

## E-SPORTS, E-GAMERS Y PROPIEDAD INTELECTUAL: A VUELTAS CON EL CONCEPTO DE ARTISTA INTÉRPRETE O EJECUTANTE

### **E-sports, e-gamers y propiedad intelectual: a vueltas con el concepto de artista intérprete o ejecutante**

Los *e-sports* o *gaming* competitivo han dado a los videojuegos una segunda vida a través de un uso secundario que a día de hoy supone un negocio de cerca de 1000 millones de dólares estadounidenses, con una tasa de crecimiento superior al 20 % interanual y picos de audiencia cercanos a los 200 millones de espectadores en las finales de las competiciones más importantes. Este sector se ha consagrado como un útil aliado para la industria del videojuego, pero también ha supuesto el nacimiento de nuevos dilemas acerca del rol del jugador o *e-gamer* dentro de él, como su posible conceptualización como artista intérprete o ejecutante.

#### **PALABRAS CLAVE**

Videojuegos, *e-sports*, *e-gamers*, Intérpretes, Interpretación, Programa de ordenador, Interfaz gráfica.

### **E-sports, e-gamers and copyright: about the concept of performers**

*E-sports* or competitive gaming have unfolded as a secondary use that accounts for a business of up to 1,000 million of US dollars, with an annual growth rate beyond the 20% and peak audiences that reach up to the 200 million of live viewers. Such sector has become an useful ally for the videogame industry, although its development has as well opened new dilemmas regarding the role of the *e-gamers* within it, such as their possible recognition as performers.

#### **KEY WORDS**

Videogames, *e-sports*, *e-gamers*, Performers, Performance, Computer programme, Graphic interface.

Fecha de recepción: 18-08-2019

Fecha de aceptación: 01-09-2019

### **1 · CONCEPTO DE E-SPORTS**

A falta de una definición legal, podemos afirmar que cualquier definición de *e-sports* se nutre conceptualmente de las siguientes notas: (i) la acción de jugar a un videojuego (ii) de forma competitiva y frente a terceras personas físicas, (iii) en el marco de un formato de competición predefinido y (iv) de forma profesional o *amateur*.

Los *e-sports*, así, suponen un subsector dentro de la industria de los videojuegos nacido al calor de la expansión y consolidación de Internet. Frente al nacimiento de los videojuegos en el año 1958 y su consolidación como industria a lo largo de los años 70 y 80, la consolidación de los *e-sports* se produce a partir de la primera década del nuevo milenio, de forma paralela al despliegue de redes de telecomunicaciones que permiten la retransmisión a través de Internet de las partidas desarrolladas dentro de los campeonatos. Por tanto, la explotación de los videojuegos a través los *e-sports* podría conceptualizarse desde un punto de vista del derecho de la propiedad intelectual como un uso secundario del videojuego producido mediante el desarrollo y comunicación pública de eventos competitivos sobre él.

Económicamente, el estado de desarrollo del sector de los videojuegos y los *e-sports* es dispar: los ingre-

tos totales del sector de los *e-sports* en el ejercicio 2018 equivalen a un 0,6 % de los ingresos totales de la industria de los videojuegos. Así, mientras que la industria de los videojuegos alcanzó a nivel global unos ingresos de 138.700 millones de dólares estadounidenses a lo largo del 2018, con un crecimiento interanual del 13,31 %, durante el mismo ejercicio los *e-sports* generaron unos ingresos de 865 millones de dólares estadounidenses, con una tasa de crecimiento interanual del 32 %. Se prevé que sus ingresos durante el presente 2019 superen los 1000 millones de dólares estadounidenses.

A pesar de la diferencia de tamaño entre ambos, los *e-sports* cumplen relevantes funciones para la industria de los videojuegos: permiten expandir el ciclo de vida medio de los videojuegos y fidelizar a su audiencia. Así lo demuestra el hecho de que los 25 videojuegos con mayor número de horas visionadas en eventos de *e-sports* llevan publicados de media más de un lustro.

Junto con lo anterior, han permitido flexibilizar el modelo de negocio de la industria de los videojuegos, pasando de la tradicional fórmula de comercialización mediante el pago por licencia de uso (*pay to play*), a otras donde la licencia de uso sobre el videojuego es gratuita, pudiendo cualquier persona descargarse libremente los archivos que contienen el videojuego —alojados en el servidor de la com-

pañía— y jugar a este (*free to play*), así como a modelos eclécticos, donde la licencia de uso sobre el videojuego es gratuita, pero donde el usuario puede adquirir ciertas mejoras en la experiencia de juego previo pago de cierta cantidad (*freemium*).

En estos nuevos modelos una de las principales fuentes de ingresos suele provenir de la gestión de un ecosistema de competiciones en el que compañías ajenas a la industria de los videojuegos se ven atraídas a invertir como patrocinadores de los eventos competitivos o de los clubes de *e-gamers*, una inversión que ha alcanzado los 340,2 millones de dólares estadounidenses en 2018. A este interés se suman las compañías de difusión de contenidos, que han encontrado en este sector un lucrativo negocio, hasta el punto de que actualmente el contenido relacionado con los videojuegos es la segunda clase de contenido más visionado en YouTube, con la existencia de plataformas dedicadas únicamente a la comunicación de contenido relacionado con los *e-sports* y los videojuegos.

## 2 · GRUPOS DE INTERÉS

El esquema de relaciones propio de la que es probablemente la obra de propiedad intelectual más sofisticada, dada la diversidad de contribuciones que se funden en ella —que incluye la participación de autores (del guion, la música, las ilustraciones o las animaciones), productores (o *publishers*) e, incluso, intérpretes o ejecutantes (de la música, las narraciones o los personajes)— se incrementa en el caso de la organización y desarrollo de una competición de *e-sports*, que añade como sujetos de interés a los organizadores de los eventos (o promotores), las plataformas de retransmisión, los patrocinadores, los clubes de jugadores y los propios jugadores (o *e-gamers*).

Como consecuencia de la ampliación de grupos de interés —e intereses contrapuestos— aparecen nuevas relaciones jurídicas que añaden complejidad a la ya propia del sector, que parte de la ausencia incluso de un marco jurídico que conceptualice al videojuego —caracterizado, bien como programa de ordenador, bien como obra audiovisual, o bien como obra multimedia compuesta de diversas aportaciones susceptibles de protección independiente—.

Entre tales relaciones cabe resaltar, a los efectos de esta reseña, la relación entre *publishers*, promotores y clubes, por un lado, y *e-gamers*, por otro, plasmadas

respectivamente en la licencia de usuario final, el contrato de participación en el campeonato y el contrato de adhesión al club y prestación de servicios.

Mediante la licencia de usuario, el *publisher* concederá al *e-gamer* el derecho de uso sobre el videojuego, pero no sobre los restantes derechos de explotación (como la concesión de una licencia que le permita la comunicación al público de su participación en eventos, derecho de comunicación que es objeto de licencia al promotor del evento). Por otro lado, las normas del torneo previsiblemente incorporarán una autorización por parte del *e-gamer* para captar y difundir su imagen en el desarrollo del evento, sin fijar contraprestación alguna. Finalmente, es habitual que el club prevea en el marco del contrato de prestación de servicios suscrito con el *e-gamer* la inclusión de una autorización por parte de este último para explotar comercialmente su imagen.

La consecuencia lógica del esquema contractual expuesto supone, en definitiva, que la contraprestación al *e-gamer* por su participación en dichos eventos y su entrenamiento se limitará a la fijada en su contrato, así como a aquellos premios que su destreza le permita obtener — que, a día de hoy, llegan a alcanzar los tres millones de dólares estadounidenses—.

No obstante, mientras que la cuantía de dichos premios supera incluso a la obtenida por algunos deportistas de élite por ganar ciertos campeonatos de primer nivel en disciplinas como el fútbol o el tenis, la contraprestación percibida por los *e-gamers* en el equivalente a una primera división nacional se aparta de la obtenida por los deportistas profesionales en estas disciplinas: para el videojuego más multitudinario por nivel de seguidores a nivel global (el conocido *League of Legends*) se ha reseñado que se situaría en torno a los 1.500 euros brutos mensuales, mientras que en su segunda división se ha estimado en torno a los 400 euros.

Esta situación puede suponer que el *e-gamer* — como sujeto que permite el desarrollo del espectáculo que son los *e-sports*— pretenda recabar, igual que hicieron los artistas musicales y cinematográficos ante el desarrollo del fonógrafo y del cinematógrafo, derechos que le permitan gobernar el uso que se haga de su participación en dichos eventos, susceptible de explotación diferenciada a través de su retransmisión o puesta a disposición. Así, no extraña que en ciertas jurisdicciones se debata su equiparación a la figura de los artistas intérpretes o ejecutantes.

### 3 · BASES DE LA POSIBLE EQUIPARACIÓN

La equiparación podría darse mediante (i) la creación de un régimen de protección específico para los *e-gamers* dentro del Ordenamiento; (ii) la incorporación de una referencia expresa a los *e-gamers* en el concepto de artista intérprete o ejecutante, consignado en el artículo 105 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (“TRLPI”); o (iii) la conclusión de que dicho artículo 105 TRLPI ya incluye a los *e-gamers* y su actividad, sin necesidad de mención expresa.

En relación con esta última posibilidad, se realizará un breve análisis de los conceptos de *e-gamer* y de artista intérprete o ejecutante, así como los requisitos que los *e-gamers* deberían cumplir para entender que el tenor del actual artículo 105 TRLPI permitiría otorgarles su protección, por encontrarse dentro de su ámbito de aplicación, lo que supondría la obtención por dichos sujetos tanto de derechos exclusivos como de mera remuneración sobre sus “interpretaciones”.

### 4 · CONCEPTO DE E-GAMER

Siguiendo las notas expuestas por la Asociación Española de Videojuegos, se puede definir el *e-gamer* como aquella persona física que participa en una competición sobre un videojuego con el fin de ganarla a través de su destreza y la de sus compañeros de equipo.

En definitiva, será una persona física, miembro de un equipo, que, de forma competitiva e independientemente de su actuación como profesional o *amateur*, juega a un videojuego dentro de un sistema de competición determinado.

### 5 · CONCEPTO DE ARTISTA INTÉRPRETE O EJECUTANTE

Frente a la concreción del concepto de *e-gamer*, se alza la amplitud del concepto de artista intérprete o ejecutante, que el artículo 105 TRLPI define sobre la base de la conducta que desarrolla: se es artista intérprete o ejecutante porque se representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta, en cualquier forma, una obra.

Desde un punto de vista conceptual, se aprecia cómo el mencionado artículo comienza con verbos cuyo contenido es más concreto (*representar, cantar, leer, recitar*) para determinar que nos encontremos frente a un sujeto calificable de artista intérprete o ejecutante —y frente a una interpretación o ejecución, fruto de su actividad artística— para finalizar empleando acciones cuyos límites resultan más difíciles de discernir (*interpretar o ejecutar*) y que terminan de difuminarse con la mención que hace dicho artículo a su desarrollo “*de cualquier forma*”.

Dado el amplio abanico de acciones que pueden cualificar la actividad de un artista intérprete o ejecutante, no es descartable *prima facie* que un *e-gamer* pudiera ser calificado como tal. No obstante, la amplitud de las acciones descritas en el artículo 105 TRLPI ha de ser puesta en relación con los caracteres definitorios que, a través de la doctrina, han permitido deslindar el concepto de interpretación o ejecución frente a otras clases de interacciones con una obra.

#### 5.1 · Carácter personal de la interpretación

La doctrina muestra cuál es la labor del intérprete o ejecutante: dar forma a la materia que es la obra. Liberar, mediante la expresión personal y destreza del artista, la obra que hasta entonces se encontraba confinada en un soporte estático, alcanzando un resultado dinámico, como hace el actor que da vida al guion que interpreta o el músico con la partitura que ejecuta.

No quiere esto decir que una interpretación o ejecución artística deba gozar de un nivel de novedad determinado para ser protegida como le resultaría exigible a una obra literaria, artística o científica. Antes bien, se trata de un elemento consustancial al carácter personal de la interpretación: esta es desarrollada por una persona a través del empleo de sus conocimientos y destrezas, al servicio de los cuales pone sus atributos físicos.

Podría pensarse que algo similar ocurre con el *e-gamer*: este pone en movimiento la interfaz gráfica del videojuego mediante las órdenes que da a su avatar siguiendo su propio estilo de juego. No obstante, la interpretación ha de ser también el resultado de la elección del intérprete o ejecutante, a través de lo que se denomina el ejercicio de su libertad interpretativa.

## 5.2 · Libertad interpretativa

La interpretación debe permitir al artista expresarse de forma personal dentro de los límites que imponga la propia configuración formal de la obra —las palabras del guion o las notas de la partitura— para lo que será necesario que la obra garantice al artista cierto margen de libertad en su interpretación. Si todos los matices o variantes interpretativas estuvieran preconfiguradas por el autor, no habría posibilidad para la labor del artista intérprete o ejecutante.

No obstante, dicha libertad es ajena a ciertas clases de obras: el uso de un programa de ordenador difícilmente resulta calificable de interpretación, ya que las opciones de interacción con él se encontrarán preconfiguradas por su código fuente, que determinará qué acciones se pueden o no realizar y cómo estas se pueden ejecutar. Así, el empleo de un procesador de texto permite la creación de una obra literaria, pero el estilo de mecanografía de su escritor no afectará a las respuestas del programa de ordenador, que siempre será la misma para cada una de sus acciones, sin margen de interpretación alguno.

Frente a ello, pareciera que un videojuego sí otorga cierta libertad de movimiento y ofrece opciones o alternativas de movimiento al *e-gamer* que, conforme a su estilo de juego propio, va ordenando a su avatar la realización de distintos movimientos. No obstante, la libertad del *e-gamer* respecto de dichos movimientos se ve constreñida por el código fuente del videojuego: igual que en los programas de ordenador, será este y no el *e-gamer* quien decidirá qué acciones puede o no ejecutar su avatar y cómo —con qué velocidad y forma concreta— se ejecutarán estas, mientras que el *e-gamer* solo podrá optar por aquellas que en cada momento crea conveniente, en línea con lo expuesto por la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos del 7.º Circuito en *Midway Manufacturing co. v. Artic International inc.* (704 F.2d 1009). De esa forma, únicamente en aquellos casos en los que el *e-gamer* dispusiera de una opción de movimientos de tal amplitud que supliera la rigidez y univocidad del código fuente, podría entenderse que existe un margen de libertad interpretativa *suficiente*.

## 5.3 · El objeto de la interpretación

Junto con lo anterior, el artículo 105 TRLPI exige que el objeto de una interpretación sea una obra. Frente a dicho requisito, la carencia de un régimen

de protección propio y la disparidad de aportaciones que componen los videojuegos —algunas de las cuales no resultan calificables de obra— permite cuestionar si la conducta del *e-gamer* tiene por objeto el videojuego en su conjunto o solo alguno de sus elementos.

La primera opción permitiría declarar que la acción del *e-gamer* cumple con este requisito. No obstante, la segunda opción podría suponer su incumplimiento para el caso de que se concluyera que la parte del videojuego sobre la que interactúa no goza de dicho carácter.

Si realizamos una análisis general de la conducta del *e-gamer*, resulta descartable que este interactúe con determinados elementos del videojuego (*v. gr.*, el código fuente, cuyo acceso suele reservarse el *publisher*, o el guion del videojuego, interpretado por los artistas gráficos, diseñadores y actores de doblaje que dotan de movimientos y voz a su avatar), por lo que puede parecer que su conducta no opera sobre el videojuego en su conjunto. Entre los elementos sobre los que sí parece interactuar, emergen dos principales que podrían ser el objeto de su actuación: las reglas y principios del propio videojuego o su interfaz gráfica.

Los principios y reglas del videojuego son los que soportan las acciones del *e-gamer*, las reglas que este procesa en cada momento para decidir qué hacer. Desde esa perspectiva, la prestación del *e-gamer* se asemejaría a la de los participantes en un concurso de destreza que superan unas pruebas sobre la base de unas reglas. Si se concluyese que esta es la base de su prestación, carecería de la protección del artículo 105 TRLPI, ya que dichos principios —por sí mismos— no son conceptualizables como obra de propiedad intelectual.

A pesar de ello, parece que también la interfaz gráfica del videojuego —susceptible de protección como obra de propiedad intelectual— pudiera ser el objeto sobre el que el *e-gamer* desarrolla su conducta: este parte en cada momento de una imagen estática de dicha interfaz y, sobre su entendimiento de ella, obtiene un resultado dinámico, fruto de las acciones que ordena realizar a su avatar. Esta conclusión, sin embargo, es discutible: mientras que un cambio en la interfaz gráfica no debería producir un cambio en el patrón de decisiones del *e-gamer*, un cambio en las reglas del videojuego sí que lo haría. Emergen estas últimas, por tanto, como la base de su decisión entre las distintas acciones posibles a tomar ante cada situación, sin perjuicio de que la elección se refleje en una acción

dinámica representada por la interfaz, como resultado —y no causa— de la interacción del *e-gamer*.

#### 5.4 · Argumentos accesorios a la consideración del *e-gamer* como artista

Como vemos, existen razones de peso para combatir la identificación del concepto de *e-gamer* con el de artista intérprete o ejecutante, por no cumplir su conducta con los requisitos del artículo 105 TRLPI. No obstante, existen ciertas razones accesorias a favor de esa identificación.

Entre dichas razones, destacan las de orden económico. Dada la falta de participación *prima facie* del *e-gamer* en los beneficios obtenidos por su prestación en los eventos, el otorgamiento de los derechos reconocidos a los intérpretes y ejecutantes permitiría suavizar la cara menos amable del sector: la de un nivel de remuneración que en el equivalente a una primera división nacional para el videojuego más multitudinario no superaría los 1500 euros brutos mensuales medios, cantidad que descendería en las categorías inferiores a los 400 euros brutos mensuales.

La anterior reivindicación se ve además exacerbada por la dispar relevancia de la imagen de los *e-gamers* en contraposición con la de los deportistas profesionales: en las competiciones de *e-sports* la imagen del *e-gamer* no es el centro de atención, sino que este se encuentra en las acciones que realiza su avatar como consecuencia de sus órdenes.

No obstante, no solo las reivindicaciones de carácter socioeconómico tienen cabida en este ámbito, sino que también se han cuestionado los efectos que tendría la subsunción de los *e-gamers* en el concepto de artista determinado en el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, al entender que la prestación desarrollada por el *e-gamer* goza de contenido artístico a los efectos de dicho Real Decreto, por cuanto desarrolla su prestación como personal no técnico y dentro del marco de un espectáculo público.

Frente a estas razones no solo se debe reiterar el tenor del artículo 105 TRLPI y las dificultades de identificación mencionadas *supra*, sino también la realidad del sector: los *publishers* cuyo modelo de negocio se sustenta en esta clase de ecosistema competitivo tienden a permitir la comunicación al público por parte de los *e-gamers* de sus partidas fuera de eventos competitivos a través de platafor-

mas de divulgación de contenidos, lo que les permite generar ingresos por sus visualizaciones. Así se expresan las licencias de usuario sobre algunos de los videojuegos más seguidos como *e-sports*, como *League of Legends* o *Fortnite*.

Asimismo, la calificación como artista —a los solos efectos laborales— tampoco es condición suficiente frente al tenor del artículo 105 TRLPI: las limitaciones en cuanto a la libertad interpretativa impuestas por el código fuente y la posibilidad de determinar que el objeto de la interacción del *e-gamer* es un elemento que carece de la consideración de obra, como las normas y principio del videojuego, no son argumentos soslayables. Junto con ello, pueden esgrimirse las posiciones que abogan por someter dicho colectivo alternativamente al Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, sobre la base del reconocimiento en los *e-sports* de un nivel de actividad física similar a disciplinas deportivas como el tiro olímpico, lo que, junto con el cumplimiento de los requisitos de retribución, ajenidad y dependencia, harían aplicable esa norma.

## 6 · CONCLUSIÓN

El debate en cuanto a la calificación del *e-gamer* como intérprete o ejecutante no otorga respuestas sencillas ni rápidas, y se prevé que continúe en el tiempo. A pesar de ello, la reivindicación choca en España con la regulación del concepto de artista intérprete o ejecutante, tanto por las restricciones a la libertad interpretativa que impone el propio código fuente del videojuego como porque resulta discutible que la base de la interacción del *e-gamer* sea el videojuego en su conjunto, y no una parte de él no conceptualizable como obra.

No obstante, dicha calificación ha de ser tomada como una más de las alternativas existentes, como la de deportistas previamente referenciada —y mencionada en alguna ocasión incluso por el Comité Olímpico Internacional— o, simplemente, la de meros usuarios del videojuego.

Esos impedimentos, estas alternativas y sus respectivas consecuencias deberán ser tenidos en cuenta a la hora de dar carta de naturaleza definitiva al *e-gamer* dentro de un sector que se ha adaptado a su situación de desregulación, dentro de la que goza de un extraordinario empuje.



## 7 · REFERENCIAS

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE VIDEOJUEGOS: *Libro Blanco de Los E-sports en España*, Madrid, 2017.

NEWZOO INTERNATIONAL, B.V: *Global Esports Market Report*. Recuperado el 5 de agosto de 2019 de <https://newzoo.com/insights/trend-reports/newzoo-global-esports-market-report-2019-light-version/>

NEWZOO INTENATIONAL, B.V: *Global Games Market Report*. Recuperado el 5 de agosto de 2019 de <https://newzoo.com/insights/trend-reports/newzoo-global-games-market-report-2019-light-version/>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: *Guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas*, Ginebra, 1982.

PALOMAR OLMEDA, Alberto: “Sobre la necesidad de un marco jurídico en España para las competiciones de videojuegos”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, vol. 57, 2017, págs. 44-45.

RAMOS GIL DE LA HAZA, Andy et al.: “Comienza la partida. Punto de situación sobre determinados aspectos jurídicos de los videojuegos”, (pe. i.) *Revista de Propiedad Intelectual*, vol. 62, 2019, págs. 13-86.

ROQUETA BUJ, Remedios: “El régimen jurídico aplicable a los jugadores profesionales de videojuegos”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, vol. 56, 2017, págs. 2-7.

SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: “Comentario al artículo 105”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4.ª ed., Madrid: Tecnos, 2017.

TODOLÍ SIGNES, Adrián: “El contrato de trabajo en los deportes electrónicos”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, vol. 56, 2017, pág. 5.

TOLMOS RODRÍGUEZ PIÑERO, Luis Manuel: *Principios legales de los videojuegos y los e-sports*, Madrid: Síntesis, 2018.

RAFAEL FERNÁNDEZ JORDANO (\*)

---

(\*) Abogado del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)