con la ventaja de que es reversible: en cualquier momento, los titulares de derechos de propiedad intelectual de una obra así clasificada pueden solicitar al órgano competente que determine el fin de la orfandad de dicha obra, percibiendo una compensación equitativa por la explotación que de dicha obra se haya llevado a cabo⁶¹.

Una última vía para tratar de argumentar la legitimación de la explotación de *abandonware* por particulares reside en las doctrinas del *fair use* anglosajón y del derecho de uso inocuo, o «*ius usus inocui*» europeo.

El *fair use* consiste en una doctrina asentada del derecho anglosajón, que permite el uso libre y gratuito de obras protegidas para finalidades no comerciales, de crítica o docencia, con fines informativos, etc. Contrariamente al sistema de límites y excepciones a los derechos de propiedad intelectual analizados hasta ahora, el *fair use* aplica un sistema de cláusula abierta, ponderando la finalidad del uso, la naturaleza y grado de explotación de la obra, y el efecto sobre su valor.

Por su parte, el «*ius usus inocui*» supone una limitación al derecho de propiedad —incluyendo los derechos de propiedad intelectual—, que restringe el ejercicio antisocial de dicho derecho. Así, un propietario habrá de permitir el

⁶⁰ H. MAIER, «Games as Cultural Heritage: Copyright Challenges for Preserving (Orphan) Video Games in the EU», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, N. 6 (2), (2015), pp. 2-3.

⁶¹ Artículos 5 de la Directiva DAMUD, y 37.7 bis TRLPI.

uso por parte de un tercero de su propiedad, en la medida en que dicho uso no perjudique sus intereses legítimos y sea provechoso para el tercero.

El baremo generalmente empleado para establecer si puede considerarse que un determinado uso sea inocuo o no es la «regla de los tres pasos», que el TRLPI consagra en su artículo 40 bis. Se considerará inocuo, pues, todo uso que (i) esté previsto en casos especiales, (ii) que no afecte a la explotación normal del derecho afectado, y (iii) que no cause un perjuicio injustificado a los intereses del titular.

En este sentido, tanto las doctrinas del *fair use* como del «*ius usus inocui*» serían *a priori* susceptibles de amparar el acceso y explotación individual de videojuegos considerados *abandonware* por los usuarios, dado que, en principio, sería sencillo demostrar que dichos usos individuales de videojuegos no causarían perjuicios económicos o a los intereses legítimos de sus titulares. No obstante, lo cierto es que sería más complicado amparar en dichas excepciones la labor de restauración, catálogo, actualización y difusión que realiza el movimiento *abandonware* sobre los videojuegos; los titulares podrían argumentar que estos actos de explotación disminuyen el valor de los títulos, o que afectan a la explotación normal de sus derechos.

El uso de los métodos expuestos en los párrafos anteriores supone, indudablemente, la injerencia en los derechos de propiedad intelectual de los titulares de los videojuegos afectados. Por añadidura, la puesta a disposición de estos archivos y títulos es susceptible de implicar también la vulneración de los derechos marcarios exclusivos de los *publishers* y otros derechohabientes —estos careciendo de límite temporal alguno, mientras su titular haga un uso efectivo de los mismos y los renueve ante las oficinas correspondientes—.

La existencia del movimiento depende, en consecuencia, de la aquiescencia y tolerancia de dichos titulares, por lo que en el siguiente apartado se analiza parte de la jurisprudencia relacionada con el *abandonware* disponible en Estados Unidos, de cara a estudiar los argumentos empleados por los *publishers* y las respuestas judiciales aplicables en este contexto.

2. EL ABANDONWARE EN LA PRÁCTICA JUDICIAL: ANÁLISIS DE PRECEDENTES EN ESTADOS UNIDOS

Amparada en la mencionada doctrina del *fair use*, la United States Court of Appeals for the Ninth Circuit («USCANC») ha determinado en dos ocasiones —Sony Computer Entertainment, Inc. («Sony») v. Connectix Corp. y Sony Computer Entertainment Inc v Bleem LLC— que el desarrollo de emuladores de videojuegos mediante ingeniería inversa es un propósito legítimo y amparado por la legislación estadounidense.

En ambos supuestos, la USCANC lidió con demandas interpuestas por Sony ante empresas que habían creado programas informáticos capaces de emular las prestaciones de la primera consola PlayStation, lanzada al mercado en 1994.

En el caso contra Connectix Corp, la USCANC hubo de ponderar si el hecho de programar —mediante la descompilación de código propiedad de Sony— un *software*, «Virtual Game Station», capaz de emular perfectamente las funciones de una PlayStation, pero que no contenía reproducción alguna de dicho código en su versión final, resultaba una vulneración de los derechos de propiedad de la compañía demandante.

La USCANC dictaminó que la «Virtual GameStation» *«crea una nueva plataforma, el ordenador personal, en la que los consumidores pueden jugar a los juegos diseñados para la PlayStation. Esta innovación ofrece la posibilidad de jugar en nuevos entornos, concretamente en aquellos lugares en los que no se dispone de una consola PlayStation ni de un televisor, pero sí de un ordenador con una unidad de CD-ROM. Y lo que es más importante, la Virtual Game Station es un producto totalmente nuevo, a pesar de la similitud de usos y funciones entre la Sony PlayStation y la Virtual Game Station»*⁶².

Curiosamente, el tribunal del distrito reconoció que estas funcionalidades de la «Virtual Game Station» eran susceptibles de perjudicar las cifras de venta de consolas —y, por tanto, los beneficios económicos de Sony— pero que esto se debía a la condición de este programa como un auténtico competidor en el mercado de plataformas para disfrutar de videojuegos elaborados o licenciados por Sony. En este sentido, la USCANC subrayó que las leyes del *copyright* estadounidense no concedían al demandante ninguna facultad que le permitiera establecer un monopolio que impidiera el desarrollo de programas de ordenador susceptibles de competir con sus productos⁶³. Poco después de la publicación de esta decisión, Sony adquirió los derechos de la «Virtual GameStation» de Connectix Corp., retirándola prácticamente al momento del mercado⁶⁴.

Por otro lado, en el asunto Sony Computer Entertainment Inc v Bleem LLC, la USCANC resolvió que el uso de imágenes y capturas de pantalla de videojuegos de PlayStation constituía un ejemplo legítimo de publicidad comparativa, y no vulneraba los derechos de propiedad intelectual de Sony⁶⁵. Además de las implicaciones que esta decisión conllevaba para el uso de imágenes de terceros protegidas mediante derechos de propiedad intelectual en la puesta a disposición de emuladores en Estados Unidos, la USCANC confirmó de manera

⁶² Sony Computer Entertainment Inc v Connectix Corp, 203 F.3d 596 (9th Cir. 2000), p. 10.

⁶³ Sony Computer Entertainment Inc v Connectix Corp, 203 F.3d 596 (9th Cir. 2000), p. 11.

⁶⁴ Como puede corroborarse por medio del siguiente enlace: <https://www.macworld.com/article/164466/vgs.html>.

⁶⁵ Sony Computer Entertainment America, Inc., v. Bleem, LLC, and David Herpolsheimer; Jaime Felix, 214 F.3d 1022 (9th Cir. 2000), p. 7.

contundente la legalidad del desarrollo y comercialización de programas de emulación: «*El emulador Bleem fue desarrollado por Randy Linden que, junto con David Herpolsheimer, forman la plantilla completa de Bleem. Linden desarrolló un software para PC que emula eficazmente la función realizada por la consola de hardware de Sony mediante un proceso de ingeniería inversa de los componentes de la consola. Ideó un programa informático para realizar estas mismas funciones en un ordenador personal. La legalidad del emulador no se cuestiona en este juicio. (...) Ya hemos dictaminado que el emulador no viola las leyes de derechos de autor*»⁶⁶.

Al igual que el emulador desarrollado por Connectix Corp., la demandada Bleem LLC también se vio forzada a desaparecer, cuando los costes legales relativos a los numerosos litigios a los que se enfrentaba supusieron un esfuerzo económico inasumible para la pequeña compañía⁶⁷.

Los pronunciamientos analizados suponen, sin duda, una baza sólida para los defensores del movimiento *abandonware*. Legitiman, desde una perspectiva estadounidense, la comercialización de programas de emulación para plataformas distintas a las que los videojuegos emulados fueron diseñados. No obstante, debe tenerse en cuenta que las decisiones de la USCANC hacen referencia en todo momento a la reproducción de títulos adquiridos de manera legítima por los usuarios, por lo que no amparan, por ejemplo, la descarga de ROMs u otras reproducciones no consentidas por los titulares de derechos⁶⁸. Además, lo cierto es que una victoria legal no siempre se traduce en una victoria en la práctica: los programas de emulación de Connectix Corp. y Bleem LLC desaparecieron del mercado, con el consiguiente perjuicio para los usuarios que estuvieran interesados en su utilización.

En efecto, Nintendo es una de las compañías que con más ahínco opone sus derechos de propiedad intelectual ante usos no consentidos de sus obras, incluso las que pueden ser consideradas *abandonware*. Es conocida en el sector su actitud de tolerancia cero con aquellos vídeos subidos a plataformas de *streaming* y vídeo que contengan bandas sonoras de sus títulos, enviando requerimientos y *takedowns* a los usuarios que subían dichos vídeos, incluso de manera no monetizada. Esto le ha granjeado ser objeto de ciertas críticas, dado que la empresa nipona no comercializa en modo alguno estas obras musicales, que no están disponibles para su compra ni para su disfrute en ninguna platafor-

⁶⁶ Sony Computer Entertainment America, Inc., v. Bleem, LLC, and David Herpolsheimer; Jaime Felix, 214 F.3d 1022 (9th Cir. 2000), pp. 1 y 5.

⁶⁷ Puede consultarse un resumen de la trayectoria de esta empresa por medio del siguiente enlace: <https://www.eurogamer.net/articles/2017-12-11-the-history-of-bleem>.

⁶⁸ Esto implica el obstáculo adicional que supone la, en ocasiones, reducida vida útil de los videojuegos en formato físico. Como se ha analizado anteriormente en el presente artículo, los soportes en los que se comercializan estas obras son muy susceptibles a deteriorarse: por ejemplo, los CDs pueden rayarse y los cartuchos pueden agotar su batería interna.

ma oficial⁶⁹. Esto provoca que, en la práctica, la única manera de disfrutar de estas canciones sea de manera ilícita, ya que muchos de los títulos de los que forman parte no están disponibles para su compra.

Además, uno de los casos más relevantes en la historia reciente del *abandonware* fue protagonizado por Nintendo, en el año 2019. Coincidiendo con su puesta a la venta de una versión mini de una consola antigua —la Nintendo NES—, Nintendo inició acciones legales contra numerosos portales y dominios web que ponían a disposición de los usuarios numerosos ROMs de su titularidad, al ser considerados *abandonware*.

El más sonado de estos casos fue su litigio contra el portal RomUniverse, gestionado por y titularidad de un particular, Matthew Storman. Dicho sitio web ponía al alcance de los usuarios una enorme cantidad de archivos ROM de manera gratuita, si bien también ofrecía la posibilidad de registrar cuentas de pago, mediante las cuales los usuarios podían descargar una mayor cantidad de ROMs. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no todos los archivos alojados por esta página web podían considerarse *abandonware*, sino que también se ponía a disposición de los usuarios un número de títulos que estaban siendo activamente puestos a la venta por Nintendo. En septiembre de 2019, Nintendo interpuso una demanda contra RomUniverse, argumentando la infracción de sus derechos de propiedad intelectual y reclamando una indemnización de 15 millones de dólares en concepto de daños y perjuicios.

Tras tratar, sin éxito, de recabar fondos mediante *crowdfunding* (micromece-nazgo) para sufragar los gastos asociados a su defensa legal, Matthew Storman eligió defenderse a sí mismo, sin contar con los servicios de un abogado. Los principales pilares de su defensa fueron la aplicabilidad de las doctrinas del puerto seguro y la primera venta, por lo que argumentaba que la actividad de RomUniverse no infringía ningún precepto legal⁷⁰. Ambas doctrinas, pese a ser esgrimidas en un tribunal estadounidense y aplicando la normativa de este país, tienen su correspondencia con preceptos europeos. En consecuencia, su análisis puede proporcionar cierta perspectiva sobre el alcance que estas excepciones pueden llegar a tener, desde un enfoque judicial, sobre la actividad de los portales web de *abandonware*.

La doctrina del puerto seguro, en su configuración europea, establece una exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de almacenamiento o alojamiento de datos respecto a la información que almacenen, mientras se

⁶⁹ Por ejemplo, puede consultarse el siguiente enlace para ampliar información sobre la operativa de Nintendo al respecto: <https://www.digitalmusicnews.com/2020/12/09/nintendo-music-youtube-copyright-strikes/>.

⁷⁰ Un resumen del alegato de Storman y la respuesta de Nintendo puede consultarse por medio del siguiente enlace: <https://www.techdirt.com/articles/20200107/11461543694/nintendo-responds-to-romuniverses-lame-argument-that-first-sale-doctrine-makes-site-non-infringing.shtml>.

cumplan los dos requisitos siguientes: (i) que dichos prestadores no tengan conocimiento efectivo de que la información almacenada lesiona derechos de un tercero o es ilícita; (ii) que si tienen conocimiento de lo anterior, que actúen diligentemente para retirar la información, o hacer imposible el acceso a ella. En este sentido, se considerará que el prestador de servicios tiene dicho conocimiento efectivo sobre la ilicitud de los contenidos si el prestador conoce la resolución en la que un órgano competente haya declarado su ilicitud, ordenado su retirada o declarado la existencia de una lesión; o si existen acuerdos voluntarios por parte del prestador u otros medios de conocimiento⁷¹, como sistemas de filtrado preventivo o herramientas de notificación empleadas por plataformas en las que prolifera el contenido generado por usuarios.

En Estados Unidos, esta provisión está configurada por la Digital Millennium Copyright Act («DMCA»), por medio de la cual dichos prestadores estarían exentos de responsabilidad por infracciones de derechos de *copyright* en el contexto de (i) las comunicaciones digitales transitorias en red; (ii) el almacenamiento en caché del sistema; (iii) la información que reside en los sistemas o redes en la dirección de los usuarios; y (iv) herramientas de localización de información⁷².

Además, estos preceptos de la DMCA sólo se aplican a los prestadores de servicios que (i) hayan adoptado e implementado razonablemente una política que prevea la eliminación de las cuentas o direcciones red de aquellos usuarios que sean infractores reincidentes; (ii) informen de lo anterior a los usuarios y titulares de cuentas; y (iii) acomode y no interfiera con las medidas técnicas de protección estándar⁷³.

Desafortunadamente para el Sr. Storman, la jueza Consuelo B. Marshall, de la United States District Court Central District de California («USDCDC»), declaró que no se había aportado prueba alguna que permitiera argumentar que había cumplido con los requisitos de políticas y notificaciones necesarios para considerar que las provisiones del puerto seguro de la DMCA eran de aplicación al caso. Asimismo, la magistrada también consideró que la defensa no había proporcionado ninguna evidencia que permitiera demostrar que los ROMs fueran almacenados en RomUniverse «bajo las directrices de los usuarios»⁷⁴, que Matthew Storman no recibiera beneficios económicos directamente atribuibles

⁷¹ Artículo 14 de la 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.

⁷² DMCA 17 U.S.C. § 512; *Ellison v. Robertson*, 357 F.3d 1072, 1076—77 (9th Cir. 2004).

⁷³ DMCA 17 U.S.C. § 512(i).

⁷⁴ No contribuyó a su defensa el hecho de que el propio Matthew Storman hubiera testificado previamente en el procedimiento que los ROMs eran subidos a la página por él y su administrador, tal y como apreció la jueza en su sentencia. UNITED STATES DISTRICT COURT CENTRAL DISTRICT OF CALIFORNIA *Nintendo of America, Inc., Plaintiff, v. Matthew Storman, Defendant*. Case No.: CV 19-7818-CBM-(RAOx) ORDER RE: PLAINTIFF'S MOTION FOR SUMMARY JUDGMENT, pp. 3 y 4.

a la actividad infractora, que se había designado un agente de la DMCA durante la infracción, y que la información requerida para las notificaciones relativas a la DMCA estaba disponible en el portal controvertido durante el período en que estuvo activa⁷⁵.

Por su parte, la doctrina de la primera venta, consagrada en la Unión Europea en lo relativo al *software* mediante la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de julio de 2012 *UsedSoft GmbH contra Oracle International Corp.* Asunto C-128/11 (en adelante «STJUE Usedsoft»), implicaría en este caso el agotamiento del derecho de distribución si el titular de los derechos de autor autoriza, a título gratuito u oneroso, la venta física o la descarga *online* de una copia de su obra en un soporte informático, a la vez que confiere un derecho de uso sin límite de duración de esta copia a cambio de un precio que permita al autor obtener una remuneración correspondiente al valor económico de la copia de su obra⁷⁶. De acuerdo con la STJUE Usedsoft, la transmisión en línea resultaría el equivalente funcional de la entrega de un soporte material, por lo que en ambos casos el licenciataria efectuaría una transferencia efectiva del derecho de propiedad sobre la copia, que por tanto sería susceptible de reventa⁷⁷.

La DMCA establece, por su lado, que quien adquiriera una copia de una obra protegida por derechos de autor recibe el derecho a vender, exhibir o disponer de dicha obra, sin perjuicio de los derechos del titular de los derechos de autor⁷⁸. Estas facultades no se extienden a quien adquiriera la posesión de la copia del propietario de los derechos de autor por medio de su alquiler, arrendamiento, préstamo o cualquier otra modalidad que no implique la adquisición de la propiedad de la misma⁷⁹, por lo que, dado que la mayoría de programas de ordenador se distribuyen mediando un acuerdo de distribución, el titular de los derechos continúa siendo su propietario, y no se aplicaría la doctrina de la primera venta⁸⁰.

En consecuencia, desde una perspectiva europea —y suponiendo que los ROMs puestos a disposición de los usuarios fueran efectivamente reventas legítimas de títulos adquiridos legalmente—, la doctrina de la primera venta podría ser susceptible de ampararse tanto en casos de venta digital como física de video-

⁷⁵ UNITED STATES DISTRICT COURT CENTRAL DISTRICT OF CALIFORNIA *Nintendo of America, Inc., Plaintiff, v. Matthew Storman, Defendant*. Case No.: CV 19-7818-CBM-(RAOx) ORDER RE: PLAINTIFF'S MOTION FOR SUMMARY JUDGMENT, pp. 5 y 6.

⁷⁶ Parágrafo (72) STJUE Usedsoft.

⁷⁷ G. MINERO ALEJANDRE, «Reventa de software de segunda mano. Estado de la cuestión en la Unión Europea tras la sentencia Usedsoft c. Oracle International» *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 103, (2017), p. 6.

⁷⁸ DMCA 17 U.S.C. § 109.

⁷⁹ DMCA 17 U.S.C. § 109(d).

⁸⁰ Tal y como se establece en el Criminal Resource Manual 1801-1899 del Department of Justice de los Estados Unidos, apartado «1854. COPYRIGHT INFRINGEMENT - FIRST SALE DOCTRINE».

juegos, pero la normativa estadounidense no permitiría su aplicación al caso de RomUniverse.

No obstante, la realidad es que la página controvertida no estaba realizando actos de reventa, sino de distribución masiva de archivos ROM. Como bien argumentó Nintendo en su respuesta a la moción: *«la doctrina de la primera venta no permite la distribución masiva de obras protegidas por derechos de autor; la copia de las obras protegidas por derechos de autor o la distribución de dichas copias, ni la creación y venta de obras derivadas basadas en los videojuegos protegidos por derechos de autor de Nintendo. De hecho, las acciones del Sr. Storman quedan muy lejos de la doctrina de la primera venta. La doctrina de la primera venta sólo permite al propietario de una copia legal de la obra protegida por derechos de autor disponer de esa copia individual»*⁸¹.

Ante la débil defensa de Matthew Storman, la United States District Court Central District de California le condenó al pago de un total de 2.115.000 de dólares, en concepto de los daños y perjuicios sufridos por Nintendo por la infracción de sus derechos de propiedad intelectual e industrial⁸². Lo relevante de esta cuantificación es que el tribunal únicamente tuvo en cuenta los perjuicios asociados a descargas ilegales de videojuegos que estaban siendo comercializados por Nintendo, a un precio de venta que oscilaba entre los 20 y los 60 dólares, contrastando estas cantidades con el número de descargas de los ROMs efectivamente realizadas por los usuarios⁸³.

No obstante lo anterior, realmente RomUniverse no sólo alojaba ROMs de videojuegos de Nintendo que seguían siendo comercializados, sino que gran parte de estas descargas se correspondían a archivos de títulos considerados *abandonware*. La sentencia reconoce que, dado que el demandado no había aportado información sobre el número de descargas ilegales y había destruido dichos datos, para Nintendo no era posible determinar exactamente el número de clientes o beneficios perdidos por estos actos de puesta a disposición⁸⁴.

Lo cierto es que Nintendo, en su escrito de demanda, reconoce que RomUniverse permitía descargar videojuegos de prácticamente todas las consolas que la empresa nipona había producido a lo largo de su historia, incluyendo unas

⁸¹ OPPOSITION to re: First NOTICE OF MOTION AND MOTION to Dismiss Case 25 filed by Plaintiff Nintendo of America Inc., p. 7.

⁸² UNITED STATES DISTRICT COURT CENTRAL DISTRICT OF CALIFORNIA Nintendo of America, Inc., Plaintiff, v. Matthew Storman, Defendant. Case No.: CV 19-7818-CBM-(RAOx) ORDER RE: PLAINTIFF'S MOTION FOR SUMMARY JUDGMENT, p. 19.

⁸³ UNITED STATES DISTRICT COURT CENTRAL DISTRICT OF CALIFORNIA Nintendo of America, Inc., Plaintiff, v. Matthew Storman, Defendant. Case No.: CV 19-7818-CBM-(RAOx) ORDER RE: PLAINTIFF'S MOTION FOR SUMMARY JUDGMENT, p. 20.

⁸⁴ UNITED STATES DISTRICT COURT CENTRAL DISTRICT OF CALIFORNIA Nintendo of America, Inc., Plaintiff, v. Matthew Storman, Defendant. Case No.: CV 19-7818-CBM-(RAOx) ORDER RE: PLAINTIFF'S MOTION FOR SUMMARY JUDGMENT, p. 15.

800.000 descargas de títulos correspondientes a sus consolas más modernas, la Nintendo 3DS y la Nintendo Switch⁸⁵. No obstante, es de destacar que en la lista de 37 videojuegos afectados por la actividad de la página web de Matthew Storman que aporta Nintendo a su escrito de demanda, figuran títulos que podrían considerarse *abandonware*, ya que no están disponibles para su venta ni, debido a la consola para la que están diseñados, se prevé que lo estén en el futuro próximo: Mario Party 9 (2012) y Animal Crossing: City Folk (2008), ambos para la Nintendo Wii⁸⁶.

En consecuencia, para calcular la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por los derechos de propiedad intelectual de Nintendo infringidos, la sentencia condenatoria reconoce la vulneración de 49 obras protegidas: los 37 videojuegos reseñados en el apartado anterior y 12 ilustraciones que adornaban los embalajes de algunos de estos títulos⁸⁷. Empleando los datos de descargas y precio de venta expuestos —y teniendo en cuenta la situación económica del demandado, desempleado y cuya única fuente de ingresos eran los que le proporcionaba la página RomUniverse— la juez Consuelo B. Marshall determinó que cada *copyright* infringido debía llevar aparejada una compensación de 35.000 dólares, un total de 1.715.000 dólares por los 49 videojuegos e ilustraciones afectados⁸⁸. Además, a esta cantidad se le sumaron 400.000 dólares en concepto de daños y perjuicios por los actos de vulneración de las marcas registradas de Nintendo que implicaba la puesta a disposición de sus títulos en RomUniverse, quedando la indemnización total debida por Matthew Storman en 2.115.000 dólares⁸⁹.

Pese a reconocer el derecho de Nintendo a una indemnización millonaria, la USDCDC inicialmente negó a Nintendo su solicitud de una orden judicial que restringiera de manera permanente a Matthew Storman la posibilidad de crear una nueva página web similar a RomUniverse, o cometer nuevos actos de infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial; según este tribunal, Nintendo no había logrado demostrar que esta posibilidad supusiera un daño irreparable para la compañía nipona⁹⁰.

Pese a todo, lo cierto es que parece poco probable que Nintendo llegue a percibir los más de dos millones de dólares a los que fue condenado Matthew Storman:

⁸⁵ Nintendo of America Inc. v. Matthew Storman Complaint (Attorney Civil Case Opening), 2:19-cv-07818, p.1.

⁸⁶ Nintendo of America Inc. v. Matthew Storman. Complaint (Attorney Civil Case Opening) Exhibit A — Document #1, Attachment #1.

⁸⁷ Nintendo of America Inc. v. Matthew Storman, NOTICE OF MOTION AND MOTION for Summary Judgment filed by plaintiff Nintendo of America Inc., p. 6.

⁸⁸ UNITED STATES DISTRICT COURT CENTRAL DISTRICT OF CALIFORNIA Nintendo of America, Inc., Plaintiff, v. Matthew Storman, Defendant. Case No.: CV 19-7818-CBM-(RAOx) ORDER RE: PLAINTIFF'S MOTION FOR SUMMARY JUDGMENT, pp. 10-11.

⁸⁹ Ídem, pp. 13-14.

⁹⁰ Ídem, p. 16.

según lo alegado posteriormente por Nintendo, el demandado no fue capaz de pagar en tiempo y forma unos pagos mensuales de tan sólo 50 dólares⁹¹.

La falta de pago de las sanciones económicas y declaraciones posteriores del Sr. Storman, en las que parecía insinuar su intención de relanzar una página similar a RomUniverse, provocaron que finalmente la USDCDC le impusiera, por medio de la orden judicial solicitada por Nintendo, la obligación de destruir todos aquellos ROMs infractores que obraran en su poder, y abstenerse de reactivar RomUniverse o páginas similares⁹².

Del análisis del caso Nintendo v Storman pueden extraerse un número de conclusiones que pueden servir para ampliar la respuesta a la cuestión de por qué los titulares de derechos de propiedad intelectual de los videojuegos parecen tolerar la existencia del movimiento *abandonware*.

En primer lugar, la indemnización por daños y perjuicios que determine un tribunal será muy difícil de cobrar si la parte demandada es un particular, como es lo habitual del sector. Como se ha podido ver, las páginas de *abandonware* pueden contar con cientos o miles de títulos, descargados infinidad de veces por los usuarios. Con sólo oponer unos cuarenta títulos de su inmenso catálogo, Nintendo fue capaz de lograr una sentencia condenatoria de más de dos millones de dólares, por lo que el potencial para obtener compensaciones astronómicas es inmenso, si bien las posibilidades reales de su cobro pueden ser ciertamente remotas.

En segundo lugar, el demandante corre el riesgo de que, al ponderar los perjuicios sufridos por el titular de derechos, el órgano jurisdiccional se percate de que los videojuegos *abandonware* no tienen un precio de venta al público. Esto no sólo puede dificultar la determinación de la cantidad indemnizatoria, sino que puede sentar un precedente judicial que le perjudique —tanto más cuando el movimiento *abandonware* es más popular en los Estados Unidos, cuyo sistema legal se basa en los precedentes judiciales—.

Precisamente en el caso Nintendo v Storman, la compañía japonesa tuvo la previsión de oponer —en su mayoría— títulos lanzados para sus consolas más recientes o disponibles en su tienda virtual, aportando un listado de estos como documental a su escrito de demanda. De este modo, pudo asociar un precio

⁹¹ Lo que tiene cierta lógica, ya que Matthew Storman alegó que los beneficios de RomUniverse suponían su única fuente de ingresos. UNITED STATES DISTRICT COURT CENTRAL DISTRICT OF CALIFORNIA Nintendo of America, Inc., Plaintiff, v. Matthew Storman, Defendant. Case No.: CV 19-7818-CBM-(RAOx) NINTENDO'S REPLY IN SUPPORT OF MOTION FOR RECONSIDERATION, pp. 4-5.

⁹² UNITED STATES DISTRICT COURT CENTRAL DISTRICT OF CALIFORNIA Nintendo of America, Inc., Plaintiff, v. Matthew Storman, Defendant. Case No.: CV 19-7818-CBM-(RAOx) AMENDED ORDER RE: PLAINTIFFS MOTION FOR SUMMARY JUDGMENT, pp. 17-20.

de venta al público a los activos infringidos, facilitando la prueba de la existencia de un perjuicio económico y el cálculo de la indemnización. Por otro lado, los videojuegos que estaban disponibles únicamente en la tienda virtual de Nintendo no tienen el mismo precio de venta que aquellos que son objeto de un lanzamiento convencional, siendo sustancialmente más baratos (de 5 a 10 dólares)⁹³ que los alegados en su demanda (de 20 a 60 dólares).

En todo caso, de la redacción de la demanda de Nintendo se desprende que su principal conflicto con RomUniverse se derivaba de su puesta a disposición de videojuegos que estaban siendo comercializados activamente por la empresa. Pese a numerosas referencias en dicho escrito a que en RomUniverse se alojaban copias de «*videojuegos para casi todas las consolas de videojuegos producidas por Nintendo*»⁹⁴, la verdad es que ni Nintendo ni la USDCDC se llegaron a plantear cuál sería la indemnización a determinar por la infracción de derechos de propiedad intelectual de videojuegos que puedan considerarse *abandonware*. Por tanto, cabe preguntarse cuál habría sido el veredicto y la cuantía de la indemnización si RomUniverse únicamente pusiera a disposición de los usuarios videojuegos que Nintendo ya no comercializara, y sobre los que no pudiera asociar un precio de venta al público.

En resumen, podría decirse que quizá la respuesta a la cuestión del desarrollo del movimiento *abandonware* sin demasiada oposición judicial por parte de los titulares de los derechos afectados se debe a una combinación de factores: (i) la escasa rentabilidad de los procedimientos, dadas las bajas posibilidades de cobro de la indemnización; (ii) la potencial dificultad de alegar un perjuicio económico por la puesta a disposición de obras que no están siendo comercializadas; y (iii) en relación con lo anterior, el posible precedente que podría sentar un pronunciamiento judicial que amparara el suministro digital de videojuegos que puedan considerarse *abandonware*.

V. EN BUSCA DEL EQUILIBRIO ENTRE EL ABANDONWARE Y EL DOMINIO PÚBLICO

1. EL ABANDONWARE COMO RESPUESTA ECONÓMICA A UNA DEMANDA NO SATISFECHA

En un ordenamiento jurídico ideal, en el que cada obra protegida por derechos de autor recibiera un plazo diferente y optimizado a sus circunstancias particulares, el problema del abandono y desaparición de creaciones culturales se reduciría. Así, el plazo de protección de los derechos de autor terminaría

⁹³ Como puede comprobarse viendo los precios de compra que figuran en el siguiente enlace: <https://www.usgamer.net/articles/what-are-the-best-nintendo-3ds-virtual-console-games>.

⁹⁴ Nintendo of America Inc. v. Matthew Storman Complaint (Attorney Civil Case Opening), 2:19-cv-07818, p. 6.

cuando el coste social de la protección fuera equivalente al beneficio marginal obtenido por esta exclusividad, lo que se aproximaría más al momento en que el propietario de los derechos de autor deja voluntariamente de suministrar la obra al público⁹⁵.

Se impone, en consecuencia, una actualización de la legislación sobre propiedad intelectual para adaptarla a los desafíos que la era digital impone a los modelos legales tradicionales. Algunos autores señalan la incapacidad de las administraciones públicas, sus agentes y entidades gestores para la protección de los derechos de autor en la esfera digital, que ha resultado en las múltiples iniciativas y estudios llevados a cabo en los últimos años en el panorama internacional para tratar de mantener al día los ordenamientos jurídicos con la vertiginosa realidad tecnológica⁹⁶.

Por su parte, la actual configuración del dominio público implica que, en la práctica, para cuando estas obras sean de libre acceso legal, sean completamente incompatibles con la realidad tecnológica del momento, o los soportes o el código fuente se hayan degradado o perdido.

Como demuestra la puesta en práctica y la extensión del *abandonware*, los costes de explotación en materia de productos y servicios digitales pueden llegar a ser mínimos, si simplemente se alojan en Internet o en cualquier otro repositorio los ROMs, ejecutables o archivos de los que se compongan estos títulos. De la labor de aficionados e informáticos sobre estos videojuegos pueden lograrse funcionalidades y compatibilidades adicionales en el *software*, así como, principalmente, su actualización o remasterización, o su acceso y disfrute mediante plataformas actuales⁹⁷.

Por otro lado, lo cierto es que la existencia —y éxito— de plataformas de venta de videojuegos como Good Old Games (más conocida como «GOG») demuestra que los usuarios están dispuestos a pagar por videojuegos, sin importar su antigüedad, si estos les son suministrados de manera legal. En GOG pueden encontrarse títulos tan antiguos como el «Metal Gear» (1987) o el «Doom» (1993) por unos 5 euros, que han sido adquiridos por miles de usuarios.

De lo anterior se desprende que es indudable que, en los casos en los que los consumidores están dispuestos a abonar un precio superior a los costes de

⁹⁵ D. W. K. KHONG, «Orphan Works, Abandonware and the Missing Market for Copyrighted Goods», *International Journal of Law and Information Technology* (2007), p. 7.

⁹⁶ N. BELLOSO MARTÍN, «La protección de los derechos fundamentales en la era digital: su proyección en la propiedad intelectual», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (2009), p. 9.

⁹⁷ Por ejemplo, aficionados han logrado, a partir del código fuente del videojuego «Super Mario 64», relanzar dicho título con texturas y modelos actualizados, creando un auténtico videojuego adaptado para su funcionamiento en PC (un «port»), y no un mero emulador de ROMs, como los puestos a la venta por Nintendo: <https://screenrant.com/super-mario-64-pc-port-overhaul-mod-textures/>.

venta y distribución por determinados videojuegos, puede extraerse un beneficio para los titulares de derechos. No obstante, debe tenerse en cuenta que estos derechohabientes pueden estar renunciando a estos potenciales beneficios como parte de una estrategia de comercialización que les reporte mayores ingresos en el futuro.

El principal obstáculo, por tanto, se deriva de lograr el equilibrio entre la promoción de la cultura y el acceso del público a estas obras, por un lado; y los derechos de exclusiva y remuneración que pertenecen a sus titulares, por el otro. En este sentido, el siguiente apartado tratará de hallar, por medio de la adaptación de mecanismos legales ya existentes, el punto de equilibrio en esta balanza.

2. UNA POSIBLE ADAPTACIÓN DEL MARCO LEGISLATIVO EUROPEO PARA DAR CABIDA AL ABANDONWARE

Con carácter previo al análisis de posibles figuras adaptadas a estas explotaciones del patrimonio intelectual, deviene necesario subrayar la necesidad de contar con un marco legislativo homogéneo al respecto en el territorio de la Unión Europea. Como se ha señalado anteriormente, el entorno digital tiene una naturaleza intrínsecamente transfronteriza, que permite el acceso global a todo tipo de contenidos. Consecuentemente, un número de las carencias legales detectadas a lo largo de este artículo podrían resolverse mediante la implementación de nuevos conceptos autónomos del Derecho de la Unión Europea y sistemas uniformes que aporten certeza y seguridad jurídica.

En primer lugar, de las diferencias de trato y calificación de los videojuegos a lo largo de los Estados Miembros de la Unión Europea se generan dificultades para su explotación y acceso por los usuarios, como evidencia el desarrollo del movimiento *abandonware*. Es destacable que los videojuegos, pese a ser obras indudablemente artísticas y elaborados mediante un importante proceso creativo e intelectual, no cuentan con un concepto propio que contemple las particularidades de su creación y explotación, como sí poseen obras como las fotográficas o musicales.

Siendo los videojuegos una categoría de obra ciertamente ecléctica, un primer paso para su protección podría resultar de su definición como concepto autónomo de Derecho de la Unión Europea. No sería la primera vez que la protección jurídica del *software* en territorio europeo requiere de la institución de nuevos conceptos autónomos: en su célebre y ya mencionada STJUE Usedsoft, en un contexto de compraventa de *software* de segunda mano, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea calificó el concepto de «venta» como concepto autónomo del Derecho europeo. Esto exige una definición única y armonizada para todos los Estados Miembros, que los jueces nacionales deberán aplicar

sin basarse en interpretaciones previas que puedan existir en cada uno de los ordenamientos nacionales⁹⁸.

Así, una propuesta para la definición de este concepto autónomo de videojuego podría ser *«obra multimedia, integrada mediante un programa de ordenador y que requiere de la interacción activa de uno o varios usuarios para ser ejecutada o disfrutada»*.

Una vez los ordenamientos de la Unión Europea contaran con una definición uniforme de estas categorías de obras, se podrían instituir las figuras legales necesarias para dar respuesta a las particularidades que la creación y explotación de videojuegos acarrea.

La primera de estas deficiencias, como se ha ido argumentando a lo largo del presente trabajo, es la falta de encaje de la configuración actual del concepto de dominio público a los videojuegos: la extensión de este plazo —en España, hasta ochenta años tras la publicación de la obra o la muerte de su autor— está completamente desvinculado de la realidad y el ciclo de vida de los juegos electrónicos. En efecto, resulta absolutamente desproporcionado pensar que un videojuego publicado hace ochenta años podrá ser compatible o interoperable con los sistemas actuales, lo que desvirtúa en su totalidad la función del dominio público.

Por otro lado, en numerosas ocasiones el acceso a estos títulos se ve restringido décadas antes de que puedan formar parte del dominio público, por motivos tan dispares como la pérdida de interoperabilidad tecnológica con las plataformas y dispositivos posteriores, decisiones comerciales de sus titulares, o expiración de los contratos de licencia que permitían su explotación. Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que, bajo la configuración legal actual, hasta que un videojuego no entre en el dominio público a sus titulares corresponderán los ingresos que de sus derechos de remuneración se deriven.

Tal y como se ha expuesto, esta falta de disponibilidad de títulos en los que continúa existiendo un interés por parte de los usuarios tiene su respuesta en el movimiento *abandonware*, por el cual estos videojuegos se actualizan, optimizan y se hacen accesibles al público —normalmente— de manera gratuita.

El *abandonware* opera, en los mejores casos, amparado por la previsión legal del acceso a obras huérfanas, si bien lo más habitual es que los títulos así ex-

⁹⁸ En palabras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia C-467/08 Padawan/SGAE del 21 de octubre de 2010, parágrafo (32): *«se desprende de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar»*.

plotados infrinjan los derechos de exclusiva de sus titulares. Frecuentemente, estos titulares no se oponen activamente a estas vulneraciones de sus derechos, dado que en ese momento no pretenden obtener ningún beneficio comercial de la explotación de la obra afectada.

Las figuras del *fair use* o el *ius usus inocui* analizadas previamente son susceptibles de proporcionar cierto respaldo legislativo al *abandonware*, si bien no permiten amparar la puesta a disposición, adaptación, conservación y difusión de las obras que caracterizan al movimiento.

Una manera de compatibilizar los intereses expuestos hasta el momento podría derivarse de la creación de una figura jurídica que supusiera un paso previo a la entrada en el dominio público de los derechos de explotación de los videojuegos. Esta herramienta podría configurarse como una manera de dar legitimidad al objetivo más loable del movimiento *abandonware*: dar acceso y difusión a obras de propiedad intelectual que han sido abandonadas, pero que continúan poseyendo una importante relevancia cultural.

Asimismo, esta figura cuenta con la ventaja de no tener que modificar la duración del dominio público en los diferentes ordenamientos y tratados internacionales suscritos. Como se ha visto, los plazos determinados legalmente de duración del dominio público se aplican de manera uniforme a todas las posibles expresiones artísticas, sin importar sus particularidades. Si, atendiendo a la naturaleza de las diferentes categorías de obras creativas y a sus ciclos de explotación, se introdujeran —en aquellos casos que lo precisaran— etapas previas al paso a dominio público, se podrían conjugar los intereses específicos de los autores con el acceso y disfrute de la población a los bienes culturales.

El sistema propuesto no es ninguna novedad. Estudios de videojuegos como Bethesda Softworks LLC («Bethesda») o Rockstar Games («Rockstar») han llegado a ser objeto de crítica e incluso parodias por relanzar frecuentemente los mismos títulos para generaciones sucesivas de consolas⁹⁹.

Por supuesto, Bethesda y Rockstar conocen perfectamente la rentabilidad de los mencionados títulos, y saben que cada relanzamiento les aportará beneficios

⁹⁹ Desde que Bethesda lanzó el videojuego «The Elders Scrolls V: Skyrim» en 2011 para Xbox 360 y PS3, ha sido objeto de su puesta a la venta en las siguientes consolas: PS4 y Xbox One (2016), Nintendo Switch (2017), PlayStation VR (2017) y PS5 y Xbox Series S/X (2021). Del mismo modo, Rockstar ha editado su «Grand Theft Auto V» en PS3 y Xbox 360 (2013), Ps4 y Xbox One (2015) y PS5 y Xbox Series S/X (2021). Cabe destacar que el reciente tráiler de anuncio de la adaptación del «Grand Theft Auto V» para la nueva generación de consolas es uno de los vídeos más denostados en Youtube, debido al hartazgo de los aficionados ante sus sucesivas reediciones: <https://es.ign.com/grand-theft-auto-online/176075/news/ha-consumido-gta-v-la-paciencia-y-el-amor-de-sus-fans-el-trailer-de-la-version-de-ps5-y-xbox-series>.

adicionales sobre un *software* ya desarrollado, y cuyo coste de actualización e interoperabilidad se verá compensado con creces.

Por ello, esta configuración del *abandonware* debe tener en cuenta que la facultad de comercializar o no los derechos de explotación de los juegos electrónicos pertenece únicamente a su titular, hasta la entrada de estos en el dominio público.

Afortunadamente, no es necesario desarrollar un sistema legal nuevo para la consecución de este propósito, ya que la implementación de esta iniciativa puede desarrollarse a partir del marco establecido por los artículos 8 y siguientes de la Directiva DAMUD, relativo al uso de obras y otras prestaciones fuera del circuito comercial por parte de las instituciones responsables del patrimonio cultural.

Estos preceptos imponen a los Estados Miembros de la Unión Europea la obligación de disponer que entidades de gestión colectivas puedan concluir contratos de licencia no exclusivos para fines no comerciales con instituciones responsables del patrimonio cultural, con el fin de reproducir, distribuir, poner a disposición o comunicar al público de obras o prestaciones que estén fuera del circuito comercial y se hallen de forma permanente en su colección¹⁰⁰. Precisamente los objetivos de esta excepción coinciden en gran parte con los del movimiento *abandonware*: hacer frente a la obsolescencia tecnológica, evitar la degradación de los soportes originales y asegurar la supervivencia de dichas obras y prestaciones¹⁰¹.

El Considerando (37) de esta Directiva contempla expresamente la aplicabilidad de esta limitación y mecanismos de concesión de licencias a «*diferentes tipos de obras y otras prestaciones, entre ellas las fotografías, los programas informáticos, los fonogramas, las obras audiovisuales y las obras de arte únicas, incluyendo las que en algún momento hayan estado disponibles en el circuito comercial*», por no cabe duda de que los videojuegos han sido incluidos como obras susceptibles de beneficiarse de esta herramienta de licenciamiento.

En nuestro país, la Biblioteca Nacional de España («BNE»), en colaboración con asociaciones del sector del videojuego, está desarrollando una labor de conservación y acceso de los videojuegos creados en España¹⁰². Esto revela un creciente interés nacional en fomentar el archivo, catálogo y acceso a estos títulos, que puede ser enriquecido y complementado por el régimen de licencias establecido por la Directiva DAMUD.

¹⁰⁰ Artículo 8.1. de la Directiva DAMUD.

¹⁰¹ Considerando (27) de la Directiva DAMUD.

¹⁰² Para más información al respecto puede consultarse la siguiente nota de prensa de la Biblioteca Nacional de España: <http://www.bne.es/es/AreaPrensa/noticias2021/0118-bne-amplia-coleccion-videojuegos-con-ayuda-asociaciones-y-particulares.html>.

Es destacable que la BNE, para realizar la labor expuesta en el párrafo anterior, no requiere únicamente de la colaboración de asociaciones del sector, sino que gran parte de los esfuerzos provienen de particulares. Al igual que en el movimiento *abandonware*, el trabajo de adaptación, conservación y actualización del *software* por parte de estas personas puede llegar a suponer uno de los principales pilares para la preservación y acceso por parte del público a estos títulos. Por tanto, una colaboración de instituciones del patrimonio cultural con los usuarios y particulares que han propiciado el movimiento *abandonware* puede servir para aprovechar la sinergia de los conocimientos, habilidades técnicas y demás recursos de estos últimos, y así realizar una labor de conservación y divulgación mucho más eficiente y efectiva.

Por su parte, la EUIPO ha puesto en marcha recientemente un «Portal de obras fuera del circuito comercial» («Portal FCC») públicamente accesible, para facilitar el intercambio de información sobre el patrimonio cultural europeo. Es de reseñar que el sistema de filtros de búsqueda de dicho portal contiene diversas categorías de obras, entre las que se incluyen los videojuegos¹⁰³.

Los requisitos que impone la Directiva DAMUD para el otorgamiento de estas licencias son los siguientes: (i) la entidad de gestión colectiva afectada debe ser lo suficientemente representativa de los titulares de derechos relativos al tipo pertinente de obras; (ii) se debe garantizar a todos los titulares de derechos igualdad de trato en relación con los términos de la licencia ofertada; (iii) siempre que sea posible, se debe indicar el nombre del autor u otros titulares de derechos identificables; y (iv) las obras o prestaciones se pondrán a disposición en sitios web no comerciales¹⁰⁴.

El primero de los obstáculos, por tanto, es el hecho de que los videojuegos carezcan a día de hoy de una entidad de gestión específica. El sector de titulares de derechos de propiedad intelectual sobre obras de *software* y programas de ordenador ha defendido tradicionalmente sus intereses por medio de asociaciones privadas como la Business Software Alliance¹⁰⁵; o la Interactive Software Federation of Europe, en la que está integrada la Asociación Española de Videojuegos¹⁰⁶. En este sentido, estas asociaciones no constituyen entidades

¹⁰³ A diferencia del buscador de obras huérfanas también desarrollado por la EUIPO, y mencionado en el apartado 4.1. del presente artículo. Sin embargo, actualmente no consta que se haya incluido ningún juego electrónico en dicha categoría. Puede accederse a dicho portal mediante el siguiente enlace: <https://euiipo.europa.eu/out-of-commerce/#/>

¹⁰⁴ Artículos 8.1. y 8.2 de la Directiva DAMUD.

¹⁰⁵ Grupo comercial establecido por la compañía estadounidense de *software* Microsoft en 1988, con el objetivo de representar a los fabricantes de *software* comerciales. Puede consultarse más información al respecto en el siguiente enlace: <https://www.bsa.org/es>

¹⁰⁶ Asociación que representa los intereses del sector de los videojuegos en Europa. Más información disponible en el siguiente enlace: <http://www.aevi.org.es/aevi/la-asociacion/>

de gestión propiamente dichas, lo que podría entenderse que dificulta la aplicabilidad de los mencionados preceptos de la Directiva DAMUD.

No obstante, el Considerando (32) de dicha Directiva y el artículo 8.3 establecen que, cuando no exista una práctica de gestión colectiva para los derechos de un determinado tipo de obra u otra prestación, o cuando la entidad de gestión colectiva pertinente no sea lo suficientemente representativa de la categoría de los titulares de derechos y de los derechos en cuestión, las instituciones responsables del patrimonio cultural deben poder poner a disposición en línea en todos los Estados miembros las obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial que se encuentran de forma permanente en su colección, al amparo de una excepción o limitación armonizada de los derechos de autor y derechos afines.

En consecuencia, de conformidad con la Directiva DAMUD, los videojuegos que sean considerados *abandonware* podrían ponerse a disposición del público en línea directamente por las instituciones culturales que contaran de ellos de manera permanente en sus colecciones.

Ninguno de los demás requisitos expuestos supondría ningún inconveniente para la instauración de este modelo. Por otra parte, la Directiva DAMUD incluye numerosas precisiones que resultan de gran utilidad a la hora de definir y poner en práctica la propuesta de legalización del *abandonware*.

En primer lugar, el artículo 8.5 de la Directiva DAMUD permite determinar cuándo una obra o prestación está fuera del circuito comercial: cuando, tras un esfuerzo razonable, pueda presumirse de buena fe que la obra no está a disposición del público a través de los canales comerciales habituales. Asimismo, su Considerando (38) precisa que el hecho de que una obra esté disponible de manera limitada en comercios de segunda mano, o que exista una posibilidad teórica de obtener una licencia sobre ella, no impide que la obra afectada se considere fuera de los canales de distribución habituales.

En este contexto, los videojuegos cuentan con una ventaja indiscutible, derivada de lo extendido de su comercialización por Internet. En la práctica, más del 90% de las ventas de videojuegos se producen en formato digital¹⁰⁷, desde un número limitado de plataformas (Steam, GOG, PlayStation Store, Microsoft Store, etc.). Por tanto, la labor razonable de comprobación de disponibilidad comercial de un juego electrónico puede hacerse en segundos, mediante una simple búsqueda automatizada en dichos portales de venta.

¹⁰⁷ Concretamente, un 91%, según datos disponibles en el siguiente enlace: <https://gamerant.com/2020-game-industry-revenue-digital/>

En segundo lugar, el mismo artículo 8.5 señala que los Estados Miembros podrán especificar requisitos como una fecha límite para determinar si las obras o prestaciones pueden ser objeto de licencia. Dado que no parece razonable que el mismo instante en el que un videojuego deje de ser comercializado este pase a ser considerado *abandonware*, este mecanismo puede emplearse para determinar cuál es el plazo para entender que dicho título no está siendo explotado económicamente por su titular.

Siguiendo esta premisa, un videojuego podría ser clasificado como *abandonware* al transcurrir más de diez años desde su última puesta a la venta o comercialización por los canales comerciales y plataformas habituales. Este período de tiempo se ha determinado a partir de la duración de los ciclos de vida de las consolas: por lo general, aproximadamente cinco años separan el lanzamiento de una consola de su sucesora¹⁰⁸. Al establecer un plazo que abarque, al menos, dos generaciones de estos sistemas se puede asegurar que el titular de los derechos del videojuego disponga de opciones para ponerlo a la venta —con la flexibilidad adicional que proporciona su comercialización en ordenadores personales o PC—¹⁰⁹.

En tercer lugar —y quizá el elemento clave para la aceptación de esta propuesta de explotación del *abandonware* por parte de sus titulares—, el artículo 8.4 de la Directiva DAMUD establece que todos los titulares de derechos podrán, en cualquier momento, de manera fácil y de manera efectiva, excluir sus obras de la aplicación de este mecanismo. Una vez aplicada, esta exclusión no debe afectar a las reclamaciones de remuneración por el uso efectivo de la obra o prestación objeto de licencia.

Como señala el Considerando (47) de la Directiva DAMUD, la concesión de estas licencias no debe afectar negativamente al valor económico de los derechos involucrados, ni privar a los titulares de dichos derechos de beneficios comerciales considerables. En este sentido, la mencionada Directiva no exige ni prohíbe que la implementación de esta excepción conlleve una remuneración para los titulares de derechos de propiedad intelectual.

Sin embargo, la configuración de este límite como una excepción remunerada concedería a los titulares de derechos un incentivo para no aplicar su facultad de excluir sus obras de este mecanismo, otorgándoles una compensación por el uso de sus títulos por parte de las instituciones culturales. Como se ha visto, los usuarios y aficionados están más que dispuestos a abonar el precio que corresponda para acceder a estos títulos, por lo que esta remuneración

¹⁰⁸ Estimación tomada a partir de los datos disponibles en el siguiente enlace: <https://www.tomsguide.com/news/ps5-xbox-series-x-generation-lifecycle>

¹⁰⁹ Del mismo modo que el Convenio de Berna prevé un plazo de duración de derechos que abarque dos generaciones de descendientes del autor,

podría repercutirse directamente sobre ellos. Del mismo modo, esto colocaría a los titulares de derechos afectados en igualdad de condiciones con aquellos que obtengan compensación de la explotación de sus obras por medio de un sistema de licencias¹¹⁰.

Así, los estudios de videojuegos que no tengan un particular interés en relanzar o comercializar un título que sea calificado como *abandonware* podrían percibir ingresos por su explotación sin tener que destinar ningún recurso para ello. Por añadidura, esta herramienta les sería útil para estudiar los datos de descarga y uso de estos títulos, y averiguar qué obras de sus catálogos de derechos mantienen el interés de los usuarios una vez concluida su ventana de comercialización.

Idealmente, esto implicaría que una vez los titulares de derechos verificaran que existe un beneficio y una demanda asociada a videojuegos objeto de *abandonware*, podrían ejercer su derecho a excluirlos de esta excepción y adaptarlos para su puesta a la venta en plataformas modernas, remasterizarlos, o comercializarlos de cualquier otra manera.

La delimitación del plazo de diez años no pretende condicionar la titularidad y pleno dominio de los derechos de explotación de los titulares a su efectiva y consistente explotación en el tiempo, sino que únicamente permite precisar cuándo un videojuego se ha convertido efectivamente en *abandonware*. Se intenta así dar legitimidad a los objetivos más loables del movimiento, combinada con la retribución a los legítimos titulares de los ingresos correspondientes a la explotación de las obras consideradas *abandonware*.

Si estos incentivos no fueran suficientes para los titulares de derechos, podría estudiarse el condicionar la retirada de estas prestaciones de este sistema a un compromiso de comercialización en los próximos diez años, transcurridos los cuales el videojuego volvería a ser considerado *abandonware*. Este plazo tiene en cuenta el período medio de desarrollo de un videojuego, habitualmente entre 3 y 5 años, de modo que sus titulares dispongan de un amplio margen si desean relanzar su obra¹¹¹.

Es cierto que esta restricción podría entenderse como una extralimitación dado que, en última instancia, la facultad de explotar o no los derechos de propiedad intelectual pertenecen irrevocablemente a sus titulares, si bien su implantación aseguraría al público la disponibilidad y disfrute de estas obras.

¹¹⁰ M. MORÁN RUIZ, «Mecanismos introducidos en el derecho de la unión europea para facilitar el uso de obras y prestaciones fuera del circuito comercial por parte de instituciones responsables del patrimonio cultural», *Cuadernos Jurídicos Instituto Autor*, 2020, p. 6.

¹¹¹ Estos plazos, obviamente, dependerán de la entidad y tamaño del videojuego a desarrollar, pero puede establecerse un periodo medio del sector atendiendo a los datos disponibles en el siguiente enlace: <https://geekygamingstuff.com/how-long-does-it-take-to-develop-video-games/>

En todo caso, la renuncia de los derechohabientes a estas modalidades de explotación no debería impedir las labores de preservación, adaptación y actualización de estos títulos por parte de las instituciones de patrimonio cultural, asociaciones y particulares, ya que pueden impedir la efectiva desaparición de cientos de obras creativas.

Es cierto que el reparto de estos beneficios podría originar situaciones conflictivas respecto a juegos electrónicos *abandonware* que dependieran de licencias y/o derechos de terceros: los diferentes titulares de derechos podrían no ponerse de acuerdo en las cantidades a percibir; el contrato de explotación podría haber expirado, los derechos de propiedad intelectual de las partes podrían haber sido cedidos a terceras partes, etc. En estos casos, los titulares de derechos de propiedad intelectual e industrial tendrán la opción de llegar a un acuerdo sobre la gestión de estos nuevos ingresos, o renunciar a ellos solicitando la exclusión de sus obras de esta iniciativa.

Si se aúnan los esfuerzos de todas las instituciones del patrimonio cultural europeas, se podría lograr recopilar un gran número de videojuegos *abandonware* que, de lo contrario, serían susceptibles de desaparecer completamente del panorama cultural. Dadas las limitaciones de la configuración actual de la institución del dominio público, deviene necesaria una figura previa, que conceda a los titulares de derechos la remuneración que la demanda de estas obras genera, y a los usuarios la posibilidad de acceder y disfrutar de sus obras favoritas, sin importar el tiempo transcurrido desde su comercialización inicial.

Este artículo se ha desarrollado desde un enfoque europeo, pero con aspiraciones globales. Se espera que las ventajas de este sistema para todas las partes implicadas potencien su expansión transfronteriza: lo idóneo sería contar con un único portal global, en el que las instituciones del patrimonio cultural internacionales pudieran poner a disposición del público la totalidad de los títulos *abandonware* de sus catálogos, repartiendo a los titulares de derechos las remuneraciones así obtenidas.

VI. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo se ha tratado de compatibilizar el objetivo del paso de los derechos de propiedad intelectual de bienes culturales al control y disfrute por parte de la sociedad en su conjunto, otorgando así libres facultades de explotación y acceso a los ciudadanos, con los intereses comerciales y económicos de los titulares de derechos de videojuegos.

Como se ha podido analizar, la interpretación de la figura del dominio público no es uniforme ni entre diferentes ordenamientos nacionales ni en la doctrina jurídica: la cuestión de la duración —o incluso intemporalidad— de los dere-

chos de propiedad intelectual de las obras creativas es una cuestión objeto de cierta polémica. Como principal crítica a la determinación legislativa de estos plazos se opone el hecho de que no tengan en cuenta las diferentes especificidades que las diferentes categorías de obras puedan tener a la hora de ser disfrutadas o explotadas.

En este sentido, los videojuegos como obras intelectuales cuentan con una serie de particularidades que provocan que los plazos para su entrada en dominio público no se adapten en absoluto a las circunstancias de sus ciclos comerciales y ventanas de explotación. Complica su situación legal el hecho de que los juegos electrónicos compongan una categoría de obras cuya calificación no es unánime por parte de la doctrina o los ordenamientos internacionales.

De esta inadaptación del sistema del dominio público a las características de los videojuegos surge el movimiento *abandonware*, principal cuestión tratada a lo largo de este artículo.

Desde una perspectiva ideal, lo cierto es que el objetivo de esta iniciativa es la preservación y el fomento del acceso y difusión de obras sujetas a derechos de propiedad intelectual que están fuera del circuito comercial o que, de otro modo, puedan llegar a perderse por completo. De la observación del desarrollo del *abandonware* es posible determinar que existe un innegable interés por parte de los usuarios por acceder y disfrutar de títulos de videojuegos antiguos y descatalogados, por los que los cuales los titulares de derechos podrían recibir beneficios económicos si se pusieran a disposición de los usuarios de manera remunerada.

Desafortunadamente para los usuarios y asociaciones propulsores del *abandonware*, la práctica totalidad de los actos de reproducción, descarga, transformación o adaptación realizados sobre los videojuegos resultan en la infracción de derechos de propiedad intelectual o industrial de sus titulares. No es así cuando estos títulos pueden considerarse como obras huérfanas; si sus titulares han desaparecido o no pueden ser localizados, existen mecanismos legales para facilitar su acceso y disfrute por parte del público.

Es verdad que existe algún precedente en los Estados Unidos de América que ampara el desarrollo y comercialización de emuladores de videojuegos, pero estos programas de ordenador requerirán la posesión de copias originales y legítimas de los videojuegos a reproducir. Esto no siempre es posible cuando se trata con *abandonware*: lo más probable es que los soportes físicos se hayan deteriorado en unas pocas décadas —mucho antes de que finalice el período de protección de sus derechos de propiedad intelectual— quedando inservibles e irreproducibles por sus propietarios.

En todo caso, los titulares de derechos sobre videojuegos disponen de la facultad de decidir sobre la comercialización o no de sus títulos, así como sobre oponer

sus derechos ante aquellos actos de explotación y puesta a disposición que se realicen sobre dichos juegos electrónicos, sean considerados *abandonware* o no. Incluso en casos en que los actos de explotación están amparados por la legislación o los tribunales, las grandes empresas del sector del videojuego son capaces de impedir que los usuarios puedan seguir disfrutando de sus juegos favoritos una vez transcurrida su ventana de comercialización.

Sin perjuicio de lo anterior, la innegable demanda de los videojuegos objeto de *abandonware* —así como las deficiencias detectadas en la aplicabilidad de la institución del dominio público a estos títulos—, sumada a las escasas posibilidades que tienen los titulares de derechos de cobrar las sanciones obtenidas como respuesta a las infracciones de sus derechos de propiedad intelectual, sugieren que existe la posibilidad de configurar el movimiento *abandonware* como una iniciativa que permita la puesta a disposición para los usuarios de estos títulos y retribuir adecuadamente los derechohabientes por dichos actos de explotación.

En efecto, la práctica demuestra que los costes relativos a crear un repositorio digital en el que se alojen los ROMs o archivos de videojuegos sometidos a *abandonware* son mínimos, y que los usuarios están más que dispuestos a pagar por disfrutar de sus títulos favoritos. El hecho de que la propia EUIPO ya haya habilitado en su Portal FCC la categoría de videojuegos quizá anticipe por parte de esta oficina una iniciativa similar a la propuesta, dando cabida al *abandonware* en dicha plataforma.

No obstante, como se ha adelantado, para poder implementar este sistema se impone la necesidad de contar con un marco legal homogéneo sobre el videojuego, como mínimo, en el territorio de la Unión. En consecuencia, se ha propuesto la definición de los videojuegos como concepto autónomo de la Unión Europea, permitiendo así que este sistema legal unitario europeo tenga en cuenta las necesidades particulares del sector de los juegos electrónicos y dé respuesta a las deficiencias señaladas a lo largo de este trabajo.

Se propone así la instauración de una figura jurídica previa al dominio público, aplicable a los videojuegos que hayan dejado de ser comercializados por sus titulares, y que no se prevea que vayan a ponerse a disposición del público en el futuro. Esto no quiere decir que se deba desarrollar un marco legislativo completamente nuevo en Europa, ya que esta propuesta tiene encaje en la excepción plasmada en los preceptos 8 y siguientes de la reciente Directiva DAMUD, relativos al uso de obras y otras prestaciones fuera del circuito comercial por parte de las instituciones responsables del patrimonio cultural.

Estos artículos permiten que las entidades de gestión colectiva puedan concluir contratos de licencia no exclusivos con fines no comerciales para que dichas instituciones puedan poner a disposición del público obras que estén fuera

del circuito comercial. En la práctica, y adaptado a los videojuegos dejados de comercializar, esta figura supondría una manera de legalizar el movimiento *abandonware*. Así, podría establecerse que los títulos que no hayan vuelto a ser puestos a la venta al transcurrir más de diez años desde la última vez que estuvieron disponibles en los canales comerciales habituales, pasen a ser considerados automáticamente como *abandonware*.

Los objetivos de ambas iniciativas son comunes, ya que pretenden, principalmente, hacer frente a la obsolescencia tecnológica, evitar la degradación de los soportes originales y, en definitiva, asegurar la supervivencia de obras culturales.

Aunando esfuerzos de particulares, asociaciones, instituciones de patrimonio público como la Biblioteca Nacional de España y titulares de derechos sobre videojuegos, las instituciones culturales europeas, mediante la infraestructura ya disponible del Portal FCC de la EUIPO, pondrían a disposición del público videojuegos *abandonware*, aprovechando las sinergias y conocimientos técnicos de los promotores de este movimiento.

Está demostrado que los usuarios están dispuestos a pagar por los videojuegos, sin importar su antigüedad o aspecto gráfico. Dado que la Directiva DAMUD ni impone ni prohíbe que los actos de reproducción, explotación, descarga y puesta a disposición de obras intelectuales que implica esta excepción impliquen una remuneración para los titulares de derechos, establecer un coste por su descarga asegurará que los *publishers* y demás derechohabientes vean rentable la inclusión de sus *abandonware* en estos portales: por un coste prácticamente cero recibirán ingresos de todos aquellos usuarios que quieran disfrutar de sus videojuegos favoritos. Además, de los datos comerciales obtenidos por estas descargas podrían comprobar cuáles de sus títulos antiguos continúan teniendo una cantidad considerable de aficionados, facilitando así sus estudios de mercado y, posiblemente, permitiéndoles analizar qué títulos sería rentable remasterizar o relanzar.

Por supuesto, esta facultad de decidir sobre si volver a comercializar o no estos títulos no debe ser renunciada por parte de los titulares de derechos, que deben tener en todo momento la capacidad de decidir sobre la explotación de sus activos. Esto es tenido en cuenta por la Directiva DAMUD, que en su artículo 8.4 establece que todos los titulares de derechos podrán, de manera fácil y efectiva, excluir sus obras de la aplicación de este mecanismo, en cualquier momento.

Idóneamente, el sistema propuesto implicaría que los titulares de derechos que no tuvieran planeado comercializar un videojuego que pudiera ser considerado *abandonware* recibirían, sin coste alguno, ingresos derivados de su puesta a disposición de los usuarios por parte de las instituciones culturales. Con el tiempo, podrían comprobar que algún título en particular continúa generándoles grandes beneficios, aunque en su momento consideraran que no existía demanda suficiente para continuar comercializándolo.

En consecuencia, los titulares no tendrían más que ejercitar su derecho a excluir dicho título de la aplicabilidad de la excepción mencionada, y poner a la venta el videojuego por su propia cuenta al precio que elijan, recibiendo así los beneficios directamente. Incluso podría darse el caso de que comprobaran que la demanda de un videojuego en concreto es tan abundante que justifica su remasterización, *remake*, o el desarrollo de cualquier otra obra derivada sobre él.

La provisión de un servicio de puesta a disposición de videojuegos *abandonware* completamente legal, que remunere adecuadamente a los titulares de sus derechos y que cuente con el impulso institucional de organismos públicos del patrimonio cultural, además de aportar todas las ventajas expuestas a usuarios y derechohabientes, eliminará prácticamente por completo la existencia de actos de piratería e infracciones de derechos de propiedad intelectual e industrial sobre estos títulos. En palabras de Gabe Newell, cofundador y director general de la empresa desarrolladora de videojuegos y de distribución digital Valve Software, y una de las voces referentes en el sector: «*La forma más fácil de acabar con la piratería no es poner en marcha tecnología antipiratería. Es dando a esas personas un servicio mejor que el que reciben de los piratas*»¹¹².

En conclusión, esta etapa previa a la entrada del dominio público de los videojuegos dejados de comercializar permitiría conjugar las necesidades de los usuarios y aficionados que recurren al *abandonware* como única vía de disfrutar de sus títulos favoritos, con los derechos de explotación e ingresos que pertenecen a los titulares de derechos de estos videojuegos. Por añadidura, se lograría desarrollar una labor de conservación y supervivencia de auténticas joyas culturales que, de lo contrario, podrían desaparecer y perderse para siempre por la inacción o desaparición de sus *publishers*.

Queda en manos, pues, de instituciones culturales, organismos públicos, usuarios, titulares de derechos y *publishers* la labor de aunar sus esfuerzos y permitir el desarrollo de una herramienta que permitirá que miles de obras creativas vuelvan a ser accesibles al público y, sobre todo, salvadas de su potencial desaparición en las arenas del tiempo.

¹¹² Extracto de entrevista a Gabe Newell, disponible en el siguiente enlace: <https://www.gamesradar.com/gabe-newell-piracy-issue-service-not-price/#:~:text=%E2%80%9CThe%20easiest%20way%20to%20stop,re%20receiving%20from%20the%20pirates.%E2%80%9D>