

DOMINAR EL JUEGO

**Aspectos comerciales y legales para
desarrolladores de videojuegos**

Industrias creativas - No. 8

Por David Greenspan

Con las colaboraciones de

**S. Gregory Boyd,
Jas Purewal y
Matthew Datum**

Créditos por las Capturas de pantalla:

Imagen (arriba a la izquierda) cortesía de Stuart Miles / FreeDigitalPhotos.net
Arquitecto de prisiones (centro superior), © Introversion Software Ltd.

Thralled (arriba a la derecha), © Miguel Oliveira Imagen (centro a la izquierda y usada en cada página impar) cortesía de Stuart Miles / FreeDigitalPhotos.net PAC-MAN (centro derecha) TM & © NAMCO BANDAI Games Inc. A la Luna (abajo a la izquierda), © Freebird Games Inc. Battlefield y SimCity (centro inferior y derecho), © EA



ÍNDICE DE CONTENIDOS

ÍNDICE DE CUADROS	10
ÍNDICE DE TABLAS	10
ÍNDICE DE GRÁFICOS	10
SOBRE LOS AUTORES	11
PRÓLOGO	13
SINOPSIS	15
CAPÍTULO 1	18
LA ESTRUCTURA GLOBAL DE LA INDUSTRIA DEL VIDEOJUEGO	18
1.1 El panorama actual de la industria del videojuego	18
1.1.1 Fabricantes de Consolas	19
1.1.2 Distribuidores Digitales	19
1.1.3 Móvil	21
1.1.4 Grandes compañías	21
1.1.4.1 Primera parte (first party)	21
1.1.4.2 Editores de consolas y PC	23
1.1.4.3 Editores móviles	24
1.2 El panorama cambiante de la industria del videojuego	25
1.2.1 Economía obsoleta	25
1.2.2 Futuras consolas	28
1.2.3 Crecimiento de la distribución digital	29
1.2.4 Crecimiento de los juegos móviles	29
1.2.5 Crecimiento del juego libre y otros esquemas de monetización	30
1.2.6 Desafíos legales generados por la innovación	31
1.3 Impacto del escenario cambiante y sus efectos en el desarrollo de videojuegos	33
1.4 El papel del editor	34
1.4.1 Financiamiento	35
1.4.2 Control de calidad (QA, por sus siglas en inglés) y envío	35
1.4.3 Distribución en comercios	37
1.4.4 Marketing	37
1.4.5 Alcance mundial	38

CAPÍTULO 2	39
NEGOCIACIÓN CON EDITORES DE VIDEOJUEGOS	39
2.1 El papel del editor	39
2.1.1 Elementos a considerar por un desarrollador al evaluar a un editor	40
2.1.2 Elementos a considerar por un editor al evaluar a un desarrollador	40
2.2 El contrato de edición	41
2.2.1 El contrato detallado: Introducción	41
2.2.2 Cuestiones sobre la titularidad	42
2.2.3 Derechos otorgados	43
2.2.4 Asuntos de derechos adicionales: Derecho de primera negociación y rechazo final para juegos futuros	43
2.2.5 Territorio	45
2.2.6 Plazo	46
2.2.7 Servicios del desarrollador; entrega	47
2.2.8 Aspectos económicos	49
2.2.9 Otros aspectos vinculados con las regalías y los pagos	54
2.2.10 Aspectos contables y liquidaciones	55
2.2.11 Derecho de auditoría	56
2.2.11.4 Parámetros para las auditorías	56
2.2.11.5 Cuestionamiento de una liquidación	57
2.2.11.6 Costo de las auditorías	57
2.2.12 Compromisos del editor	58
2.2.13 Declaraciones y garantías	58
2.2.14 Indemnización	61
2.2.15 Seguros	63
2.2.16 Créditos	63
2.2.17 Resolución con y sin expresión de causa: remedios	64
2.2.18 Ley y jurisdicción aplicables	67
2.2.19 Solución de controversias	68
2.2.20 Cláusulas adicionales	69
2.2.21 Un papel cambiante	69
2.3 ESCENARIO 1 Preguntas para el desarrollador cuando el editor es el titular de los derechos propiedad intelectual del juego	70
2.4 ESCENARIO 2 Preguntas para un contrato de distribución únicamente	72
2.5 ESCENARIO 3:El editor ayuda a financiar un juego basado en conceptos del desarrollador	74

**CAPÍTULO 3** **75****LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA INDUSTRIA DE LOS
VIDEOJUEGOS** **75**

3.1	La importancia de la Propiedad Intelectual	75
3.1.1	Derecho de autor	77
3.1.1.1	¿Qué puede ser protegido por el derecho de autor?	78
3.1.1.2	¿Qué derechos confiere el derecho de autor?	79
3.1.1.3	Algunos ejemplos de derechos de autor	79
3.1.1.4	Información para solicitudes de derecho de autor en Estados Unidos	80
3.1.1.4.1	Procedimientos y costos	81
3.1.1.4.2	Duración de la protección de derecho de autor	81
3.1.1.4.3	Protección del derecho de autor	82
3.1.1.4.4	Penalidades por infracciones	82
3.1.1.5	Obras derivadas	83
3.1.1.6	El dominio público	84
3.1.1.7	Doctrina de la “Scènes à faire”	86
3.1.1.8	Fair Use	87
3.1.1.9	Preguntas comunes sobre Derecho de autor	88
3.1.2	Secretos comerciales	89
3.1.2.1	¿Qué puede ser un secreto comercial?	89
3.1.2.2	¿Qué derechos confiere la protección por secretos comerciales?	90
3.1.2.3	Ejemplos de secretos comerciales	91
3.1.2.4	Información sobre secretos comerciales	92
3.1.2.4.1	Duración de la protección	92
3.1.2.4.2	Protección de los secretos comerciales	92
3.1.2.4.3	Penalidades por infracción	93
3.1.2.5	El secreto comercial en normativas de EEUU	93
3.1.2.6	Preguntas comunes sobre secretos comerciales	93
3.1.3	Marca	94
3.1.3.1	¿Qué puede ser protegido por medio de una marca?	94
3.1.3.2	Ejemplos de marcas	95
3.1.3.3	Información sobre la marca	96
3.1.3.3.1	Duración de la protección	96
3.1.3.3.2	Procedimiento y costo en los EE.UU.	96
3.1.3.3.3	Protección de las marcas	97
3.1.3.3.4	Penalidades por infracción	97

3.1.3.4	Elección de una marca adecuada	97
3.1.3.5	Variaciones internacionales relevantes	99
3.1.3.6	Preguntas comunes sobre las marcas	99
3.1.4	Patentes	100
3.1.4.1	¿Qué puede patentarse?	101
3.1.4.2	¿Qué derechos confieren las patentes?	102
3.1.4.3	Información sobre patentes	102
3.1.4.3.1	Duración de la protección	102
3.1.4.3.2	Procedimiento y costo en los Estados Unidos	102
3.1.4.3.3	Protección de las patentes	104
3.1.4.3.4	Litigios de patentes y penalidades por infracción a patentes	105
3.1.4.4	Solicitudes pendientes y provisionales de patentes en los Estados Unidos	105
3.1.4.5	Invalidez de la patente	106
3.1.4.5.1	Anticipación y obviedad	106
3.1.4.5.2	Plazo para presentación de patentes	107
3.1.4.5.3	Motivos para presentar una solicitud de patente	107
3.1.4.5.4	Preguntas comunes sobre patentes	108
3.1.5	Derechos de publicidad y derechos morales	109
3.1.6	Estrategia de propiedad intelectual 101	112
3.1.6.1	Relacionarse con un abogado experimentado en cuestiones de PI	112
3.1.6.2	Protección de la PI por adelantado	112
3.1.6.3	Proteger los derechos de PI al lanzar un videojuego a editores e inversores	113
3.1.6.4	El procedimiento es complejo, pero se pueden obtener resultados	113
3.1.6.5	Estrategias para pequeñas empresas y desarrolladores individuales	113
3.1.6.6	Estrategias para grandes desarrolladores y editores	114
3.1.7	Tres puntos importantes	115

CAPÍTULO 4 117

LICENCIA DE PI PARA VIDEOJUEGOS 117

4.1	Introducción	117
4.2	El contrato de licencia: el contrato detallado	120
4.3	Principales aspectos de los contratos de licencia	121
4.3.1	La propiedad licenciada	121
4.3.2	Derechos otorgados	123



4.3.3	Plataformas	125
4.3.4	Territorio y plazo	126
4.3.5	Retribución por la licencia	127
4.3.6	Problemas de titularidad	130
4.3.7	Liquidaciones y auditorías	131
4.3.8	Declaraciones y garantías	133
4.3.9	Indemnización	135
4.3.10	Aprobaciones	136
4.3.11	Derechos rescisорios	138
4.3.12	Vencimiento del contrato	141
4.3.13	Cláusulas misceláneas	141
4.4	Propiedades licenciables: Volver al futuro	142
CAPÍTULO 5		143
MÚSICA		143
5.1	Introducción	143
5.1.1	Contratación de un compositor	143
5.1.2	Licencia de música: derechos de uso del original y de sincronización	144
5.1.3	Licencia de la música desde bibliotecas de música	146
5.1.4	Música en el dominio público	146
5.1.5	Anticipación de costos	147
CAPÍTULO 6		148
ASPECTOS RELEVANTES EN LA NEGOCIACIÓN CON LOS FABRICANTES DE CONSOLAS		148
6.1	Introducción	148
6.2	Aprobación de editores y desarrolladores; contratos	148
6.3	Aspectos vinculados con el desarrollo y la fabricación	151
6.3.1	El proceso de envío y aprobación	151
6.4	Aspectos comerciales	153
6.5	Aspectos legales	155
6.5.1	Declaraciones y garantías; indemnización, limitación de la responsabilidad	155
6.5.2	Confidencialidad	156
6.5.3	Cesión	157
6.5.4	Plazo y terminación	157
6.5.5	Elección de la ley aplicable; jurisdicción	158
6.6	Perspectiva	159

CAPÍTULO 7	160
DISTRIBUCIÓN DIGITAL	160
7.1 Introducción a la distribución digital para PC	160
7.2 El contrato detallado: introducción	160
7.2.1 Derechos otorgados	161
7.2.2 Entrega de materiales	161
7.2.3 Obligaciones continuas	162
7.2.4 Plazo	163
7.2.5 Aspectos vinculados con el marketing	163
7.2.6 Distribución de los ingresos y precio	165
7.2.7 Liquidaciones y auditorías	166
7.2.8 Terminación	167
7.2.9 Limitación de responsabilidad	168
7.2.10 Cesión	169
7.2.11 Otros términos	169
CAPÍTULO 8	171
EL MERCADO DE LOS VIDEOJUEGOS MÓVILES	171
8.1 Introducción	171
8.2 Negociación con distribuidores (la “tienda de aplicaciones”)	172
8.3 La relación editor – desarrollador	173
8.4 Modelos de monetización para usuarios finales	176
8.5 Consideraciones regulatorias	177
8.6 Impuestos	178
8.7 Consideraciones de PI	179
8.8 Futuro: el escenario constantemente cambiante	181
CAPÍTULO 9	182
LA REGULACIÓN DE LA INDUSTRIA DEL VIDEOJUEGO	182
9.1 Introducción	182
9.2 Privacidad y protección de datos personales	182
9.3 Defensa del consumidor	185
9.4 Publicidad y promoción	187
9.5 Otra regulación	187
9.6 Clasificaciones	188
9.6.1 Clasificación por edad y descriptores de contenido	188
9.6.2 Factores para clasificar un videojuego	192
9.6.3 Envíos y revisión	193
9.6.4 Clasificaciones para videojuegos en línea	195
9.6.5 Clasificaciones para dispositivos móviles	195



CAPÍTULO 10	198
ACUERDOS DE CONFIDENCIALIDAD	198
10.1 La finalidad de los acuerdos de confidencialidad	198
10.2 Principales cuestiones en un acuerdo de confidencialidad	199
10.3 Principales términos del acuerdo de confidencialidad	200
10.3.1 Preámbulo	200
10.3.2 ¿Qué es confidencial? Exclusiones. Usos permitidos de la información confidencial	201
10.3.3 Nivel de cuidado y extensión del plazo	202
10.3.4 Incumplimiento; Protección cautelar	203
10.3.5 Sin contrato de licencia	204
10.3.6 Términos adicionales	204
10.4 Memorándum de entendimiento: finalidad y potenciales problemas	204
CAPÍTULO 11	207
CLÁUSULAS COMUNES EN CONTRATOS	207
11.1 Cláusulas comunes en contratos	207
11.1.1 Cuestiones jurisdiccionales	207
11.1.2 Renuncia	208
11.1.3 Inexistencia de empresas mixtas	208
11.1.4 Divisibilidad	208
11.1.5 Cesión	209
11.1.6 Supervivencia	209
11.1.7 Notificaciones	210
11.1.8 Acuerdo completo. Revisiones	210
11.1.9 Derechos reservados	211
11.1.10 Fuerza mayor	211
APÉNDICE	212
Ejemplo de cronograma de hitos para un videojuego de consola	212
AGRADECIMIENTOS	214
BIBLIOGRAFÍA	216
Libros de referencia legal y comercial	216
Libros sobre la industria del videojuego y los videojuegos	217
Recursos en línea	218
Fuentes de más información sobre el Capítulo 3	219
NOTAS	220

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1:	Ventas de consolas (porcentaje de unidades totales) 2013	20
Gráfico 2:	Ventas totales de consolas (Promedio móvil de 12 meses)	26
Gráfico 3:	Proceso de desarrollo de consolas	49
Gráfico 4:	Participación en los ingresos	51
Gráfico 5:	Consumo de aplicaciones móviles	171
Gráfico 6:	El proceso de desarrollo móvil	174

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1:	Principales editores	24
Tabla 2:	Una muestra de editores móviles	25
Tabla 3:	Proyecto de videojuego y Leyes de PI	77
Tabla 4:	El cuadro de Gasaway	85
Tabla 5:	Cuatro condiciones que deben cumplirse para el <i>fair use</i>	88
Tabla 6:	Fuerza de una marca y categorías	98
Tabla 7:	Derechos de PI en la industria del videojuego	116
Tabla 8:	Posibles formas de ganar dinero en las diferentes fases de juego	177
Tabla 9:	Clasificación de la Información paneuropea sobre videojuegos (PEGI)	189
Tabla 10:	Descriptores de contenido de PEGI	190
Tabla 11:	Categorías y descriptores de contenido de la Junta de Clasificación de Software de Entretenimiento (ESRB)	191

ÍNDICE DE CUADROS

Cuadro 1:	Tres categorías de videojuegos	18
Cuadro 2:	Los Simpsons: Agotado	31
Cuadro 3:	Licencias de películas	118
Cuadro 4:	Licenciando hipotéticamente	122
Cuadro 5:	Canal tradicional de venta en comercios	166
Cuadro 6:	¿Cómo funciona el sistema legal de la Unión Europea?	188



SOBRE LOS AUTORES

David Greenspan estuvo involucrado en la industria del videojuego por más de 15 años, actuando como Director de asuntos legales y comerciales para algunos de los editores más importantes de la industria hoy, entre otros Sony/989 Studios, una división de Sony Computer Entertainment America Inc., y THQ Inc. En la actualidad trabaja como Director Sénior de Asuntos comerciales y legales de Namco Bandai Games America y es profesor adjunto de la Facultad de derecho de la Universidad de Santa Clara, donde enseña transacciones en el entretenimiento. Ha trabajado en asuntos comerciales y legales cotidianos de más de 100 videojuegos y estuvo involucrado en todos los aspectos del desarrollo de videojuegos, publicidad, licenciamiento, distribución y comercialización, y ha negociado cientos de contratos sobre estas áreas. El Sr. Greenspan ha dictado clases sobre leyes del entretenimiento, licenciamiento, y videojuegos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santa Clara, Facultad de Derecho de Pepperdine y Facultad de Derecho de Hastings con un enfoque principal en asuntos transaccionales. Fue, quizás, la primera persona en enseñar los asuntos comerciales y legales de la industria del videojuego a nivel universitario, cuando dio clases en esta área en la Extensión de la UCLA entre 1996 y 2000. A pesar de que es malísimo jugando, logró negociar una tasa de regalía favorable una vez al derrotar al abogado del licenciatario de un videojuego deportivo.

S. Gregory Boyd es socio en Frankfurt Kurnit Klein & Selz y Presidente de Interactive Entertainment Group. El Sr. Boyd tiene amplia experiencia en la negociación y redacción de contratos de desarrollo de videojuegos para consolas, PC, móviles, sociales, en línea, y multijugadores. Negocia, estructura y redacta licencias de PI, contratos de desarrollo y contratos de trabajo para varios desarrolladores y editores de medios de alta tecnología. El Sr. Boyd es coautor y editor de *Business and Legal Primer for Game Development (Manual básico comercial y legal para desarrolladores de juegos)* (Charles River Media) y es profesor adjunto en la Facultad de Derecho de Nueva York (New York Law School). Frecuentemente es citado en *Gamasutra*, *Edge-Online*, *CNN*, *Fortune*, *Forbes*, y el *New York Law Journal*. El Sr. Boyd realizó sus estudios de grado y maestría en la Universidad de Carolina del Norte (y se recibió con honores en 2004, *Chancellor's Scholar with honors, 2004*). También tiene un título de MBA de la Facultad de Comercio de NYU-Stern (2009), y es graduado de la Universidad de Carolina del Este (MS 1998, BS *magna cum laude*, 1996). Está matriculado para ejercer el derecho en Nueva York y es abogado de patentes registrado en la USPTO (Oficina de Patentes y Marcas de Estados Unidos).

Jas Purewal es abogado de la industria del entretenimiento en Osborne Clarke, en Londres. Aconseja a un amplio rango de empresas de entretenimiento interactivo, desde editores globales a estudios de desarrollo innovadores, en todos los asuntos legales y comerciales del desarrollo, edición y financiación de videojuegos y otros

entretenimientos interactivos de Europa. El Sr. Purewal ha escrito, dado conferencias y ha sido citado extensamente en desarrollos de la industria. Escribe *Gamer/Law* (www.gamerlaw.co.uk), uno de los blogs más destacados de la industria. También enseña derecho y comercio del entretenimiento interactivo en varias universidades y en la Escuela de cine y televisión nacional del RU (National Film and TV School). Jas estudió en la Universidad de Nottingham y está matriculado para ejercer como abogado en Inglaterra y Gales. Ha jugado a los videojuegos toda su vida y le encanta la tecnología desde que su padre le compró su primera computadora alrededor de los 8 años.

Matthew Datum es un abogado en Namco Bandai Games America. Recibió su título de grado, *cum laude*, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santa Clara y su MBA en la Escuela de Negocios Leavey de la Universidad de Santa Clara. Por ser un jugador de toda la vida el Sr. Datum tiene un japonés fluido y una amplia colección de juegos de rol japoneses.



PRÓLOGO

Hoy en día, la industria del videojuego compite con la industria cinematográfica y supera a la de la música en términos de ingresos generales. A diferencia de la industria del cine, que tiene una historia de cien de años desde finales de 1880, la del videojuego se convirtió quizás en el sector de la industria del entretenimiento de crecimiento más rápido, y lo hizo en un plazo relativamente corto.

En la actualidad, la industria del videojuego emplea a más de 120.000.000 de personas solo en Estados Unidos, con un ingreso promedio de US\$90.000 al año por empleado. Su impacto se siente a nivel mundial, con jugadores de videojuegos de todas las edades que pueden acceder instantáneamente a juegos en dispositivos que van desde consolas a teléfonos inteligentes. Para muchos, el jugador de videojuegos es un adolescente que juega solo, disparándole a los malos frente a un televisor en su hogar, pero los tiempos han cambiado. Hoy el jugador promedio puede elegir entre una amplia variedad de juegos, desde acción a aventura, juegos de rol a deportivos, con unos treinta años juega en su teléfono inteligente, tableta, consola, PC, posiblemente conectado con otros jugadores de todo el mundo.¹

Los datos demográficos de los jugadores no son lo único que cambió radicalmente en los últimos diez años, sino que también cambiaron los propios videojuegos con presupuestos de desarrollo y comercialización de decenas de millones de dólares o más para muchos juegos, con gráficos increíblemente realistas, voces narrativas, representación fiel de los movimientos de los personajes producidos con capturas de movimiento, música como la de las bandas sonoras y tramas originales.

El reconocimiento de la necesidad de una publicación sobre aspectos comerciales y legales para desarrolladores de videojuegos surge del dinamismo de la industria, pero también refleja los debates mantenidos con los actores en varias actividades de la OMPI sobre derecho de autor e industrias creativas. El consenso general se basa en la necesidad de vincular aún más y reforzar los asuntos de propiedad intelectual, y en esta instancia el derecho de autor, a las necesidades específicas de la industria creativa, es decir, de la música, el cine, la editorial y ahora el *software* de entretenimiento interactivo, es decir los videojuegos. Esto resulta especialmente importante, dado que las pequeñas y medianas empresas de la industria creativa rara vez se exponen a las implicancias comerciales y legales de una estrategia proactiva para asegurar su propiedad intelectual en la creación, distribución y presentación, y la interacción con el contenido creativo. El conocimiento de un desarrollador de videojuegos sobre cuestiones de propiedad intelectual generalmente es incompleto y necesita tener una comprensión más operativa del derecho de autor y de la importancia de negociar contratos que determinen la propiedad del derecho de autor.

Si bien es puede ser cierto que unos pocos distribuidores dominan el mercado, sigue existiendo la necesidad de que los desarrolladores de videojuegos exploten mejor su contenido a través de múltiples canales de distribución bien establecidos, plataformas de distribución y canales emergentes como un celular. El objetivo principal de esta publicación, por lo tanto, es explicar los aspectos comerciales y legales más importantes para una mejor promoción y protección del derecho de autor de los desarrolladores de juegos. La industria del *software* de entretenimiento interactivo es donde se cruzan la creatividad más innovadora y la última tecnología. Dado que es uno de los sectores de contenido de mayor crecimiento en el mundo, una publicación de la OMPI para los desarrolladores de juego resulta oportuna y apropiada.

Como un estímulo para el crecimiento económico, la industria del videojuego trasciende la esfera del entretenimiento hacia aplicaciones en los sectores aeroespacial y de la salud y, ya se aplica a la industria automotriz. La velocidad acelerada a la que evoluciona la tecnología de los videojuegos permite tal especulación. Más allá del valor artístico y recreativo, la industria del videojuego ofrece oportunidades a los países con grandes grupos de creadores e ingenieros talentosos en todos los sectores.

Esta publicación, la primera de su tipo, pone en primer plano los aspectos clave identificados por el abogado experimentado, el Sr. David Greenspan, junto con sus colegas, el Sr. Greg Boyd, el Sr. Jas Purewal y el Sr. Matthew Datum. La OMPI espera que el lector se beneficie de las experiencias, el conocimiento y la sabiduría de los autores. Teniendo en cuenta la variedad única de servicios de la OMPI a través del espectro de la propiedad intelectual, esta publicación busca ampliar el alcance del debate sobre la naturaleza jurídica del videojuego, aportando un enfoque comercial y legal muy práctico.

Diciembre de 2013



SINOPSIS

Esta publicación es principalmente una guía para desarrolladores y profesionales del derecho, para ayudarlos a entender los numerosos aspectos comerciales y legales que pueden encontrarse en el desarrollo y la eventual distribución de videojuegos a través de varias plataformas: que van desde los asuntos de propiedad intelectual (PI) y regulatorios asociados con el desarrollo de juegos, hasta las relaciones con editores, fabricantes de plataformas, distribuidores y dueños de los contenidos. En cada una de estas relaciones el desarrollador necesitará familiarizarse con los aspectos comerciales y los términos legales específicos, para poder negociar eficazmente e identificar los riesgos, y así evitar errores potencialmente costosos.

Aunque esta publicación no puede reemplazar la experiencia de abogados y otros actores fundamentales para negociar contratos de la industria del videojuego, esperamos que pueda ofrecer cierta orientación y explicaciones sobre por qué las diversas partes toman determinadas decisiones durante las negociaciones. No se cubren todos los temas, por limitaciones de espacio; la mayoría de los comentarios legales reflejan principalmente la práctica en Estados Unidos, aunque muchos de los principios legales y comerciales debatidos son aplicables en otras partes del mundo. Además, Estados Unidos es un importante mercado para los videojuegos, y con lo sencillo que es distribuir juegos en todo el mundo es importante que los desarrolladores tengan un conocimiento básico de algunas cuestiones con las que podrían cruzarse cuando traten con varios editores, distribuidores, fabricantes de plataformas y licenciantes.

Finalmente, al leer la publicación es importante tener en cuenta que las leyes cambian, que cada situación es diferente y que las negociaciones pueden variar dependiendo de las circunstancias únicas entre las partes, así como del poder de negociación y quizás de negocios pasados. Algún comentario se menciona varias veces en diferentes capítulos para recalcar la importancia de ciertos términos comerciales y legales.

El capítulo introductorio proporciona una visión general de la industria del videojuego con un breve debate de los actores principales, incluidos los fabricantes de plataformas, distribuidores, editores, así como las recientes tendencias económicas y algunos de los desafíos más importantes de los desarrolladores, desde cuestiones legales hasta financiación.

En el capítulo 2 se examina la relación entre el desarrollador y el editor, focalizando primordialmente en los aspectos comerciales y contractuales entre las partes, tanto cuando el editor financia, promueve y distribuye un videojuego como cuando solo lo distribuye. Se analiza la importancia de determinadas cláusulas, que incluyen derechos, titularidad, desarrollo, entrega, pago, obligaciones y responsabilidades

Desde el capítulo 3 hasta el 5 se exploran los principales asuntos comerciales y legales involucrados en el desarrollo de videojuegos, desde los asuntos de la propiedad intelectual que involucran al derecho de autor, las marcas registradas y las patentes para licenciar el contenido y la música para un videojuego. Con los avances en tecnología, las cuestiones de PI han adquirido una importancia mayor tanto en las herramientas utilizadas de desarrollo como en el contenido incluido en un videojuego. Sin un entendimiento básico de la propiedad intelectual, un desarrollador podría encontrarse con un videojuego que no puede ser distribuido porque los derechos correspondientes no se obtuvieron correctamente.

En el capítulo 3 se examinan los conceptos básicos de PI relacionados con el desarrollo de videojuegos. Se aborda la protección histórica y la cobertura actual por derecho de patentes, marcas registradas, secretos comerciales y el derecho de publicidad. Se exploran casos actuales, cuestiones regulatorias de Estados Unidos y del mundo, y aspectos legales de vanguardia. Los autores también plantean el equilibrio entre la necesidad legal de la empresa de videojuegos de proteger su propiedad intelectual y la promoción de la innovación y el desarrollo de la comunidad.

El capítulo 4 se ocupa de las principales cuestiones comerciales y legales de los contratos de licencia mediante los que el desarrollador obtiene derechos para incorporar propiedad intelectual en su videojuego. En algunas situaciones el videojuego puede basarse en una propiedad como una película, mientras que en otras el contenido es incorporado al juego para agregarle realismo a la configuración del juego. En ambos casos se requieren determinados derechos, y este capítulo analiza los pasos que debe dar y los factores que debe considerar el desarrollador antes de licenciar una propiedad, seguido de un debate sobre los términos de un contrato de licenciamiento típico.

El capítulo 5 es un debate introductorio sobre música y las opciones existentes para adquirir música, sea contratando un compositor, licenciando o usando música de dominio público, y qué derechos necesitaría un desarrollador para videojuegos y materiales de comercialización.

El capítulo 6 aborda asuntos comerciales y legales importantes relacionados con los principales fabricantes de consolas y los pasos necesarios para desarrollar y publicar productos embalados para su venta al por menor y productos digitales en sus respectivas plataformas.

El capítulo 7 se enfoca en la creciente importancia de la distribución para PC como una manera en que los desarrolladores llegan a los consumidores, así como los desafíos de distinguir un videojuego del otro en lo que se está convirtiendo en un campo superpoblado. El capítulo también analiza algunos de los términos contractuales más importantes entre un desarrollador y un distribuidor, incluyendo



derechos otorgados, entrega de materiales, distribución de ingresos, obligaciones y los asuntos de comercialización.

El capítulo 8 habla del increíble crecimiento de la industria del videojuego móvil, que constituye quizás la plataforma de distribución más accesible para los desarrolladores. En este contexto, el capítulo analiza los términos legales y comerciales más importantes que los desarrolladores deben conocer, incluyendo los de varios contratos que el desarrollador puede celebrar tanto con un distribuidor (por ejemplo, una tienda de aplicaciones) como con un editor. Aunque la mayoría de los contratos con distribuidores no suelen ser negociables, es importante comprender las obligaciones y potenciales riesgos de estos acuerdos, y eso se analizará en este capítulo.

El capítulo 9 examina brevemente algunas de las áreas regulatorias clave que desarrolladores y editores deben tener en cuenta al crear un videojuego, incluyendo la protección de los datos y la privacidad, defensa del consumidor y la regulación de la publicidad y marketing. Adicionalmente, el capítulo ofrece una breve revisión de la clasificación de los videojuegos y la importancia de comprender cómo son evaluados y el impacto de la clasificación en su desarrollo.

El capítulo 10 cubre los acuerdos de confidencialidad y memorándum de entendimiento, dos contratos importantes que muchas veces sirven de base para cualquier relación comercial. El acuerdo de confidencialidad generalmente será el primer contrato que un desarrollador examine cuando empiece a establecer cualquier tipo de relación con otra parte, ya sea con un editor interesado en financiar un juego, o para trabajar con un fabricante de plataforma. Este capítulo analizará los términos importantes de un acuerdo de confidencialidad. Además, debatirá la importancia, necesidad y problemas de un memorándum de entendimiento, así como puntos típicos que surgen en el documento.

El capítulo 11 debate sobre el significado de cláusulas tipo que aparecen en casi todos los contratos que involucran cualquier aspecto de la industria del videojuego, desde contratos de edición hasta acuerdo de licenciamiento.

CAPÍTULO 1

LA ESTRUCTURA GLOBAL DE LA INDUSTRIA DEL VIDEOJUEGO

1.1 El panorama actual de la industria del videojuego

La industria del videojuego es una industria de US\$63.000 millones en todo el mundo y compite con los US\$87.000 millones de la industria del cine.² Muchos de los videojuegos más importantes tienen presupuestos comparables con películas de Hollywood, y el éxito o fracaso de un videojuego importante puede generar o destruir un estudio. Como en la industria del cine, la estructura de la industria del videojuego puede ser bastante complicada y requiere de cierta explicación para ser comprendida plenamente. Este capítulo dará un panorama de la industria resaltando las plataformas actuales, los canales de distribución y los principales editores.

Los videojuegos pueden ser clasificados en tres categorías: para consolas, para PC (PC) y para móviles. Los videojuegos de consola se ejecutan con un soporte físico especializado que se conecta a un televisor (como el Xbox One de Microsoft), o son portátiles (como el Nintendo 3DS). Los videojuegos de PC se ejecutan en PC personales de uso general, y a pesar de que Windows es el sistema operativo más común, Mac y Linux también pueden ejecutar una cantidad de juegos.

Los videojuegos para móviles se pueden ejecutar en un amplio rango de dispositivos que incluyen teléfonos inteligentes y tabletas. Los videojuegos sociales o casuales basados en la red atraviesan las categorías de PC o móviles, dado que se ejecutan sobre el navegador de Internet de las PC, pero tienen el diseño de juego y potenciales clientes de los videojuegos móviles, por lo tanto generalmente se los considera más cercanos a los móviles que a los de PC.

Cuadro 1: Tres categorías de videojuegos

Consola	PC (PC)	Móvil/Casual
<ul style="list-style-type: none"> Corren en <i>hardware</i> dedicado Desarrollo caro Amplia variedad de géneros Sistema controlado por titulares de PI Productos físicos y digitales, pero predomina la venta del producto físico 	<ul style="list-style-type: none"> Corren en Windows, Mac o Linux Amplia variedad en costos y géneros No hay un único controlador de la plataforma Mayoría de ventas a través de canales digitales 	<ul style="list-style-type: none"> Corren en tabletas y teléfonos Desarrollo más económico Juegos sociales y casuales Mayor cantidad de potenciales jugadores



También hay una amplia variedad de géneros de videojuegos. Las historias y los escenarios pueden ser tan variados como los de las películas: ciencia ficción, del oeste, comedias, históricos o románticos. La forma en que se juega también es un género que varía según el título. Algunos ejemplos son: “tiradores en primera persona”, donde se dispara desde un “punto de vista” perspectivo; “juegos de rol”- juegos basados en ganar puntos de experiencia derrotando monstruos; “casual” o “social” – juegos donde el objetivo es interactuar con amigos a través de la construcción; y juegos de deportes donde el usuario controla a los atletas. El diseño del juego es tan variado como lo permite la imaginación del desarrollador.

1.1.1 Fabricantes de Consolas

El mercado de videojuegos denominado “tradicional”, juegos de consola y PC, aún domina la industria generando cerca del 80% de sus ingresos.³ En la actualidad, las consolas están en su séptima generación. Los fabricantes que dominan el mercado actualmente son Nintendo, Microsoft y Sony, aunque un sinfín de nuevos rivales incluye a OUYA, Nvidia y Valve.

La Nintendo Wii fue la consola más vendida de esta generación, con más de 98 millones de unidades vendidas alrededor del mundo y 44 millones de unidades vendidas en los Estados Unidos.⁴ Lanzada en noviembre de 2006, las ventas de la Wii llegaron a la cima en 2008 y luego cayeron radicalmente, vendiendo menos que la PS3 y la Xbox 360 desde mediados de 2010.⁵

Microsoft comenzó con la séptima generación lanzando la Xbox 360 el 16 de noviembre de 2005. Desde entonces, ha vendido más de 70 millones de unidades alrededor del mundo. La PlayStation 3 de Sony viene en tercer lugar con 72 millones de unidades vendidas alrededor del mundo, convirtiéndose en la plataforma de PlayStation menos vendida, con menos de la mitad de unidades que la PlayStation 2.

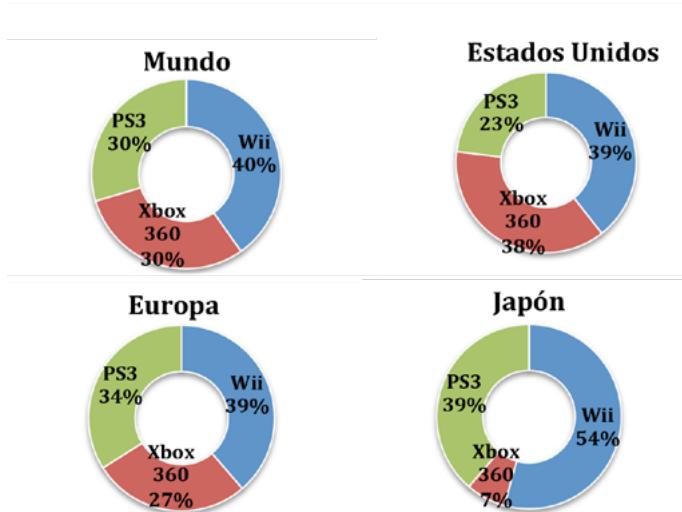
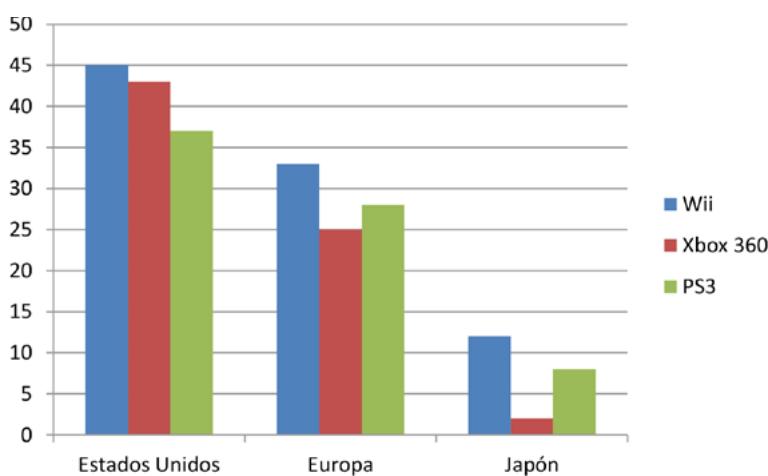
La popularidad de cada consola varía mucho según el mercado geográfico. Como muestra el Gráfico 1, a pesar de que la Wii es la consola más vendida, el porcentaje total de unidades vendidas en Estados Unidos, Europa y Japón de la Xbox 360 y la PS3 es muy diferente. En Japón casi no se vendió la Xbox 360, y la PlayStation 3 tuvo mejor porcentaje y ventas en Europa que en Estados Unidos.

1.1.2 Distribuidores Digitales

La venta al por menor de juegos para PC está pasando de moda. Los ingresos por la venta de juegos en línea para todas las plataformas aumentaron un 30%, de US\$18.000 millones en 2011 a US\$24.000 millones en 2012. Las ventas de los juegos físicos para PC generalmente son una pequeña fracción de la versión del título para consola; sin embargo, los juegos físicos para PC generalmente venden más unidades en números reales en Europa que en Norte América.

El Steam, de Valve, fue por lejos el líder en distribución digital para PC durante 2012. Con más de 50 millones de usuarios y alrededor de 5 millones de usuarios conectados en un momento dado,⁶ Steam tiene la base de usuarios más grande de los distribuidores digitales. Steam tiene más de 1800 títulos disponibles en su catálogo y está disponible para Windows, Mac y Linux. A pesar de que no distribuye juegos para móviles, la aplicación móvil de Steam permite a los usuarios de dispositivos móviles comprar juegos y utilizar funcionalidades de la comunidad de Steam.

Gráfico 1: Ventas de consolas (porcentaje de unidades totales) 2013



Luego de Steam está el servicio Origin de Electronic Arts. A pesar de que Origin está entre desde 2010, creció rápidamente alcanzando los 30 millones de usuarios (13 millones en dispositivos móviles) en solo dos años.⁷ Parte de este rápido crecimiento, sin embargo, es la fuerza de los juegos de Electronic Arts, que requieren registrarse en Origin para jugar. Un número quizás más preciso de usuarios serían los 4,4 millones que compraron contenido a través de Origin.



Otros dos jugadores principales en la arena de la distribución digital son Amazon y GameStop. Amazon, al ser el comercio minorista en línea más importante, es la elección natural para muchos consumidores. El servicio Impulse de GameStop, adquirido por Stardock, probablemente mantenga su relevancia dado que cuenta con el respaldo de uno de los vendedores de videojuegos más grandes de Estados Unidos. También hay una cantidad de distribuidores más pequeños que se enfocan en ciertas particularidades de nicho, como GOG.com que lanza juegos sin gestión electrónica de derechos (DRM, por sus siglas en inglés) y Humble Bundle que se enfoca en juegos creados por desarrolladores independientes.

Desde el punto de vista de las consolas, la distribución digital es manejada por las primeras partes. Tanto Sony como Microsoft ofrecen la distribución de títulos directamente a través de la consola. La Wii de Nintendo ofrece comprar algunos títulos, pero el catálogo es bastante limitado. La Wii-U tiene una oferta de descarga digital mucho más sustancial que su predecesora, similar a las de Sony y Microsoft.

1.1.3 Móvil

Con el advenimiento de los teléfonos inteligentes, el videojuego móvil se convirtió en una plataforma legítima para jugar. Aunque las estimaciones del tamaño de la industria del videojuego móvil varían mucho, en 2012 los videojuegos móviles generaron ingresos de entre US\$8.000 y 12.000 millones.⁸ La plataforma móvil como futuro del videojuego ha sido un estribillo constante por muchos años: cuando las ventas del iPhone de Apple llegaron a 125 millones de unidades en 2012 (frente a los 40 millones de dos años atrás) y representan solamente el 18% del mercado de los teléfonos inteligentes, resulta claro por qué hay tanto entusiasmo.⁹

El mercado móvil está dividido en dos grandes campos. Por un lado, está el iOS de Apple, que se ejecuta en sus iPhone y iPads. Por otro, está Android OS, de Google, que se ejecuta en una plétora de teléfonos y tabletas hechos por una diversidad de fabricantes, aunque liderados por Samsung. Detrás de estos dos mastodontes están Research In Motion Limited (RIM) de Blackberry y el Windows Phone de Microsoft, ambos intentando destacarse en una industria cada vez más dominada por Apple y Google.

1.1.4 Grandes compañías

1.1.4.1 Primera parte (first party)

“Primera parte” es un término utilizado para referirse a los fabricantes de consolas de videojuegos. Las actividades comerciales de la primera parte no están limitadas solo al *hardware*, ya que esas compañías también desarrollan y publican *software*. Algunos desarrolladores son subsidiarios de una primera parte, conocidos como

“desarrolladores principales” y desarrollan únicamente para la plataforma de la primera parte.¹⁰

Microsoft

Aunque Windows fue siempre relevante para los juegos de PC, los videojuegos no eran el sector más importante del negocio para el gigante del sistema operativo de Redmond con base en Washington, hasta que se zambulló en el mundo de los videojuegos con el lanzamiento de la Xbox en 2001. Microsoft actualizó la Xbox con la Xbox 360 y ahora con la Xbox One.

El negocio de Microsoft Studios comprende una serie de franquicias y estudios de desarrollo distribuidos por todo el mundo, que incluyen 343 industrias, es responsable de la franquicia de *Halo* y Lionhead Studios, que desarrolla principalmente juegos de aventura y de rol.

Microsoft

2012	Ingreso Neto:	US\$9.593 millones
2012	Ganancia Neta:	US\$364 millones ¹¹

Nintendo

Nintendo fue una pieza fundamental en la industria del videojuego por casi 40 años. Con base en Kyoto, Japón, Nintendo lanzó por primera vez el Nintendo Entertainment System (también conocido como Family Computer o Famicom) en 1983 y desde entonces lanzó una serie de consolas y plataformas de juegos portátiles. Nintendo es reconocido por varias franquicias de juegos emblemáticos que incluyen a *Mario*, *Donkey Kong* y *Zelda*.

Nintendo tiene una cartera de desarrollo de primera parte muy fuerte, que desarrolla muchas de las franquicias de sus juegos. La mayoría de los desarrollos de primera parte son realizados por la división de análisis y desarrollo del entretenimiento de Nintendo, pero también tiene otros estudios de desarrollo de primera parte, tales como Monolith Soft. A diferencia de Microsoft, el desarrollo de primera parte de Nintendo se centra principalmente en Japón.

Nintendo

2013	Ingreso neto:	US\$6.759 millones ¹²
2013	Ganancia neta:	US\$75 millones



Sony

El gigante tecnológico japonés entró en la escena del videojuego en 1994 con el lanzamiento de su PlayStation Sony, seguida por su PlayStation 2 en 2000. Ambos sistemas fueron grandes éxitos, con la venta de más de 100 millones de unidades.

El éxito de Sony se debe en parte a su habilidad para tener muchos títulos exclusivos, teniendo un fuerte desarrollo de primera parte y firmando acuerdos de exclusividad con varios desarrolladores.

Sony

2012	Ingreso neto:	1.558 millones de Yenes ¹³
------	---------------	---------------------------------------

Valve

A pesar de que no se la considere necesariamente una compañía de “primera parte”, dado que los juegos para PC no tienen primeras partes como los de consolas, Valve puede ser considerada en la misma categoría que las tres compañías anteriores.

Es una de las principales fuentes de juegos para PC y tras el anuncio de la Steam Box, una consola de videojuegos basada en PC, de marzo de 2013, no sería muy descabellado considerar a Valve como una compañía de primera parte.

Siendo otra compañía con base en Washington (Microsoft y Nintendo de América están basadas en Washington también), Valve comenzó como un estudio de desarrollo, conocido principalmente por su serie de juegos *Half-Life*. Steam comenzó en 2002 como una plataforma de distribución de parches y actualizaciones de juegos para PC vendidos al por menor. Desde entonces, creció hasta ser la plataforma de distribución de juegos para PC más grande, pero también funciona como medio para DRM (gestión de derechos digitales), servidores para juegos en línea y funcionalidades de la comunidad. Valve utiliza su Steamworks API para permitirle a los desarrolladores implementar todas las funcionalidades de Steam.

Valve

2010	Ingreso neto (estimado):	US\$1.000 millones ¹⁴
------	--------------------------	----------------------------------

1.1.4.2 Editores de consolas y PC

No todos los juegos son creados por primeras partes; de hecho, solamente un pequeño porcentaje de los juegos lo son. La gran mayoría de juegos son creados por terceros, editores y desarrolladores. En la actualidad, hay una serie de editores muy grandes que desarrollan y distribuyen juegos para PC, consolas y plataformas móviles. En general, estos grandes editores tienen varios estudios de desarrollo internos, pero también contratan estudios independientes para publicar o distribuir. La diferencia más importante entre un desarrollador terciario y una primera parte es que generalmente los videojuegos son multiplataformas.

1.1.4.3 Editores móviles

A pesar de que los editores más importantes también desarrollan o editan juegos móviles y sociales, algunas compañías se formaron solamente para crear juegos para plataformas móviles o sociales. Mientras que Japón y Estados Unidos dan cuenta de la mayor cantidad de editores principales de consolas y PC, estos editores móviles están mucho más dispersos. Varias compañías asiáticas basadas en Corea del Sur, Japón y China se convirtieron en algunas de las más importantes de juegos móviles.

A diferencia de los editores de consolas y PC, las compañías de juegos móviles tienden a ser empresas privadas más pequeñas, o con base en Asia y no divulgan estadísticas del mismo modo que las compañías occidentales (o no divulgan nada). Esto hace que sea bastante difícil armar una lista con las principales compañías del mundo, debido a los cambios frecuentes, la dificultad para obtener información precisa y la gran cantidad de jugadores. La Tabla 2 enumera algunas de las compañías de juegos móviles más reconocidas.

Tabla 1: Principales editores

Editor	Casa central	Principales títulos	Ingresos netos (millones) ¹⁵	Rentas Netas (millones)
Electronic Arts	Redwood City, California	<i>Battlefield, Mass Effect, The Sims, Madden NFL</i>	US\$4.143	US\$76
Activision	Santa Mónica, California	<i>Call of Duty, World of Warcraft, Diablo</i>	US\$3.620	US\$1.149
Ubisoft	Montreuil, Francia	<i>Assassin's Creed, Far Cry, Tom Clancy, Prince of Persia</i>	Euro 1.061	Euro 37
Sega	Tokio, Japón	<i>Sonic, Virtual Fighter, Phantasy Star</i>	US\$1.043	US(\$184)
Take-Two	Ciudad de Nueva York, Nueva York	<i>Grand Theft Auto, BioShock, Civilization</i>	US\$825	US(\$108)
Square-Enix	Tokio, Japón	<i>Final Fantasy, Dragon Quest, Tomb Raider</i>	US\$1.556	US\$0
Namco Bandai	Tokio, Japón	<i>PAC-MAN, Tekken, Soulcalibur</i>	Yen 225.504	Yen 17.003
Konami	Tokio, Japón	<i>Silent Hill, Metal Gear</i>	Yen 225.995	Yen 21.875
Capcom	Osaka, Japón	<i>Street Fighter, Resident Evil, Mega Man</i>	US\$1.000	US\$150

**Tabla 2:** Una muestra de editores móviles

Editor	Casa central	Principales títulos
Zynga	San Francisco, California	<i>Farmville, Mafia Wars</i>
Gree	Tokio, Japón	<i>Driland</i>
Gameloft	París, Francia	<i>N.O.V.A., Let's Golf</i>
Gamevil	Seúl, República de Corea	<i>Baseball Superstars, Zenonia</i>
Nexon	Tokio, Japón	<i>MapleStory, Dungeon Fighter</i>
Rovio	Espoo, Finlandia	<i>Angry Birds</i>

1.2 El panorama cambiante de la industria del videojuego

El futuro de la industria del videojuego está en constante cambio. Luego de una larga generación previa, hay muchas dudas sobre la próxima generación de consolas. La popularidad de los juegos móviles sigue creciendo, pero se cuestiona la sustentabilidad de su crecimiento. La distribución digital cambió por completo la cara de los juegos para PC. Los nuevos lanzamientos de *hardware* están desdibujando la línea entre consolas, PC y móvil. Los desarrolladores independientes están en alza, mientras que los costos siempre en aumento para el desarrollo de grandes títulos amenazan la rentabilidad de los principales editores. La incertidumbre en la industria no solo crea desafíos para el desarrollo y los negocios, sino también algunos problemas jurídicos únicos.

1.2.1 Economía obsoleta

Con el lanzamiento de la Wii-U en noviembre de 2012,¹⁶ el estreno de la PlayStation 4 de Sony y la Xbox One de Microsoft a finales de 2013, la generación actual de consolas está llegando finalmente a un final, en su octavo año. Comparada con las dos últimas generaciones -que duraron menos de seis años cada una-, la generación que comenzó en 2005 con el lanzamiento de la Xbox 360 fue muy larga. Muchos desarrolladores y editores mencionaron la gran duración de esta generación como la causa de muchos de los problemas que están enfrentando actualmente los desarrolladores de consolas.¹⁷

Como cualquier producto, las consolas de videojuegos tienen su propio ciclo de vida útil. Debido a la proximidad en la fecha de lanzamiento y capacidades de *hardware* similares, las consolas dentro de la misma generación tienden a caer en el mismo ciclo de vida. Las ventas de *software* de videojuegos, atadas al *hardware*, están a merced del ciclo de vida de la generación actual de consolas.

Aun cuando una generación termina, el desarrollo no se detiene inmediatamente. Los desarrolladores ya están familiarizados con el *hardware* de la consola y el

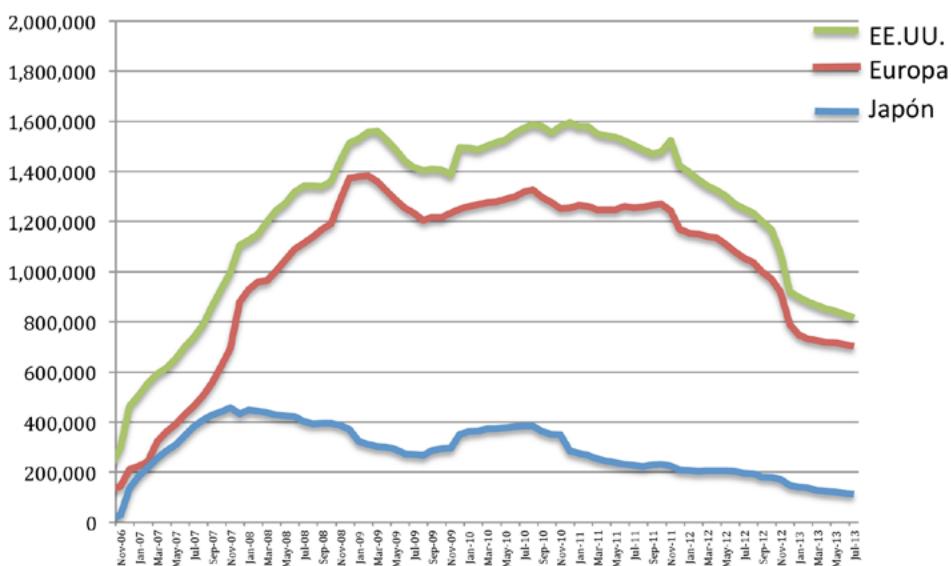
mercado de esa consola es más predecible que el del nuevo *hardware*. La transición a las nuevas consolas tomará un tiempo, así que por el momento los desarrolladores deberán decidir si desarrollarán para las viejas consolas, para la nueva generación o para ambas.

(i) Ventas de consolas

Como se ilustra en el Gráfico 2 de abajo,¹⁸ en los primeros años de esta generación, 2006 y 2007, se vio un marcado aumento en las ventas de *hardware*, que finalmente se estabilizó en 2009. Sin embargo, en 2011 comenzó una caída en las ventas totales de consolas, que se profundizó dramáticamente en 2012. De las tres consolas, la Xbox 360 mostró el menor descenso, mientras que la Wii de Nintendo alcanzó su punto máximo mucho antes. La rápida caída de la Wii puede deberse a la corta edad de su mercado objetivo y por el perfil menos robusto de su *hardware*. Esto también puede explicar por qué Nintendo fue la primera en lanzar la siguiente generación de consolas.

El Gráfico 2 solamente muestra la venta de unidades, no los ingresos. Todos los dispositivos sufrieron caídas de precios y mejoras en su *hardware*. El más notable, la PlayStation 3 de Sony, que tenía un precio inicial de US\$499 para la unidad de 20GB y llegó a venderse –en una versión mucho más delgada y con 250GB- a US\$269 en 2013.¹⁹ Incluso con nuevo *hardware* y precios más bajos, las ventas de consolas continuaron desplomándose, con la Xbox 360 y la PS3 sufriendo una disminución en las ventas del 50%, año tras año hasta diciembre de 2012.²⁰

Gráfico 2: Ventas totales de consolas (Promedio móvil de 12 meses)



(ii) Ventas de *software*

Las ventas de *software* de videojuegos siguen la misma tendencia que las consolas que los soportan. Esta generación de consolas introdujo importantes opciones de distribución digital que previamente no existían (comentadas más adelante).

Desafortunadamente, los datos granulares de ventas del *software* distribuido digitalmente no está disponible de inmediato, lo que limita el debate de las ventas de *software* a la distribución en tiendas minoristas. El impacto en las ventas de consolas no es claro, pero es probable que no sea lo suficientemente significativo como para cambiar de forma relevante la discusión sobre tendencias.

Reflejando las ventas de *hardware*, 2012 fue un año decepcionante para las ventas de *software* al por menor, ya que se registró una disminución del 24% en unidades vendidas e ingresos respecto de 2011; y un 40% menos del pico máximo alcanzado en 2008.²¹ Los principales títulos AAA²² todavía venden bien, pero con números totales menores: el riesgo de que un título destacado no alcance el número de ventas apropiado es mayor.

La tendencia a la baja en la venta de *hardware* y *software* evidencian una generación de consolas en las últimas o la última etapa de su ciclo de vida.

(iii) Riesgo de costo del desarrollo

A pesar de que las ventas están disminuyendo, existe una demanda creciente de títulos principales y más costosos. Sin embargo, un mayor costo de desarrollo y un mercado que se achica significa mayor riesgo para los títulos AAA de gran presupuesto. El resultado de este riesgo se ve personificado en el colapso de THQ Inc. (un ex desarrollador y editor de videojuegos). Después de haber obtenido US\$1.000 millones en ingresos y US\$68 millones en ganancias en 2007, THQ Inc. fue desguazada y vendida luego de cinco años consecutivos de pérdidas, terminando con una pérdida de US\$243 millones sobre US\$831 millones de ingresos cinco años después.²³

Para disminuir este riesgo, como sucede en Hollywood, las compañías se enfocan en conceptos conocidos. La secuela de un título exitoso ya cuenta con el reconocimiento de una marca creada y con todo el *marketing* que hay detrás del primer título. Por lo tanto, es más probable que triunfe que un proyecto nuevo. Para algunos editores, invertir fondos limitados en un título que es más probable que triunfe es una mejor apuesta que hacerlo en la creación de una nueva serie, cuando el mercado en su conjunto está en estado de deterioro.

Otra forma de disminuir el riesgo de costo de desarrollo es ir en la dirección opuesta, y desarrollar un gran número de pequeños títulos basados en propiedad intelectual (PI) nueva, con la esperanza de que alguno tenga éxito y pueda pagar el desarrollo del resto.

1.2.2 Futuras consolas

Con el lanzamiento de la Wii-U,²⁴ la PlayStation 4, y la Xbox One, la industria de las consolas está contando con el nuevo *hardware* para revertir los dos últimos años de decadencia en las ventas y fracasos corporativos. El nuevo *hardware* podría resultar en el resurgimiento de la industria de las consolas, pero la próxima generación enfrentará un panorama competitivo distinto. Los juegos para PC prácticamente se retiraron de la venta en comercios, y las decisiones tomadas por las primeras partes fabricantes de consolas (cuánto deben facilitar la autopublicación de videojuegos digitales) marcarán la pauta sobre cómo podrán distribuir sus juegos los desarrolladores de consolas.

Un aspecto positivo para el nuevo *hardware* de consolas es que tiende a incidir en alguna innovación en el *software* también. Los títulos basados en nueva PI o diseños de juegos nuevos pueden ayudar a darle un hábito de vida nueva a la industria de las consolas. Las secuelas son populares entre los fanáticos de una serie, y constituyen un riesgo menor para los desarrolladores, pero una historia o diseño frescos son necesarios para impulsar la industria. Esta próxima generación de consolas con suerte permitirá tomar más riesgos, siendo que la primera parte apoyará a los primeros que las adopten, a través del financiamiento de desarrollos y apoyo en la comercialización.²⁵

Los anuncios de nuevas consolas promueven la tendencia a trasformar el juego de consola en una experiencia completamente multimedia. Tanto la consola de Microsoft, como la de Sony requieren un potente acceso a Internet y están tratando de posicionarse como el punto central de la sala de estar. Para Microsoft, el aviso podría haber sido mejor aceptado: ciertos aspectos de la Xbox One (tales como el requisito de registrarse diariamente a Internet y algunas limitaciones en las ventas de juegos usados) causaron una reacción negativa en los consumidores de videojuegos y generaron que el gigante del *software* diera marcha atrás en algunas de las características propuestas.²⁶

Los fabricantes de consolas tradicionales no son las únicas empresas con nuevo *hardware*. Valve anunció en septiembre de 2013 que lanzará su propia consola, la Steam Box, ejecutando su propio SteamOS basado en Linux.²⁷ Supuestamente esto será un puente entre los videojuegos de PC tradicionales y las consolas, que permitirá a los consumidores acceder a la biblioteca de juegos para PC a través de la transmisión a sus televisores, vía Steam Box.

Otras compañías también se están zambullendo en el espacio de las consolas. Plataformas de juegos en la nube como OnLive, que transmite juegos desde Internet en lugar de requerir un juego o *hardware* local, podrían competir con las consolas; pero todavía tienen que despegar debido a las limitaciones del ancho de banda.



Otro grupo competidor son las consolas pequeñas basadas en arquitectura Android, que podrían llevar el estilo de videojuego móvil al televisor de la sala de estar.

El *hardware* está atravesando un sacudón importante, y es vital para la supervivencia de los desarrolladores y editores elegir la plataforma correcta para desarrollar.

Sin embargo, es una gran oportunidad para asociarse con fabricantes, que van a estar necesitados de buenos títulos para vender su nuevo *hardware*.

1.2.3 Crecimiento de la distribución digital

Otro cambio destacado en la industria es la creciente prevalencia de la distribución digital. Por el lado de PC, Steam dio acceso a los desarrolladores y editores a un mercado global, sin necesidad de pelear por pequeños espacios en las góndolas o correr riesgos de inventario.

Por el lado de las consolas, la distribución digital permite a los editores lanzar títulos sin cumplir con requisitos mínimos de cantidad requeridos por primeras partes, y sin tener que pagar derechos de autor por aquellas cantidades iniciales. La distribución digital abrió la puerta a muchos desarrolladores independientes pequeños para alcanzar un público mucho más amplio.

Sin embargo, no todo es positivo; la distribución digital tiene desventajas también. Una crítica frecuente a Steam y otros modelos similares es la dependencia en los descuentos y las ventas.²⁸ Los bajos costos de distribución digital permiten reducciones drásticas en el precio. Los distribuidores digitales generalmente tienen promociones de más del 70% de descuento en los títulos. Esto generó la preocupación de que los consumidores comenzarán a esperar descuentos y aplazarán compras hasta que el precio baje. Otros, sin embargo, sostienen que las promociones son buenas para el negocio, dado que dan lugar a grandes incrementos en los ingresos.²⁹ Si ocurriera la carrera a la baja, desarrolladores y editores deberían encontrar formas alternativas de monetizar sus títulos.

1.2.4 Crecimiento de los juegos móviles

El mayor cambio en el ámbito del juego en los últimos años fue el crecimiento meteórico de los videojuegos móviles. Con la llegada de los teléfonos inteligentes, los juegos en dispositivos móviles pasaron de ser videojuegos simplificados, que se parecían a los de las consolas de finales de 1980, a ser videojuegos móviles que se parecen más a los videojuegos de consolas actuales y de PC.

Una característica destacada de los videojuegos móviles son los costos de desarrollo más bajos. Los videojuegos móviles son gratis o se venden a un precio muy bajo. Este precio bajo mantiene las expectativas a raya, en el sentido de que los videojuegos móviles generalmente tienen un alcance más limitado que los de consola

o PC. Sus costos de desarrollo generalmente rondan los cientos de miles, contra las decenas de millones requeridos para el desarrollo de juegos AAA para consolas.

Estos bajos costos también permitieron más desarrollos fuera de Estados Unidos y Japón. Los estudios de desarrollo de videojuegos móviles se pueden encontrar a lo largo de todo el mundo: Corea del Sur y Europa oriental se convirtieron en semilleros de desarrollo móvil.

El desarrollo móvil tiene algunas desventajas. Dado que es muy sencillo lanzar una aplicación, es un peligro real que la aplicación se pierda en la multitud. La mayoría de los ingresos en este segmento de la industria están centrados en los mejores. La aplicación número 10 en recaudación logra 10 veces el ingreso de la número 100.³⁰ Además, el miedo de muchos desarrolladores de PC de que los precios inevitablemente bajarán es una realidad en el mercado móvil. La gran mayoría de juegos móviles son gratis o se venden por solamente uno o dos dólares. Esto resultó en una variedad de esquemas de monetización, incluyendo varios llamados modelos “freemium” y de publicidad personalizada. Sin embargo, a pesar de los costos de marketing y desarrollo más bajos, los editores de juegos móviles aún pueden obtener ganancias en la industria.

1.2.5 Crecimiento del juego libre y otros esquemas de monetización

Los juegos libres o “freemium” son videojuegos que se distribuyen gratuitamente pero tienen contenido extra o mejorado que solamente está disponible con compras adicionales. El contenido comprado pueden ser elementos del juego, nuevos niveles, o más personajes; o la adquisición puede ser de un servicio tal como la aceleración de actividades que normalmente tomarían varias horas.

El modelo de juego libre está adquiriendo una creciente popularidad. Si bien siempre fue bastante popular en aplicaciones sociales basadas en el navegador y juegos móviles, los juegos libres se convirtieron en la nueva norma para los juegos de multijugadores masivos en línea (MMO). Mientras que algunos juegos eran gratuitos desde el comienzo, tales como *League of Legends*, recientemente más y más títulos se convierten del modelo pagar-para-jugar al de juego libre.³¹ Un motivo por el que el juego libre es tan exitoso en los juegos de multijugadores masivos en línea es que esos juegos necesitan una gran base de usuarios para tener la experiencia adecuada. Los juegos libres permiten a los jugadores acceder al contenido básico sin tener que pagar, generando así la base de usuarios necesaria, y luego les da opciones de compra a los jugadores que estén dispuestos a pagar.

Los juegos libres también van a ser una realidad para los juegos de consolas. La generación actual ha visto una gran cantidad de contenidos descargables adicionales (DLC) que son adquiridos, para un juego, pero los DLC siempre fueron una adición a un juego comprado. Ahora se espera que los editores de consolas



den el próximo paso y ofrezcan algunos juegos básicos gratuitamente y que confíen solamente en las adquisiciones dentro del juego para el flujo de ingresos. Cómo se verán estos juegos de consola libres, es una cuestión pendiente, dado que el modelo de juego libre funciona para aplicaciones móviles o sociales de bajo presupuesto, pero diseñar un juego libre de consola para un jugador diferente, con mayores costos a recuperar, puede significar implementar una estrategia diferente que para el móvil.

Cuadro 2: Los Simpsons: Agotado

Los Simpsons: Agotado es un juego *freemium* para móvil, publicado por la división móvil de Electronic Arts, EA Mobile lanzado en el Reino Unido y Estados Unidos a principios de 2012. Desde entonces, la aplicación generó ganancias por más de US\$50 millones³²

El juego permite a los usuarios construir su propia versión de la ciudad de los Simpson, Springfield. Hay una variedad de búsquedas dentro del juego, y los edificios creados generan rentas para que los usuarios usen dentro del juego. Los usuarios pueden usar divisas del mundo real para comprar "rosquillas" para tener acceso a características *premium*.

El éxito del juego se convirtió en un problema para EA Mobile, dado que la demanda agotó los servidores de EA, y la compañía la sacó del Apple App Store mientras se arreglaban el servidor y los errores.

Hay otros esquemas de monetización populares, además de los juegos libres. La publicidad, por lo general asociada a los juegos libres, es la más popular debido a su sencilla implementación. Sin embargo, los ingresos por publicidad son muy bajos comparados con los posibles ingresos del juego libre. Al analizar la actividad y recopilar información del usuario, los anunciantes pueden enviar a los jugadores publicidades dirigidas. Para muchos desarrolladores de aplicaciones de juegos sociales libres, la publicidad es una forma efectiva de conducir a los jugadores de un juego del que puedan empezar a cansarse, hacia el nuevo lanzamiento del mismo desarrollador. Llevar a los jugadores de un título nuevo a otro permite al desarrollador tener un flujo de ingresos frescos consistente por las nuevas compras dentro del juego.

1.2.6 Desafíos legales generados por la innovación

Los cambios en la industria (nuevo *hardware*, métodos de distribución y de monetización) conllevan ciertos riesgos y desafíos legales. Cada vez que una industria cambia, las leyes y regulaciones demoran en ponerse al día.³³ A veces esto significa que no resulta claro cómo reaccionarán los gobiernos ante ciertas prácticas comerciales. Otras veces significa que la regulación escrita, para ser aplicable a tecnología con treinta años de antigüedad, es aplicada desordenadamente a la tecnología innovadora. El resultado es que las empresas que quieren probar cosas nuevas deben ser cuidadosas y buscar asesoramiento para reducir su exposición.

(iv) Patentes

Uno de los desafíos legales más importantes para la industria actual son los litigios sobre patentes. Sea que se trate de secuestradores de patentes (*trolls*) o de reclamos legítimos, el litigio sobre patentes se está convirtiendo en una preocupación cotidiana para las empresas de videojuegos. Con el reciente lanzamiento de la PlayStation 4 y la Xbox One, indudablemente habrá nuevas características embebidas en los dispositivos que permitirán que los consumidores disfruten más del juego. Desafortunadamente, es muy probable que la tecnología detrás de esas nuevas características quede comprendida dentro de una amplia patente.

Al utilizar los kits de desarrollo de *software* (SDK) provistos por los fabricantes de dispositivos e implementar la tecnología en sus videojuegos, los desarrolladores se exponen a litigios de patentes. Dado que es poco frecuente que un fabricante de *hardware* ofrezca indemnidad por violación de patentes en sus contratos modelo (para un análisis sobre este tema, véase el Capítulo 6.5.1) los desarrolladores son abandonados a su suerte, y a veces se ven obligados a llegar a un acuerdo y pagar una retribución por licenciamiento a quien reclama en un juicio de patentes. Hasta que los gobiernos arreglen el modo en que funciona el sistema de patentes, los secuestradores de patentes seguirán mermando la industria. Aunque las patentes de *software* pueden ser un tema en muchos países, el litigio de patentes se da principalmente en Estados Unidos. Esto no implica que esté limitado a empresas norteamericanas, dado que cualquier empresa que distribuya videojuegos en Estados Unidos puede potencialmente ser responsable bajo la ley norteamericana de patentes.

(v) Distribución digital

La distribución digital brinda a los desarrolladores acceso a cualquier persona en cualquier lugar, siempre que tenga una conexión a Internet. Este acceso mejorado implica exponerse a diversas leyes en la jurisdicción en la que reside el consumidor. Incluso dentro de Estados Unidos, cada estado tiene una normativa diferente respecto de la privacidad, defensa del consumidor e impuestos. Los diferentes países tienen diferentes estándares de decencia y algunos contenidos, aunque legales en la mayoría de ellos, pueden ser ilegales en otros.

Al entregar una versión del videojuego al distribuidor, el desarrollador confía en la experiencia del distribuidor para cumplir las leyes del país en el que se distribuirá. Los desarrolladores no deben ser permisivos sino proactivos para protegerse a sí mismos, y aprender del distribuidor sobre los asuntos que deberían preocuparlos. Asumir que un título puede ser vendido en cualquier lugar y funcionar exactamente de la misma manera, especialmente cuando hay algún tipo de funcionamiento interconectado, no es una apuesta segura.



(vi) Monetización

Cada esquema de monetización trae consigo un desafío legal diferente. La publicidad requiere cumplir con las leyes de privacidad y regulación en línea. Las monedas de videojuegos pueden involucrar derecho financiero, defensa del consumidor, derecho tributario y, en Estados Unidos, incluso la Ley Patriótica. Las compras dentro del videojuego implican la aplicación de leyes de impuestos y de propiedad. El modo en que un videojuego vende ciertos elementos puede atraer la aplicación de leyes del juego; como cuando Japón prohibió los juegos de tipo “gacha”, según los cuales los jugadores debían comprar paquetes de elementos al azar para completar colecciones que permitían acceso a elementos incluso más raros. La empresa que administra la distribución puede tener una influencia drástica en la exposición del desarrollador a estas leyes.

(vii) Privacidad

El mundo está conectándose más y los jugadores de videojuegos no son una excepción. La posibilidad de jugar en línea con amigos solía ser la única forma de que los jugadores se conecten. En la actualidad, los videojuegos se conectan con sitios de redes sociales y es muy común compartir logros, puntajes y otros aspectos del videojuego con amigos. Cómo manejan las empresas toda la información privada que fluye de los aspectos sociales de los videojuegos es una preocupación para grupos de consumidores y gobiernos.

El mercado móvil es especialmente vulnerable a estos cambios legales. Los nuevos dispositivos telefónicos implican exposición a demandas por infracción de patentes. Los videojuegos móviles son distribuidos únicamente en forma digital, por lo que el mercado comparte los mismos problemas que la distribución de juegos para PC y consolas; y los esquemas creativos de monetización, de tipo “gratis”, son la regla general en los videojuegos sociales. La industria de videojuegos móviles es una industria candente, por lo que es más probable que capte la atención de los reguladores.

1.3 Impacto del escenario cambiante y sus efectos en el desarrollo de videojuegos

Los cambios en la industria referidos precedentemente han tenido un gran impacto en el desarrollo de videojuegos. Los desarrolladores y editores deben reaccionar o se quedarán fuera del negocio. Los cambios también han generado nuevas oportunidades, y los desarrolladores y editores que puedan sacar ventaja de ellas serán los líderes en los próximos años.

Dado que la industria de las consolas se está achicando, y los presupuestos para videojuegos de primera línea son cada vez mayores, los desarrolladores y editores corren el riesgo de que uno o dos fracasos importantes afecten severamente sus

negocios. El incremento de costos y la disminución de las ventas han ocasionado que muchos editores no quieran asumir riesgos y se enfoquen en secuelas y propiedades conocidas, lo que llevó a una disminución en el número de videojuegos de gama media.

Aunque el desarrollo del lado móvil es mucho menos caro, la popularidad de la industria y las bajas barreras de entrada generaron mucho ruido. Un videojuego bien hecho y con soporte adecuado corre el riesgo de no ser descubierto jamás, y dado que el modelo *freemium* requiere una gran base de usuarios, incluso un desarrollador móvil debe controlar cuidadosamente sus costos.

Sin embargo, no todo es negativo, dado que los cambios en la industria crean grandes oportunidades. El incremento en el costo y el riesgo para grandes videojuegos ha ocasionado que los editores abandonen franquicias consolidadas. Esto genera espacio para pequeños desarrolladores independientes, que pueden experimentar con nuevas historias y tipos de videojuegos que, producidos con un costo relativamente bajo, pueden sobresalir entre la multitud de secuelas y reinicios.

El aluvión de nuevo *hardware*, tanto para consolas como para móviles, puede generar sociedades y acuerdos exclusivos; lo que puede significar acceso a fondos para desarrollo o marketing gratuito. El nuevo *hardware* también brinda a los desarrolladores la oportunidad de experimentar con nuevas características y quizás nuevas formas de jugar los videojuegos en conjunto.

Con estas oportunidades, los desafíos son obvios. El futuro es desconocido, y la imposibilidad de adaptarse a nuevos cambios significa un desastre. Los cambios en leyes y regulaciones también impactarán en el desarrollo, y generalmente las nuevas tecnologías implican que la ley no está del todo asentada. Los desarrolladores deberán determinar qué riesgos vale la pena tomar en un escenario legal que podría no brindar respuestas claras.

1.4 El papel del editor

En esta sección se examinan los diferentes roles que puede asumir un editor y por qué el desarrollador puede estar interesado en que algunas de sus funciones, o todas, sean manejadas por una empresa reconocida de edición de videojuegos.

El editor puede ofrecer un amplio rango de servicios a los desarrolladores, habitualmente a cambio de un porcentaje de los ingresos generados por la explotación del videojuego. El papel del editor comprende desde un acuerdo de edición con financiamiento completo de todo el desarrollo, hasta un acuerdo limitado de distribución de los productos físicos en una región geográfica limitada, y todo lo que está en medio de estos extremos. Lo que pueden aportar los editores depende en gran medida de las necesidades del desarrollador, del tipo de videojuego en



desarrollo, del mercado geográfico y de la plataforma. No obstante, los editores siempre pueden aportar reconocimiento marcario. Dado que hay solo unos pocos editores principales, la mayoría de los consumidores están familiarizados con ellos, y tener el logo del editor en el videojuego puede ayudar o perjudicar -dependiendo del editor- al pequeño desarrollador.

1.4.1 Financiamiento

El principal beneficio de trabajar con un editor es el acceso al financiamiento. Como todo en la relación entre desarrollador y editor, el nivel de financiamiento puede variar para adecuarse a las necesidades concretas de las partes. El procedimiento de verificación y envío cuesta dinero, y la obtención de fondos para esas actividades es una opción para un acuerdo de edición. Los editores también pueden financiar el desarrollo del videojuego mismo, o partes del desarrollo como podrían ser los puertos para diferentes plataformas. Para los desarrolladores que no tienen recursos, tener acceso a los bolsillos profundos de un editor principal puede ser vital.

Sin embargo, con el financiamiento viene un mayor control, dado que el editor querrá asegurarse de que sus fondos han sido bien invertidos. Demasiada supervisión del tipo equivocado puede convertir un gran concepto en un videojuego horrible. Por el contrario, la falta de supervisión puede llevar a desperdiciar los fondos para el desarrollo. Los videojuegos son una expresión creativa, y la tensión sobre la dirección del proyecto puede llevar a un conflicto. Tener un contrato bien redactado, que identifique los derechos y obligaciones, como así también qué hacer en caso de conflicto, es muy importante para facilitar una relación armónica entre las partes.

1.4.2 Control de calidad (QA, por sus siglas en inglés) y envío

Para lanzar un videojuego que funcione, se requieren pruebas de control de calidad (QA). Una vez que el desarrollo está completo, el desarrollador deberá realizar el envío a la primera parte, en el caso de consolas; a un distribuidor como Steam, en el caso de PC; o a la tienda móvil. Tanto el envío como el control de calidad pueden ser manejados por los editores.

(i) Consolas

En el pasado, para lanzar un videojuego de consolas, uno debía ser aceptado como editor por las primeras partes. El procedimiento para convertirse en editor varía dependiendo de la primera parte, y por lo general involucra alguna evaluación del potencial negocio del editor. Todas las primeras partes exigen la firma de un contrato de edición (como se describe en el Capítulo 6.2). Una vez aceptado, el editor puede enviar versiones de videojuegos para su aprobación por la primera parte. Para los desarrolladores que no tienen la capacidad o que no quieren atravesar ese

procedimiento, el editor juega un papel principal en el lanzamiento de videojuegos de consolas.

Un gran servicio ofrecido por los editores es el manejo de la relación con la primera parte y el procedimiento de control de calidad (QA). Los principales editores tienen equipos de QA dedicados, con relación de trabajo estrecha con las primeras partes y experiencia en diversos títulos, que verifican los videojuegos en busca de errores y desperfectos. La experiencia del editor, que proviene de haber desarrollado y editado un gran número de títulos, también es un gran recurso para el desarrollador. Muchas veces los editores asesoran o proveen retroalimentación durante el procedimiento de QA que puede mejorar sustancialmente un título.

Con las nuevas consolas, es esperable que el procedimiento de aprobación de un videojuego para su distribución sea liberalizado considerablemente, por lo que debería haber menos obstáculos para que un desarrollador auto publique sus videojuegos en consolas -aunque esto dependerá en gran medida de cómo los fabricantes desplieguen sus planes para las nuevas consolas.

(ii) PC

Lanzar un videojuego para PC puede ser tan simple como uno lo deseé. Dado que no hay primeras partes fabricantes a quienes enviarlo, el desarrollador puede simplemente lanzarlo para su descarga en su sitio web. La auto publicación se hace más fácil por aplicación de interfaces de programación (API, por sus siglas en inglés) como Steamworks, de Valve, disponibles gratuitamente; que brindan estadísticas, protección de piratería y opciones comunitarias no disponibles de otro modo.

Los editores de todos modos pueden jugar un papel, dado que Steam no es una plataforma abierta y está disponible en móvil. Es posible que Valve cambie este modelo, pero actualmente decide qué videojuegos se lanzan en su plataforma y el reconocimiento de marca ayuda con eso. Sin embargo, todo el procedimiento para acceder a Steam es mucho menos riguroso que en el proceso de consolas, aunque un nuevo o pequeño desarrollador puede beneficiarse de la relación con un editor para este procedimiento.

El envío a Steam también es más simple. En las consolas, el desarrollador debe verificar el videojuego y asegurarse de que esté relativamente libre de errores.³⁴ En el caso de la PC, la principal preocupación es que la API se haya implementado adecuadamente. Esto no significa que no sea necesario un exhaustivo procedimiento de QA. No es obligatorio porque así lo indique la primera parte, pero resulta necesario porque es poco probable que un videojuego lleno de fallos y errores sea popular. La experiencia del editor en QA también es muy relevante para el desarrollador de PC.



(iii) Móvil

El lanzamiento en móviles es por lejos el más fácil. Para lanzar en las vitrinas de Apple o Google todo lo que se requiere es descargar el kit de desarrollo de *software* (SDK) y pagar una tasa nominal. No hay investigación o verificación de errores más allá de la verificación que realiza la plataforma móvil para confirmar que el desarrollador ha seguido sus términos y condiciones (cuya profundidad varía sustancialmente entre los distintos videojuegos y las distintas plataformas).

El procedimiento de QA, como casi todo en los juegos móviles, es más simple y menos costoso. Dado que el ámbito del videojuego móvil suele ser más restringido que el de un videojuego de PC o consola, el QA puede manejarse mucho más rápido. La ausencia de un procedimiento de aprobación por una primera parte pone menos presión en el desarrollador, que puede sobrellevar un duro procedimiento de QA. De todos modos, el QA es muy importante, y a medida que los videojuegos móviles y la tecnología se hacen más complejos, y el costo de desarrollar se incrementa, el acceso al QA de terceros a través de editores se hace más atractivo.

1.4.3 Distribución en comercios

La distribución digital ha hecho que la auto publicación sea una opción legítima para muchos desarrolladores. Sin embargo, la distribución tradicional en comercios minoristas es todavía importante para la venta de videojuegos de consolas.

La posibilidad de fabricar y distribuir productos físicos es un procedimiento respecto sobre el cual muchos desarrolladores no tienen experiencia. Los editores, por otro lado, tienen relaciones con las cadenas de venta (GameStop, Wal-Mart, etc.) y la experiencia necesaria para fabricar discos de juego físicos. El acceso a un espacio en la estantería puede hacer crecer o fracasar un videojuego, por lo que un socio con las relaciones adecuadas puede ser la clave para el éxito de un videojuego.

Si un desarrollador auto publica, el contrato con el editor puede ser tan simple como un acuerdo de distribución, y no requiere de la opinión del editor excepto para la fabricación y distribución del videojuego en comercios minoristas. En este caso, el editor estaría actuando como cualquier otro distribuidor, y podría participar con un porcentaje de los ingresos.

1.4.4 Marketing

Los principales editores tendrán un departamento completo dedicado solamente a promover videojuegos. La experiencia y habilidad para poner un título frente a los consumidores en este superpoblado mercado es una característica valiosa de un editor. El marketing es algo que también puede hacerse a través de agencias independientes, por lo que el desarrollador debe sopesar los costos y beneficios de ambas. En cualquier caso, mantener el control sobre la imagen y el mensaje

del videojuego es importante, y tener un contrato bien estructurado y realizar un seguimiento de lo que está haciendo el equipo de marketing es vital.

Con independencia de la plataforma, el marketing es más o menos lo mismo. La relación con la prensa, creación y distribución de publicidad y el marketing en eventos son aplicables a todas las plataformas. Además, las relaciones con primeras partes pueden ser críticas para el éxito de un producto, especialmente si se trata de distribución digital o móvil.

Todas las plataformas de distribución digital están plagadas de páginas que publicitan videojuegos. Tener una ventana emergente que se abre inmediatamente después de acceder a Steam, Google Play o Xbox Live es algo invaluable para el desarrollador. Posiblemente quien tenga una relación con las primeras partes pueda tener su videojuego destacado.

Una gran desventaja del móvil es simplemente la cantidad de aplicaciones en el mercado. Perderse en la multitud es una realidad para los desarrolladores móviles, sin importar cuán bueno sea su título. Una buena relación con los operadores de telefonía y con los fabricantes de teléfonos puede ayudar al desarrollador a que su videojuego sea destacado o precargado en un dispositivo. Dado que los ingresos por videojuegos bajo un modelo *freemium* dependen en gran medida del número de descargas, esta relación puede hacer crecer o fracasar a un título.

1.4.5 Alcance mundial

Otra opción para el desarrollador es celebrar un contrato con un editor para alcanzar un mercado que, o bien no puede afrontar, o bien requiere de una experiencia que no tiene. Un desarrollador en Canadá puede no conocer la forma de llegar a los jugadores en Japón, y un desarrollador en India puede no saber cómo distribuir un videojuego en Suecia. El alcance puede ser la distribución, la promoción, o ambas. La mayoría de los editores principales tienen diversas subsidiarias a lo largo del mundo, por lo que pueden llegar fácilmente a cualquier mercado. La distribución mundial también significa exponerse a un gran número de leyes y regulaciones, y que otra parte asuma esa responsabilidad puede ser de gran ayuda.

La distribución digital hace que el mundo parezca fácil de alcanzar, con solo apretar un botón, pero si los jugadores no pueden leer el texto del videojuego, no van a jugar. La localización es algo que muchos editores pueden financiar o realizar internamente. Los editores con experiencia en distintos mercados pueden ayudar a los desarrolladores a diseñar videojuegos que tengan alcance mundial, dado que los gustos de los jugadores varían enormemente en cada mercado.



CAPÍTULO 2

NEGOCIACIÓN CON EDITORES DE VIDEOJUEGOS

2.1 El papel del editor

El editor juega un papel similar al de un estudio de filmación, que financia, desarrolla, distribuye y comercializa un producto a los consumidores. Los editores no solamente financian videojuegos de desarrolladores externos a cambio de derechos de distribución y posiblemente titularidad, sino que también distribuyen videojuegos terminados y financian el desarrollo interno, por parte de sus propios empleados.³⁵

Los contratos entre el editor y el desarrollador variarán de acuerdo con el papel que adopte el editor. Los escenarios más comunes comprenden:

1. Que el editor contrate un equipo de desarrollo y conserve la titularidad del derecho de autor del juego y por lo general pague una regalía al desarrollador basada en los ingresos generados por el juego.
2. Que el editor pague por el desarrollo de un juego basado en el concepto de un desarrollador externo y pague regalías basadas en los ingresos generados, pero no sea titular del derecho de autor.
3. Que el editor actúe únicamente como distribuidor de un juego terminado y reciba un pago por sus servicios de supervisión de la distribución y producción de un juego.³⁶
4. Que el editor acceda a publicar el juego móvil de un desarrollador, exponiendo dicho juego a la red de usuarios del editor, a cambio de un pago basado en un porcentaje de los ingresos que genere el juego.

En cada caso, el editor habitualmente adelantará el dinero para producir, distribuir y comercializar el juego. Además, el editor: i) actuará como gestor a los fines de celebrar acuerdos y manejar la relación con las primeras partes fabricantes de consolas³⁷ y/con las tiendas de aplicaciones móviles, asegurando que el juego satisfaga los requisitos de los propietarios del soporte físico, lo que incluye la entrega, registros, prueba y pago, cuando proceda; ii) creará e implementará un plan de comercialización y venta; y iii) asegurará acuerdos con subdistribuidores, si fuera necesario.³⁸

Para cada escenario, muchos de los términos del contrato celebrado entre el editor y el desarrollador serán los mismos, pero también habrá diferencias importantes con relación a la titularidad y los derechos, los costos y la supervisión del desarrollo y explotación del juego. Este capítulo trata sobre los aspectos legales y comerciales vinculados con la relación editor-desarrollador.

Antes de considerar una relación, tanto el desarrollador como el editor deben discutir no solamente una serie de aspectos comerciales para ver si pueden llegar a un acuerdo, sino también aspectos que determinarán si se complementarán bien. Hasta dónde lleguen las discusiones dependerá del compromiso de cada una de las partes hacia la otra. Si el editor está financiando la producción, es más probable que realice una auditoría más detallada sobre las capacidades del desarrollador.

2.1.1 Elementos a considerar por un desarrollador al evaluar a un editor

Para el desarrollador, algunas de las preguntas más significativas que deberá formularse son las siguientes:

1. ¿Qué juegos distribuyó y cuál fue la suerte de esos juegos?
2. ¿Tiene la capacidad para distribuir y comercializar mundialmente el tipo de juego que será objeto del acuerdo (por ejemplo, acción, tirador, deportes) y los recursos y experiencia necesarios para comercializar, distribuir y explotar un juego?
3. ¿Utiliza subdistribuidores?
4. ¿Otros desarrolladores quedaron satisfechos con los servicios prestados por el editor para sus juegos? ¿Cuán fácil o difícil les resultó trabajar con él para el desarrollo del juego?
5. ¿Qué proceso de aprobación de metas utiliza?
6. ¿Tiene los recursos financieros necesarios para realizar los pagos que se devenguen y para explotar el juego?
7. ¿Qué tipo de relación tiene con los fabricantes de consolas, los vendedores de comercios minoristas y las tiendas de aplicaciones móviles como Apple y Google?

2.1.2 Elementos a considerar por un editor al evaluar a un desarrollador

Al mismo tiempo, previo a considerar si celebrar un contrato con un desarrollador, el editor debería realizar su propia investigación para saber si el interesa ese negocio. Algunos de los principales aspectos que podría considerar incluyen:³⁹

1. ¿Cuán exitosos fueron los juegos anteriores del desarrollador?
2. ¿Cuán eficaz fue para entregar los juegos a tiempo y dentro del presupuesto?
3. ¿Está trabajando actualmente en otros juegos que podrían interferir con el juego considerado por el editor? Esto podría comprender obligaciones de enmendar errores o proveer contenido adicional para juegos previos.



4. ¿Cuál es la situación financiera del desarrollador? A menos que actúe solamente como distribuidor, el editor deberá considerar la posibilidad de auditar los registros financieros del desarrollador.
5. ¿Qué experiencia tiene la gente que trabajaría en el juego para las diferentes plataformas?
6. La gente que trabaja en el juego, ¿trabajó con éxito en equipo para otros juegos?
7. ¿Tiene autorización para trabajar sobre soporte físico de primeras partes?

Todos los factores mencionados más arriba serán importantes para determinar la viabilidad de una relación entre las partes y también cuánto cree el editor en la rentabilidad del juego.⁴⁰ Si un editor no cree que el juego se venderá, entonces no tendrá interés aun cuando pueda adquirir los derechos de distribución sin pagar un adelanto. Para el editor, el tiempo y los gastos incurridos para la distribución de un juego serán mejor invertidos en otros juegos si determinara que serían más rentables.

2.2 El contrato de edición

2.2.1 El contrato detallado: Introducción

Para los desarrolladores que celebran un contrato de edición (“contrato”),⁴¹ este documento regulará la relación comercial y legal entre las dos partes involucradas en la explotación y posiblemente la financiación del juego. El contrato establecerá los derechos, obligaciones y responsabilidades de cada parte, incluyendo la potencial financiación, regalías, desarrollo del juego, pruebas, localización, fechas de entrega, distribución, aprobaciones, comercialización, producción, mantenimiento de las relaciones con los titulares de las plataformas y declaraciones y garantías. El contrato variará dependiendo del papel potencial del editor y si actuará como una fuente de financiación o solamente como distribuidor.

Cuando el desarrollador autofinancia el juego, puede no tener la experiencia y el dinero necesarios para distribuirlo y comercializarlo, ni las relaciones necesarias para lanzarlo en diferentes plataformas. Es por ello que buscarán un editor para distribuir el juego. Además, aunque en los acuerdos de distribución el desarrollador no suele recibir financiación para el desarrollo, puede obtener un adelanto y/o garantía del editor por los derechos de distribución del juego.

En algunos casos, los desarrolladores pueden incluso celebrar contratos con diferentes editores para distribuir sus juegos en diferentes territorios porque un editor podría tener un conocimiento más acabado de un mercado y la gratificación económica inicial podría ser mayor si se acuerda con más de un editor.⁴² Por ejemplo,

un desarrollador podría celebrar un acuerdo con un editor para la distribución en Europa y con otro para la distribución en América del Norte.

2.2.2 Cuestiones sobre la titularidad

Además de las consideraciones económicas y la agenda de entregas, la titularidad y los derechos otorgados, que comprenden la explotación del juego, constituirán la sección más importante del contrato.

Si el editor contrató al desarrollador para crear un juego basado en un concepto original del editor o licenciado al editor, será él, y no el desarrollador, quien resulte titular de los derechos de propiedad intelectual sobre el juego en la amplia mayoría de los casos. Esto casi siempre se acuerda mediante cláusulas expresas en el marco del contrato de edición. Sin embargo, a veces también puede lograrse por aplicación directa de la ley.

En Estados Unidos, por ejemplo, esta situación quedaría comprendida dentro del concepto de “obra por encargo”,⁴³ siempre que la relación entre las partes cumpla con los requisitos del artículo 101 de la Ley de *Derecho de autor*.⁴⁴ Sin embargo, no todos los países reconocen la obra por encargo y en algunos países, como Francia y Alemania, el “autor” y titular de la obra es la persona o las personas físicas que la crearon.⁴⁵ En cualquier caso, sea como resultado del contrato o de la ley, el editor generalmente tendrá el derecho perpetuo y mundial de explotar el juego y cualquier elemento del juego, por todos y cualquier medio y con escasas restricciones.⁴⁶

En otros contratos, en los cuales el editor financia la mayor parte del juego, pero el concepto subyacente es del desarrollador, las partes deben negociar los derechos de titularidad. Si los derechos de titularidad quedan en cabeza del desarrollador, las partes deben negociar en detalle los derechos de cada una, incluyendo pero sin limitarse a las plataformas para las cuales se desarrollará el juego, plazos, territorio, derechos para secuelas y precuelas y derivaciones (“obras derivadas”).

Que el editor obtenga los derechos de titularidad sobre juego u otros derechos, dependerá primordialmente de la posición que hayan adoptado las partes en la negociación y también de los pagos que se hayan acordado al desarrollador. Si el editor está financiando todo el desarrollo, entonces insistirá en ser titular de la propiedad; pero si hay otros editores interesados en el juego, el desarrollador podría mantener la titularidad. En cualquier caso, aun si el editor tuviera los derechos de propiedad intelectual sobre el juego, el desarrollador pretenderá mantener, al menos, la titularidad del código fuente preexistente y de cualquier herramienta utilizada para crear el motor; dado que es probable que pueda utilizarse para reducir los costos futuros de otros juegos.⁴⁷ En ciertas situaciones, el editor aceptará que el desarrollador conserve la titularidad de estos materiales, siempre que acuerde un período de restricción (por ejemplo, un año desde el lanzamiento del juego) durante



el cual se comprometa a no trabajar directa o indirectamente para otro editor en un juego similar que podría incorporar el código del desarrollador. Esto previene que el desarrollador cree un juego similar que podría competir eventualmente con el juego del editor. Si no, y aunque podrían existir limitaciones legales, en algunas jurisdicciones el editor podría permitir al desarrollador mantener la titularidad del código, sujeto a una limitación respecto de las personas con las que el desarrollador podría trabajar usando el código.

En los acuerdos que solamente se refieren a la distribución de un juego, el desarrollador mantendrá la titularidad de todos los derechos asociados con el juego y otorgará un derecho limitado al editor para distribuir el juego en plataformas acordadas, por un plazo específico y en un territorio también acordado.

2.2.3 Derechos otorgados

Si el editor tiene los derechos de propiedad intelectual sobre el juego, tendrá el derecho exclusivo para explotarlo mundial y perpetuamente. En caso contrario, si el desarrollador controla los derechos de propiedad intelectual del juego, en esta sección se definirán las plataformas en las que el editor podrá distribuirlo, como así también los derechos asociados con su explotación, comercialización y ventas. No existe una fórmula única respecto de los derechos que el desarrollador otorgará y, tal como ocurre con muchos otros términos del contrato, ello dependerá de una serie de factores que incluyen qué parte financiará⁴⁸ el juego y qué parte aportó la idea original.

En la sección de derechos, las partes deberán identificar el nombre del/los juego/s que serán objeto del contrato, como así también las plataformas en las que el editor tendrá el derecho exclusivo de distribución.⁴⁹ Más aún, en esta sección del contrato también se indicará la forma de distribución permitida. Habitualmente, el editor tendrá derecho a distribuir los juegos por cualquier medio, y esta amplia formulación incluye el derecho a distribuir a través de los canales tradicionales de venta presencial, las descargas digitales, móviles y posiblemente hasta plataformas y medios de distribución que todavía no se desarrollaron.⁵⁰

2.2.4 Asuntos de derechos adicionales: Derecho de primera negociación y rechazo final para juegos futuros

Es difícil de predecir si el juego será exitoso o no y depende de una serie de factores, pero si el lanzamiento inicial de un juego es exitoso, ambas partes querrán garantizar su participación en los futuros lanzamientos de la franquicia. Los editores que no son titulares de los derechos de propiedad intelectual del juego procurarán asegurarse beneficios por su contribución al juego original. Si el desarrollador crea un juego basado en el distribuido originalmente, como una “obra derivada”, el editor requerirá que se le otorgue prioridad para obtener derechos, siempre que no haya

incumplido el acuerdo original. En este contexto, el editor podría requerir un derecho de preferencia, que implica que el editor tendrá la primera oportunidad para negociar en forma exclusiva respecto de los derechos de la obra derivada, durante una ventana de tiempo acordada. Durante esta ventana exclusiva, que variará en cada caso, pero que usualmente oscilará entre 30 y 60 días, las partes deberán discutir los aspectos comerciales de los derechos de explotación de la obra derivada. Si las partes no logran ponerse de acuerdo, entonces el desarrollador tendrá el derecho de negociar la distribución del juego con terceros. Aun cuando no puedan ponerse de acuerdo inicialmente respecto de los derechos de la obra derivada, es muy probable que el desarrollador pueda celebrar un contrato con el editor si no encuentra un acuerdo mejor.

Adicionalmente al derecho de primera negociación, algunos contratos incluso pueden conceder al editor un derecho de rechazo final. En este caso, el editor tendría la posibilidad de igualar cualquier oferta que el desarrollador pudiera aceptar de otro editor. Si el editor igualase esa oferta, tendría derecho a distribuir la obra derivada, siempre que las partes acordaran el resto de los términos del contrato.

Ni el derecho de primera negociación ni el de rechazo final son automáticos, sino que deben ser negociados por las partes. Si el desarrollador acepta conceder los derechos de primera negociación y de rechazo final, la determinación de los requisitos que habilitarían su ejercicio redonda en beneficio para ambas partes. Generalmente, se debe cumplir con un límite mínimo de ventas o de ingresos mundiales para habilitar los derechos de primera negociación o de rechazo final. Por ejemplo, si el desarrollador recibe regalías que exceden el millón de dólares, entonces el editor podría ejercer los derechos de primera negociación o de rechazo final. El editor, por su parte, podría argumentar que ese límite puede aplicar luego de un cierto plazo desde el lanzamiento del juego, dado que antes de dicho plazo el editor no tendría tiempo suficiente para recibir las regalías que tornarían exigible el derecho de editar obras derivadas.

Más aún, para que el derecho de primera negociación resulte exigible, el desarrollador podría considerar otros factores tales como la relación laboral entre las partes. Si la relación entre las partes fuese tensa, el desarrollador podría preferir aceptar menos dinero sabiendo que una relación más fuerte con otro editor podría ser más beneficiosa en el largo plazo que un pago inicial mayor con el editor original. En el caso del derecho al rechazo final, es importante acordar qué requisitos deben verificarse para su ejercicio. Por ejemplo, ¿la única preocupación será sobre los ingresos, tales como adelantos, garantías y regalías (muchas veces lo es); o también habrá otros aspectos que deban verificarse, como los compromisos de comercialización, ventas, etc.?



Los desarrolladores deben ser cuidadosos al incluir el derecho al rechazo final, dado que podría afectar sustancialmente sus negociaciones con otros editores. En la mayoría de los casos, el desarrollador no querrá permitir que el editor pueda igualar una propuesta, dado que los otros editores pueden ser renuentes a formular una oferta si saben que puede ser igualada y, por lo tanto, no se mostrarán interesados en asumir compromisos.

En caso de que el editor sea el titular de los derechos de propiedad intelectual sobre el juego y decida crear obras derivadas, entonces el desarrollador debería procurar negociar un derecho de primera negociación para asegurarse la oportunidad de desarrollar el juego subsiguiente. En este caso, el desarrollador tendría la posibilidad de negociar un acuerdo de desarrollo con el editor, siempre que el desarrollador siga en actividad y tenga capacidad para desarrollar los juegos derivados pensados por el editor.⁵¹

2.2.5 Territorio

Esta sección del contrato se referirá a los países en los cuales el editor tendrá derecho de distribuir el/los juego/s. Si el editor posee los derechos de propiedad intelectual respecto del juego, entonces tendrá derecho a explotarlo por cualquier medio y en todo el mundo. Sin embargo, si el editor adquirió los derechos de distribución, estos aspectos deben ser negociados entre las partes.

El editor procurará obtener derechos tan amplios como sea posible para explotar los juegos en tantos países como pueda. El desarrollador podría aceptar otorgar derechos para todo el mundo, siempre que haya un acuerdo sobre los términos económicos, y que el editor tenga capacidad de distribución en todos los países. En los países en los que el editor no pudiera vender en forma directa, podría procurar hacerlo a través de subdistribuidores. La mayoría de los desarrolladores acepta esta práctica, siempre que el editor asuma la responsabilidad final por las obligaciones y responsabilidades de los subdistribuidores. Sin embargo, el desarrollador debe estar en conocimiento si se realizará algún tipo de deducción adicional de la parte del desarrollador o del editor para pagar por los servicios del subdistribuidor, dado que esto podría afectar en última instancia las regalías del desarrollador.

En caso de que el desarrollador entregue un juego terminado, o cuando las partes solamente celebran un contrato de distribución, el desarrollador puede limitar el territorio y elegir diferentes editores para distribuir el juego en distintos países, dependiendo de la capacidad y garantías económicas de cada editor. Además, el desarrollador podría querer otorgar diferentes derechos respecto de las plataformas a diferentes editores en un mismo territorio. Por ejemplo, un desarrollador podría otorgar derechos de distribución en América del Norte a un editor para juegos de consola y a otro editor para juegos móviles.

El desarrollador también podría prever que si el editor no cumple con la distribución del juego en un país dentro de un cierto período determinado, los derechos de distribución serán reasumidos por el desarrollador o bien dejarán de ser exclusivos del editor.

2.2.6 Plazo

El plazo del contrato explica el tiempo durante el cual el editor tiene derecho a explotar el juego, sujeto a la terminación anticipada que usualmente se prevé en caso de incumplimiento sustancial de alguna de las partes que no hubiera sido enmendado, o bien si alguna de las partes quiebra (lo cual, como se demuestra en el ejemplo de THQ mencionado antes, ocurre con más frecuencia que la esperada, desafortunadamente). Salvo que la titularidad del juego sea del editor, los plazos variarán dependiendo de la plataforma y de las consideraciones económicas del acuerdo.

En los contratos en que el editor es el titular de los derechos de propiedad intelectual, el plazo será perpetuo. Sin embargo, si el editor solamente ha adquirido derechos de distribución, el plazo será un número de años acordado (con un derecho de liquidar los juegos distribuidos físicamente)⁵² y variará en cada contrato. Aunque el editor procurará obtener el mayor plazo posible para recuperar cualquier gasto (por ejemplo, de distribución, comercialización, costos de aseguramiento de calidad, etc.) y obtener ganancias de su inversión.

Dependiendo de las plataformas incluidas en un acuerdo de distribución, el plazo podría ser de unos pocos años, dado que el ciclo de vida de un juego en una plataforma particular puede ser limitado. Sin embargo, las nuevas formas de distribución, como móviles, tabletas e incluso las nuevas plataformas de consolas ofrecen oportunidades adicionales para explotar un juego luego del lanzamiento en la plataforma inicial y, por lo tanto, los editores requerirán mayores plazos. Además, con el avance la tecnología, los juegos desarrollados originalmente para plataformas más antiguas pueden tener valor en una plataforma nueva. Por ejemplo, aunque un juego de PC de 10 años atrás ya no se venda en los comercios, es muy posible que pueda venderse digitalmente o en un dispositivo móvil años más tarde, y así seguir reteniendo algo de valor. El *Pac-Man*, un juego arcade de hace 30 años, es un ejemplo perfecto de propiedad intelectual que todavía es popular en nuevas plataformas, como las móviles.

Adicionalmente, las partes pueden negociar para otorgar al editor una opción para extender el plazo por una cierta cantidad de años. Una opción de prórroga del plazo puede servir como una señal de compromiso cuando el desarrollador es renuente a otorgar la cantidad de años requerida por el editor. Ejerciendo esta opción, y siempre que no esté incurso en un incumplimiento del contrato, el editor tendría la oportunidad



de prorrogar el plazo. El editor podría pagar al desarrollador un adelanto adicional, recuperable contra futuras regalías, por el ejercicio de este derecho a extender el plazo.

Un punto a considerar para la prórroga del plazo puede ser la extensión automática en caso de que el editor genere un monto de regalías acordadas con el desarrollador. Por ejemplo, si el desarrollador recibe US\$100.000 en regalías, entonces el plazo del contrato se prorroga por un tiempo acordado, con o sin un pago adelantado adicional al desarrollador.

2.2.7 Servicios del desarrollador; entrega

En esta sección del contrato se explicarán detalladamente los servicios específicos, incluyendo las fechas de entrega de los hitos comprometidos por el desarrollador, que variarán dependiendo de si el juego es parte de un acuerdo de desarrollo o solamente de distribución. En ambos casos habrá obligaciones sustanciales a cargo del desarrollador, pero serán significativamente menores si el editor solamente distribuye el juego.

Cuando los juegos son financiados por el editor, durante el proceso de desarrollo se requerirá que el desarrollador remita el diseño y especificaciones técnicas del juego⁵³ para confirmar su orientación, seguido de entregables en varias etapas del desarrollo, para la aprobación o rechazo por parte del editor.⁵⁴ Las partes negociarán una detallada agenda de hitos en la que se listará cada entregable,⁵⁵ la fecha de entrega⁵⁶ y la retribución que se pagará al desarrollador contra la aceptación de cada entregable.⁵⁷ La agenda de hitos variará, dependiendo del alcance del juego y del tiempo que se destine al desarrollo. Los juegos para (plataformas) móviles pueden tomar solamente unos pocos meses, mientras que el lanzamiento de un juego importante para consola puede tomar varios años y costar más de US\$30 millones. El costo de desarrollo de un juego de consola o PC puede ser enorme y se ha incrementado sustancialmente, mientras que los juegos para (plataformas) móviles y tabletas promedian unos cientos de miles de dólares, aunque puede esperarse que se incremente como lo harán la tecnología y sus posibilidades.⁵⁸

Suponiendo que el entregable es aprobado por el editor, el desarrollador avanza hacia el siguiente hito. Según lo que prevea el contrato, el editor tendrá una cantidad determinada de días para revisar el envío del desarrollador y realizar sus comentarios. En caso de que el entregable sea rechazado, el editor debería fundar el rechazo, el desarrollador deberá corregir los problemas remitir nuevamente el entregable dentro de un plazo. Luego, el editor deberá poder revisar nuevamente el entregable.⁵⁹ Dependiendo de la gravedad de los problemas, esto podría demorar la agenda de entregables. Más aún, si el problema fuera sustancial y no pudiera ser resuelto o su

resolución demorase tanto que no se pudiera cumplir con la fecha prevista para el lanzamiento del juego, el editor debería poder resolver el contrato.

Las opciones para manejar el rechazo de los entregables variarán, dependiendo de la complejidad del juego y de la/s plataforma/s. En el caso de los juegos móviles, podría ser más fácil en ciertos casos, según la complejidad del código, entregar una aplicación/juego sin terminar para que otro desarrollador lo termine. No obstante, dada la creciente complejidad de los juegos móviles, para ciertas aplicaciones/juegos y para los juegos de consolas esta opción podría no ser viable por las posibles dificultades en la comprensión del código fuente. Si el editor decide no avanzar con el desarrollo, además de cualquier otro derecho y remedio que pudiera tener, procurará la restitución de lo pagado al desarrollador.⁶⁰

La obligación más importante del desarrollador será entregar el juego terminado al editor en la fecha acordada.⁶¹ Esto es relevante porque el editor habrá confiado en esa entrega para definir la fecha de salida al mercado del juego, y para planificar la estrategia de comercialización y ventas, que podría incluir publicidad y promociones en los comercios. En consecuencia, cualquier retraso podría implicar la pérdida de oportunidades de comercialización y gastos, y las promociones tendrían poco o ningún valor si la fecha de lanzamiento del juego no es cercana a la originalmente planeada.⁶² Cuando el desarrollador no cumpliera con la fecha de entrega, dependiendo de la gravedad de la demora, el contrato podría prever la reducción de los pagos a realizar al desarrollador -sean en forma de adelanto, garantía o bono-.

Además de entregar el juego en el plazo y en los términos previstos, el desarrollador también deberá realizar las correcciones que se descubran luego del lanzamiento del juego; y proveer actualizaciones⁶³ y la asistencia que resulte necesaria para el soporte a los usuarios. Las partes pueden negociar un plazo limitado durante el cual el desarrollador tendría que prestar estos servicios, dado que el desarrollador podría asignar personal del equipo de desarrollo a otros proyectos. Por otro lado, al desarrollador le conviene brindar soporte al juego dado que ello ayudará a las futuras ventas.

Cuando el juego es financiado por el editor, el contrato podría contemplar el trabajo de cierto personal clave para el juego. Esta cláusula brinda al editor una cierta seguridad de que el juego cumplirá con sus objetivos, ya que asegura la participación -a tiempo parcial o total- de algunas personas.⁶⁴ Cualquier cambio en este personal clave debe ser aprobado por el editor.⁶⁵

**Gráfico 3:** Proceso de desarrollo de consolas

2.2.8 Aspectos económicos

Probablemente esta sección del contrato constituya el punto más importante de la negociación tanto para el desarrollador como para el editor, dado que se refiere a los montos de dinero que cada parte gastará y recibirá por el desarrollo y explotación del juego. Esta sección abordará una serie de aspectos relativos a los montos que deberán ser pagados por el editor al desarrollador, incluyendo adelantos, garantías, regalías, agendas de pago y cómo serán calculadas las regalías.

La retribución pagada por el editor variará dependiendo de si el editor está financiando el juego o solamente distribuyéndolo. Si el editor está financiando todo o parte del desarrollo, habitualmente la retribución estará fragmentada en dos clases de pago, vinculados entre sí.⁶⁶ En primer lugar, se realizará un pago en forma de adelanto recuperable,⁶⁷ para cubrir gastos previstos de acuerdo con una agenda de hitos. Los gastos pueden variar dependiendo del alcance del proyecto. En segundo término, el desarrollador puede tener derecho a regalías basadas en las ventas del juego.

Los hitos pagados por el editor deberían ser considerados como adelantos recuperables contra futuras regalías que se deban al desarrollador por las ventas del juego. El desarrollador estará habilitado a recibir estas regalías solamente luego de que el editor haya recuperado, de la porción de los ingresos correspondiente al desarrollador, los pagos realizados por los hitos, como así también cualquier otro gasto acordado.⁶⁸

Cuando el editor financia el desarrollo, las partes habitualmente acordarán el pago de un adelanto recuperable con la firma del contrato como parte de la agenda de hitos, para permitir al desarrollador iniciar el desarrollo del juego. Luego, el resto de los pagos se basarán en la entrega exitosa de materiales específicos al editor. Por ejemplo, el segundo hito podría ser pagado contra la entrega de un documento de diseño, y los siguientes pagos contra la entrega y aceptación de las versiones *alfa* y *beta* de los juegos.⁶⁹ En la mayoría de los casos, el editor procurará que los pagos se realicen en los hitos finales, dado que los entregables más importantes estarán hacia

el fin del ciclo de desarrollo, y de este modo disminuye el riesgo de su inversión si el desarrollador no entrega un juego aceptable.

Cuando el desarrollador confía en los hitos para financiar un desarrollo, debe asegurarse de que ha planificado cuidadosamente sus costos para que los pagos cubran el desarrollo del juego, incluyendo los salarios de empleados, gastos en material licenciado y activos del juego, y gastos generales. Adicionalmente, la agenda de pagos debería incluir un “colchón” que permita sortear costos inesperados durante el desarrollo.⁷⁰

Cuando el editor financia el desarrollo, la segunda forma de pago habitualmente estará constituida por regalías. Estos pagos son comúnmente un porcentaje de los ingresos netos obtenidos de las ventas del juego.⁷¹

Los ingresos netos se calculan tomando en cuenta todos los ingresos percibidos por el editor⁷² de la venta del juego (habitualmente denominados como “ingresos brutos”)⁷³ y luego deduciendo los costos acordados incurridos por el editor en la distribución y comercialización del juego.⁷⁴ Las partes deben negociar las deducciones (que en parte dependerán de la plataforma y de si el juego se lanzará en formato físico y/o digital), pero habitualmente se incluyen el costo de los bienes (“COGS”, por sus siglas en inglés),⁷⁵ descuentos,⁷⁶ bienes dañados, gastos de publicidad incluyendo “cooperativa”,⁷⁷ liquidaciones, descuentos, reembolsos,⁷⁸ créditos, devoluciones, protección de precios,⁷⁹ gastos de proveedores de servicios,⁸⁰ envíos, gastos incurridos por el editor en caso de que el desarrollador no pudiera cumplir con los servicios requeridos en el contrato,⁸¹ y generalmente impuestos.⁸² Luego, la tasa de regalía se aplica a los ingresos netos para determinar el monto de dinero que el desarrollador recibirá del editor.

Las partes deben negociar la tasa de regalías que se aplicará para determinar la parte que corresponderá al desarrollador.⁸³ La determinación de la tasa de regalías dependerá de una serie de factores, que incluyen pero no se limitan al poder de negociación de las partes, los derechos otorgados, los gastos del desarrollo, los pagos por licencias a terceros, adelantos, compromisos de comercialización, historial del desarrollador, y la retribución de la plataforma.⁸⁴ Además, cuanto mayor sea el compromiso financiero del editor, el porcentaje de regalías puede ser menor para el desarrollador.

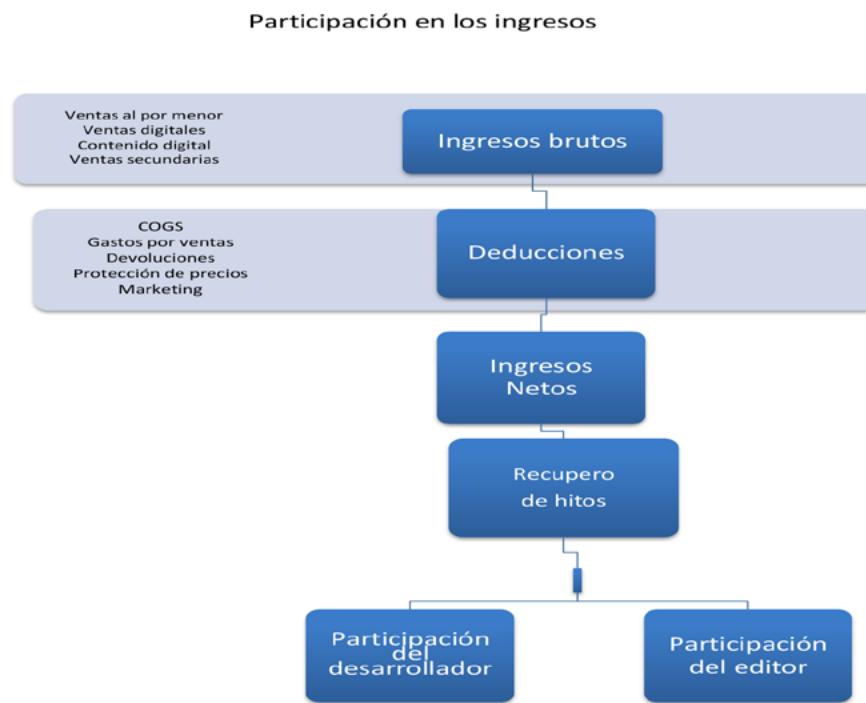
El desarrollador solamente recibirá una regalía cuando el editor haya recuperado todos los gastos definidos de los ingresos brutos y, también, todos los montos pagados al desarrollador por el desarrollo, que son deducidos de la participación en los ingresos del desarrollador. Recién después de que el editor haya recuperado estos costos, el desarrollador recibirá realmente regalías, suponiendo que los ingresos hayan excedido los costos.



Por ejemplo, el editor paga al desarrollador una retribución recuperable de US\$1 millón, de acuerdo con una agenda de pagos de hitos, para desarrollar un juego móvil. Según los términos del contrato, el desarrollador debe recibir una regalía del 10% de los ingresos netos, considerando todos los ingresos generados por el juego móvil. El editor gasta US\$100.000 en promoción, que son recuperables de los ingresos brutos.

El juego se lanza y genera US\$3,1 millones en ventas. Antes de determinar el monto de las regalías para el desarrollador, el editor está habilitado para deducir de los ingresos brutos los US\$100.000 por gastos de promoción; lo que arroja ingresos netos por US\$3 millones. Basado en una regalía del 10%, el desarrollador estaría habilitado a cobrar US\$300.000. Sin embargo, dado que el editor pagó US\$1 millón como pago recuperable al desarrollador, el editor puede compensarse los \$300.000 que le corresponderían al desarrollador, y además está habilitado para recuperar US\$700.000 adicionales de futuras regalías del desarrollador.

Gráfico 4: Participación en los ingresos



En los contratos de distribución, en los que hay poco o nada de financiamiento del editor, el desarrollador recibirá una porción mayor de los ingresos que en un contrato de desarrollo, dado que el desarrollador habrá financiado el desarrollo y asumido todos los riesgos iniciales. El monto de dinero que recibirá el desarrollador como participación en los ingresos y la retribución que recibirá el editor dependerán primordialmente de los siguientes factores:

- (i) el monto invertido por el desarrollador para desarrollar el juego;
- (ii) los servicios prestados por el editor;
- (iii) el monto pagado por el editor para servicios que incluyen costos de producción, retribuciones por licenciamiento a primeras partes, y gastos de promoción y distribución;
- (iv) si el desarrollador ha aceptado incurrir en costos adicionales para la distribución del juego (por ej., gastos de promoción);
- (v) el interés de terceros por distribuir el juego; y
- (vi) el poder de negociación de las partes.

Como parte de las negociaciones respecto de su participación en los ingresos, el editor y el desarrollador negociarán simultáneamente qué gastos estará permitido deducir de los ingresos generados con la explotación del juego, y el orden de tales deducciones. Por lo general, el editor estará autorizado a deducir gastos acordados (por ej. gastos de producción, protección de precios) de los ingresos brutos, y luego estará autorizado a tomar su retribución de los ingresos netos. Luego, las partes estarán autorizadas a deducir de cualquier suma que vaya al desarrollador, cualquier otro gasto en que hubieran incurrido para la distribución y comercialización del juego.

Para exemplificar un posible escenario, asumamos que el desarrollador y el editor acuerdan que el editor cobrará un 10% como retribución por sus servicios, y que adelantará todos los gastos para la fabricación de bienes y para el pago de licencias a primeras partes, que deberán ser deducidas de los ingresos brutos. Los gastos de promoción pagados por el editor serán recuperados de los ingresos netos, una vez que el editor haya cobrado su retribución. El juego genera ingresos brutos por US\$5 millones. Los gastos de fabricación y licencias suman US\$2 millones y los gastos de promoción son \$1 millón. Como resultado, el editor primero deberá deducir los gastos de fabricación y licencias, por US\$2 millones, quedando entonces un ingreso neto de US\$3 millones. Basado en una retribución del 10%, el editor estará entonces habilitado a deducir US\$300.000 de los ingresos netos, quedando un subtotal de US\$2.700.000. De esos US\$2.700.000 el editor estará habilitado a deducir los US\$1 millón de los gastos de promoción. El remanente de US\$1.700.000 será entonces remitido al desarrollador. En algunos acuerdos de distribución, el desarrollador podría cubrir los gastos de promoción.

Uno de los puntos más importantes en esta negociación es el orden en el que los gastos serán recuperados si el desarrollador ha incurrido en gastos de distribución y ventas, excluyendo los costos del desarrollo. ¿Podrían recuperarse los gastos del desarrollador antes de algunos gastos en los que incurrió el editor? Esto es importante cuando un juego no genera tantos ingresos como para cubrir los costos, dado que en tal caso determinará las posibles ganancias o pérdidas de las partes.

Como parte de su retribución, el desarrollador puede pretender obtener un mínimo garantizado por el editor a cambio de los derechos. El mínimo garantizado es un pago



que el editor realiza al desarrollador al finalizar el plazo, en caso de ser necesario, si el desarrollador no hubiera recibido el monto garantizado por regalías y adelantos.

Desde el punto de vista del editor, la garantía estará basada en un porcentaje de los ingresos proyectados por el editor por la explotación del juego.⁸⁵ La garantía es importante para el desarrollador ya que implica una cierta forma de asegurarse que el editor maximizará las oportunidades para explotar el juego.⁸⁶ Otros factores a considerar para determinar la garantía y los posibles adelantos incluyen:

- (i) el poder de negociación de las partes, determinado por el nivel de interés de otros editores;
- (ii) el historial del desarrollador;
- (iii) los derechos otorgados; y
- (iv) otros compromisos (por ej. la promoción)

En los contratos de distribución, el desarrollador podría también requerir un adelanto recuperable, que podría ser un pago único o varios pagos distribuidos en el plazo del contrato y desencadenados por un evento particular como: la firma del contrato; la aceptación de una versión final por parte del fabricante de consolas; o el lanzamiento del juego. La cantidad de potenciales adelantos dependerá de una serie de factores similares a los utilizados para determinar la garantía, que incluyen el poder de negociación de las partes, el interés en el juego, las regalías y las sumas de dinero que el editor deba pagar para cumplir sus compromisos con relación al juego.

Debido a que las devoluciones y la protección de precios juegan un papel significativo en la industria cuando se trata de versiones de venta al por menor del juego, el editor requerirá el derecho a establecer una reserva que poder utilizar en caso de que las regalías futuras no cubran estos costos. La reserva es un porcentaje de las regalías del desarrollador, que es retenido por el editor durante un período de tiempo.⁸⁷

Por ejemplo, podría darse la situación de que el editor pague al desarrollador regalías basadas en las ventas del juego durante el primer trimestre, y luego advierta que pagó de más porque en el segundo trimestre se verifican más devoluciones y protección de precios que lo esperado. Con una reserva, el editor estaría habilitado a acceder a los fondos para pagar por este déficit, reduciendo de este modo su riesgo, en vez de confiar en las futuras regalías para recuperar, que podrían no ser suficientes. Incluso con una reserva, podrían darse situaciones en las que el editor no necesariamente recupere los costos. Algunas de las cuestiones adicionales relativas a la reserva que las partes deben negociar incluyen:

- (i) el tamaño de la reserva (habitualmente estará entre el 10% y el 25%);⁸⁸
- (ii) a qué gastos se aplicará la reserva (p. ej., ingresos brutos o regalías del desarrollador)

- (iii) por cuánto tiempo se mantendrá la reserva antes de que el dinero deba ser liquidado (usualmente entre 6 y 12 meses); y
- (iv) qué gastos podrán aplicarse a la reserva (p. ej. protección de precios, devoluciones, bienes dañados).⁸⁹

2.2.9 Otros aspectos vinculados con las regalías y los pagos

En ciertas situaciones, el editor puede estructurar un acuerdo en el cual, en vez de pagar regalías luego de recuperar los costos, el editor solamente pague regalías luego de la venta de un número determinado de unidades del juego a cierto precio. El editor determina sus costos y establece un número que sea suficiente para recuperarlos y explotar el juego con una ganancia.

Por ejemplo, las partes acuerdan que después de la venta de 200.000 unidades del juego a un precio no menor a US\$39, el desarrollador estará habilitado para percibir una regalía por todas las unidades vendidas con posterioridad. Aunque esto puede ser más sencillo desde el punto de vista contable, trae aparejadas algunas cuestiones adicionales. En primer lugar, ¿a qué precio debe ser vendido el juego para que comience a aplicarse la regalía? Lo más probable es que el editor haya considerado el precio inicial al por mayor, dado que habrá calculado la cantidad de unidades necesarias para cubrir sus costos, que incluyen el desarrollo, la promoción y la venta. En segundo término, si el límite de ventas no es alcanzado y luego el juego es vendido al por mayor a un precio más bajo que el considerado por el editor, ¿se podrían negar las regalías al desarrollador? Adicionalmente, el editor podría requerir diferentes tasas de regalías para las unidades del juego vendidas por encima del límite, basado en el precio mayorista del juego.

En muchos acuerdos, las tasas de regalías varían de acuerdo con el número de unidades vendidas y el precio del juego. Si a un juego le va bien y logra ciertos niveles de ventas, entonces las partes pueden negociar una tasa de regalías más elevada para juegos que excedan ciertos límites. Por ejemplo, la tasa de regalías para un juego puede ser del 10% para ventas de 0 a 200.000 unidades, y luego del 12% para ventas de 200.001 a 500.000 unidades y luego 15% para ventas por encima de las 500.000 unidades. Nuevamente, aparecerá la cuestión referida al precio de venta al por mayor del juego y cómo afectará eso la escala móvil de tasas de regalías.

Adicionalmente al pago de regalías, el editor también podría acordar el pago de bonos, o incrementar los porcentajes de regalías al desarrollador ante ciertos eventos. Por ejemplo, el editor podría acordar pagar un bono al desarrollador si éste entrega el juego antes de lo acordado, o si el juego cumple o excede la clasificación promedio basada en las revisiones de la industria.⁹⁰



2.2.10 Aspectos contables y liquidaciones

En cualquier contrato en el que deben pagarse regalías a una de las partes, es fundamental que esa parte reciba una liquidación en la que se informe cómo el editor calculó el monto a pagar al desarrollador. La liquidación debe ser clara y fácil de entender para que el desarrollador pueda determinar si es realmente precisa.

Cada deducción prevista en una liquidación debe ser detallada claramente, para que el desarrollador pueda confirmar que se trató de una deducción permitida en los términos del contrato.

Como mínimo, la liquidación debe incluir los ingresos recibidos y las deducciones efectuadas por el editor para determinar los ingresos correspondientes al desarrollador. Cada liquidación también debería discriminar los ingresos por territorio y por plataforma, cuando proceda, y cuántos ingresos fueron percibidos por el editor. Esto es importante porque ciertas deducciones podrían ser admitidas solamente para ciertas plataformas. Además, si el editor acordó alguna obligación vinculada con la promoción a consumidores⁹¹ y/o al canal o la industria,⁹² la liquidación debería incluir cómo fue gastado ese dinero para confirmar que el compromiso de promoción fue o será satisfecho.

En casi todos los contratos de edición, el editor procurará recuperar su inversión (por ej., en desarrollo y costos asociados con la explotación del juego), mezclando todos los ingresos generados de todas las fuentes de explotación del juego.

Esta cláusula permite al editor recuperar sus gastos rápidamente y disminuir los riesgos. Por ejemplo, si el editor pagó por separado los desarrollos para un juego de consola y de PC, entonces antes de pagar cualquier regalía al desarrollador, estaría habilitado para combinar todos los ingresos generados de la explotación de ambas plataformas.⁹³

Las liquidaciones generalmente se realizan en forma trimestral, 30 o 60 días antes del cierre del trimestre, y cada una debería ir acompañada por los montos debidos al desarrollador. En algunos contratos, dependiendo del plazo del contrato, la obligación del editor de entregar una liquidación trimestral podría ser morigerada, dado que comúnmente las ventas tienden a bajar hacia la última parte del plazo contractual.

En virtud de ello, en vez de emitir liquidaciones trimestrales, el editor podría emitir liquidaciones semestrales o directamente no emitirlas en caso de que el juego no genere un monto mínimo de ingresos durante un período de 6 meses. Por ejemplo, si los ingresos fueran inferiores a US\$1.000 en un período cualquier, el editor no estaría obligado a emitir una liquidación hasta que los ingresos excedieran los US\$1.000.

El desarrollador podría no estar de acuerdo con una cláusula de este tipo, dado que es importante para él conocer cuántos ingresos genera un juego, especialmente si el editor está recuperando gastos de la parte de los ingresos del desarrollador.

2.2.11 Derecho de auditoría

Siempre que existe una obligación de emitir una liquidación es fundamental que la parte que la recibe tenga el derecho de auditar los registros relevantes asociados con dicha liquidación. Este será el único medio por el cual el desarrollador podría verificar si son correctos los montos calculados por el editor como correspondientes a la parte del ingreso del desarrollador. Aunque los costos de una auditoría muchas veces determinan que el desarrollador no ejerza sus derechos con la frecuencia que quisiera, o incluso que no los ejerza en absoluto, es importante que el desarrollador tenga al menos la opción de auditar los registros del editor.

2.2.11.4 Parámetros para las auditorías

Para evitar una auditoría larga y costosa, las partes deben acordar los parámetros dentro de los cuales se desarrollará. Específicamente, la cantidad de auditorías que podrán realizarse por año (habitualmente una), el lugar en el que se desarrollará (usualmente la sede social del editor), el horario en que podrá llevarse a cabo (durante horas normales de negocio), el plazo de duración (una auditoría no puede ser eterna), los registros que podrán ser revisados, y quién podrá llevar a cabo la auditoría.⁹⁴

El desarrollador querrá que se sepa exactamente cuándo se realizarán las auditorías, para evitar sorpresas y potenciales gastos adicionales a la auditoría en sí misma. Antes de iniciar una auditoría, el desarrollador debe notificar dentro de un plazo determinado, para que el editor pueda organizar los registros que serán revisados. A veces, el editor podría necesitar acudir a su archivo para encontrar ciertos registros, y por lo tanto podría requerir un plazo de entre 10 y 30 días desde la notificación. Más aún, las partes deben acordar qué documentación será provista a los auditores del desarrollador y cuánto puede durar la auditoría, dado que cualquier auditoría también involucrará tiempo y recursos del editor. Esta sección del contrato habitualmente habilitará al desarrollador a revisar registros que se relacionen específicamente con la determinación de las regalías generadas por el juego, y puede incluir registros vinculados con todas las ventas a los consumidores, como así también las deducciones permitidas.⁹⁵ Las deducciones que no puedan ser probadas por el editor, no deben ser admitidas. La limitación tiene como finalidad evitar que el desarrollador pueda solicitar documentos que podrían estar asociados con los negocios del editor, pero no directamente con el juego objeto de la auditoría.

Adicionalmente, las partes deben acordar quién puede llevar a cabo la auditoría. El editor requerirá, como mínimo, que la auditoría sea realizada por un contador público, y quizás también requiera que el profesional trabaje sobre una base de no contingencia,⁹⁶ y que pertenezca a algún estudio contable en particular. El editor procurará tener algún grado de decisión respecto de quién sería el auditor, para asegurarse de que sea competente, tenga experiencia en la industria, y quizás que



no haya auditado registros de un competidor. Ésta es la garantía para el editor de que la auditoría se realizará de una forma eficiente y profesional, lo que debería ser en beneficio de ambas partes. Un auditor no familiarizado con la industria hará perder el tiempo a ambas partes solicitando información innecesaria.

2.2.11.5 Cuestionamiento de una liquidación

El editor insistirá en incluir limitaciones al plazo del desarrollador para cuestionar una liquidación. Habitualmente, salvo fraude, el desarrollador solamente podrá cuestionar una liquidación dentro del año o de los 2 años de su recepción. Luego de ese término, la liquidación se considerará aceptada por el desarrollador. Esta limitación brinda cierta tranquilidad al editor, ya que no se verá obligado a revisar registros de años anteriores, que podrían ser muy difíciles de recuperar y llevaría mucho tiempo hacerlo. Si se advirtiera que el editor ha pagado al desarrollador sumas en exceso de las que correspondían, el editor tendrá la opción de solicitar al desarrollador su restitución o bien deducir dichas sumas de futuros pagos de regalías.

Impugnar una liquidación puede plantear complicaciones adicionales. Si un error es evidente -quizás se trate de un simple error de cálculo- no hay inconveniente si el editor adeuda algún monto al desarrollador. Pero en la mayoría de los casos hay desacuerdo sobre los cálculos y sobre si las deducciones efectuadas estaban permitidas en el contrato. En estos casos, resolver el problema es un desafío. Como mínimo, los auditores del desarrollador deberán entregar al editor una copia del informe de auditoría que explique las diferencias contables dentro de un cierto plazo para que el editor pueda contestar. Muchas veces, la explicación sobre cómo fueron calculadas las participaciones sobre los ingresos y las deducciones será suficiente para resolver la cuestión. Si las partes mantienen sus discrepancias, deberán negociar un acuerdo. En estos casos, como parte del acuerdo, el editor requerirá que el desarrollador manifieste que no tiene ningún otro reclamo derivado de las liquidaciones que fueron objeto de auditoría, para evitar potenciales litigios futuros.

2.2.11.6 Costo de las auditorías

Otro aspecto a considerar es la responsabilidad por el pago de la auditoría. Habitualmente, el costo de la auditoría es asumido por el desarrollador que la llevará a cabo, pero se traslada al editor en caso de que la auditoría evidencie que los pagos fueron menores a los que hubieran correspondido (habitualmente entre 5% y 10%).⁹⁷ El editor podría también requerir que la diferencia en los pagos tenga un monto mínimo que actúe como tope. Por ejemplo, podría acordarse que el editor deberá pagar la auditoría en caso de que el error contable sea del 10% o más, y ello implique una diferencia de por lo menos US\$5.000. Si cualquiera de estas condiciones no se diera, entonces el editor no deberá pagar por la auditoría.

2.2.12 Compromisos del editor

Además del pago de los hitos, las partes pueden acordar que el editor asuma obligaciones adicionales. Por lo general, el editor tendrá a su cargo el manejo de las relaciones y servirá de enlace con los fabricantes de consolas, los distribuidores digitales y con otras plataformas, incluyendo los móviles. Como parte de estas obligaciones, el editor deberá realizar controles de calidad (QA) y remitir el juego a los fabricantes de *hardware* para su certificación.⁹⁸ Los gastos asociados generalmente serán adelantados por el editor y recuperados de los ingresos que genere la venta del juego, salvo que el desarrollador deba pagar una retribución adicional por remisiones adicionales o aceleradas.

Además, el editor generalmente será responsable por la producción, promoción y venta del juego; y cuando el desarrollador celebra un contrato con un editor, éste debería ser uno de los principales fundamentos por los que elija a un editor sobre otros; asumiendo que existe interés de varios editores. La habilidad del editor para cumplir con la distribución y promoción del juego será fundamental para las ventas.⁹⁹

Dependiendo de las negociaciones entre las partes, el desarrollador debería procurar obtener un compromiso de promoción del editor, especialmente si el acuerdo es solamente de distribución. Esta obligación requerirá que el editor gaste cierto monto de dinero y/o contrate eventos de promoción para consumidores y/o vendedores al por menor. Este compromiso garantizaría que el juego sea una prioridad para el editor; aunque si el editor ha gastado una alta suma de dinero en el desarrollo, es razonable asumir que ya estará comprometido en promocionarlo.

Si el editor aceptara este compromiso, las partes deberán acordar cuándo será invertido el dinero de promoción (por ejemplo, dentro de los 6 meses del lanzamiento del juego) y, dependiendo de los derechos territoriales que hubieran sido otorgados, cómo será promocionado en los diferentes territorios. Generalmente, el editor procurará obtener la mayor libertad posible respecto de los gastos en promoción, y argumentará que, basado en su experiencia, necesita tener derecho a decidir cuándo y cómo distribuir estos gastos.

El editor debería ser el responsable de crear el plan de promoción y gastos para el juego, dado que debería estar en una mejor posición que el desarrollador para comprender las condiciones de mercado. El desarrollador debería conceder esto al editor, pero procurando obtener derechos de aprobación o de consulta respecto de los planes de promoción del juego.¹⁰⁰

2.2.13 Declaraciones y garantías

Aunque las declaraciones y garantías suelen ser ignoradas por todos, excepto por los abogados que negocian el acuerdo, resultan cláusulas relevantes para cualquier



contrato. Es que para celebrar el contrato, cada parte confía en las afirmaciones de la otra, incluidas en las declaraciones y garantías. Sin ellas, las partes podrían no celebrar el contrato porque no tendrían garantías de que la otra parte tiene los derechos suficientes para hacerlo. Sin la formulación de garantías adecuadas por una de las partes, la otra podría asumir ciertos riesgos que no valgan la pena, lo que justificaría que decida no celebrar el contrato. Pero además de aportar cierta seguridad a la otra parte, las declaraciones y garantías son importantes porque estarán relacionadas con la obligación de indemnización (ver más abajo). Una imprecisión en alguna declaración o garantía podría llevar a un incumplimiento del contrato y eventualmente a su resolución, por lo que es fundamental que las declaraciones y garantías sean precisas. Si una parte no puede asegurar contractualmente ciertas declaraciones y garantías, el riesgo podría ser demasiado elevado para la otra, lo que conduciría a terminar las negociaciones.

No solo el desarrollador deberá formular una serie de declaraciones y garantías, sino que también deberá hacerlo el editor. Estas dependerán del poder de negociación de las partes, dado que la mayoría de los editores procurará limitar sus compromisos y exposición mediante la limitación de las declaraciones y garantías.

La declaración y garantía más importante es que los materiales utilizados en el juego, tanto el contenido del juego como el *software* utilizado para su desarrollo, sean originales, se encuentren en el dominio público o hayan sido licenciados, y que no violen ni violarán derechos de terceros; incluyendo derechos de propiedad intelectual, marcas, patentes y derechos de publicidad (derecho a explotar la imagen con fines comerciales) y de privacidad (el derecho a ser dejado solo).

Cuando un editor celebra un acuerdo con un desarrollador debe garantizarse que los materiales no violen derechos de terceros, porque un problema con esos derechos podría derivar no solamente en litigios costosos, sino en órdenes judiciales que impidan la distribución del juego. El desarrollador será responsable por cualquier posible acción legal relativa al material que viole derechos de propiedad de terceros, no solamente respecto de los gastos en que deba incurrirse para solucionarla, sino también por los daños que pudiera reclamarle el editor en base a la cláusula de indemnización (aunque en este caso podrían estar limitados).

En muchos casos, el editor puede asumir el compromiso de proveer una licencia del material en el que se basa el juego o de la música. En esta situación especial, el desarrollador debería requerir una declaración y garantía que indique que: los materiales licenciados han sido debidamente obtenidos; la licencia, tal como es utilizada en el juego o en los materiales de comercialización no viola derechos de terceros; y que si surgiera algún reclamo derivado de las licencias, el desarrollador será indemnizado por el editor. Adicionalmente, esta declaración y garantía también debería cubrir cualquier nuevo material creado por el editor (con excepción de

cualquier material entregado y aprobado por el desarrollador), sea para el juego o como material de marketing.

El editor será responsable por la alteración o descontextualización de los materiales que le hubiera entregado el desarrollador con la finalidad de crear materiales de marketing o embalaje cuando de ello pudiera derivarse la violación de derechos de terceros. Por ejemplo, si el editor utiliza música sin licencia en una campaña de marketing, deberá indemnizar al desarrollador por cualquier reclamo asociado con esa música sin licencia, dado que ello podría resultar en una violación de sus declaraciones y garantías.

Además de las declaraciones y garantías que ambas partes deben formularse respecto de los derechos de propiedad intelectual asociados con el juego, generalmente también acuerdan incorporar las siguientes garantías recíprocas:

(i) que tiene la autoridad para celebrar el acuerdo libremente; (ii) que es una sociedad u otra entidad legal válida y vigente; (iii) que no es parte de ningún pleito que pueda afectar los derechos otorgados en el contrato, o impedirle cumplir cualquiera de sus obligaciones; (iv) que tiene capacidad para cumplir con sus obligaciones en los términos del contrato; y (v) que no ha celebrado ningún otro acuerdo que afecte los derechos otorgados por el contrato.

El desarrollador, además, podría tener que declarar y garantizar que:

- (i) el juego no contiene ningún código, virus, o troyano que pudiera interrumpir, dañar o impedir de cualquier modo el juego, o cualquier “huevo de pascua”¹⁰¹ con contenido obsceno, pornográfico o de cualquier otro modo objetable;
- (ii) todas las personas que hubieran trabajado para el juego han sido retribuidas por sus servicios y que el editor no deberá compensar a ninguna de ellas, salvo que se hubiera acordado de un modo distinto entre las partes;
- (iii) todas las personas que hubieran trabajado en el juego prestaron sus tareas bajo la modalidad de obra por encargo o han cedido todos sus derechos con relación al trabajo que realizaron para el juego;
- (iv) posee todos los recursos técnicos y la capacidad necesaria para cumplir con sus obligaciones en los términos del contrato;
- (v) tiene solidez financiera y capacidad fiscal para cumplir con sus obligaciones;
- y
- (vi) no utilizará ningún *software* libre o de código abierto que pudiera sujetar cualquier parte del código utilizado para el juego a una licencia.¹⁰²

Algunas declaraciones y garantías pueden ser absolutas o limitadas, dependiendo del poder de negociación de las partes. Una forma en la que el desarrollador puede limitar el alcance de sus declaraciones y garantías es añadiendo la frase “a su leal saber y entender”. Por ejemplo, el desarrollador podría aceptar una cláusula que indique que el juego no tiene, a su leal saber y entender, ningún virus. En este caso, si el juego



tenía un virus desconocido para el desarrollador, el editor no podría reclamar por incumplimiento del contrato. Sin embargo, en caso de que el editor acepte limitar el alcance de las declaraciones y garantías, podría añadir una cláusula en la que se indique que dichas limitaciones no afectan las obligaciones del desarrollador previstas en las cláusulas de indemnización.

El desarrollador también podría requerir exclusiones en ciertas declaraciones y garantías, como las relativas a la entrega de materiales que hubieran sido provistos originalmente por el editor al desarrollador, y respecto de los cuales el editor debería mantener su responsabilidad. También en caso de que el editor modifique los materiales provistos por el desarrollador, en cuyo caso tales modificaciones no quedarían cubiertas por las declaraciones y garantías del desarrollador.

Una declaración y garantía adicional, que puede ser formulada por cada parte se refiere a los ingresos generados por el juego. Dado que los ingresos son impredecibles y que, en algunos casos, las regalías son la única retribución para el desarrollador, el editor podría requerir que se deje aclarado en el contrato que no garantiza que habrá una determinada cantidad de regalías.

De hecho, habitualmente el contrato incluirá la previsión de que el desarrollador acepta que las ventas del juego son impredecibles y especulativas y deberá comprometerse a no realizar ningún reclamo al editor por la falta de ventas o reclamando un mayor de ingreso por el juego. Esto es importante sobre todo cuando el desarrollador depende de las regalías basadas en la venta del juego.

2.2.14 Indemnización

Otra cláusula que -salvo que ocurra un problema- habitualmente solo leen los abogados, pero que es muy importante en caso de un pleito con terceros, es la cláusula de indemnización.¹⁰³

La cláusula de indemnización requiere que una parte (la “parte indemnizante”) defienda a la otra parte del acuerdo (la “parte indemnizable”) ante reclamos iniciados por terceros contra la parte indemnizable. La indemnización no resultará de aplicación cuando la controversia sea entre las partes del contrato, sino cuando el reclamo sea iniciado por un tercero y se dirija a la parte indemnizable, y quizás también a la parte indemnizante. Por ejemplo, un desarrollador declara y garantiza que toda la música del juego es original o ha sido debidamente licenciada. Sin embargo, un tercero demanda al desarrollador y también demanda al editor, dado que el editor está distribuyendo el juego. Aunque el editor podría no haber estado involucrado directamente con la obtención de los derechos musicales objeto del reclamo, al distribuir el juego podría estar violando los derechos de propiedad intelectual del titular de la música, ya que uno de dichos derechos es el control de la distribución del material protegido. En un caso como éste, la cláusula de indemnización determinaría que el desarrollador deba

asumir la responsabilidad por cualquier daño, honorarios legales, gastos causídicos y acuerdos en los que el editor pudiera incurrir como resultado del pleito.

La cláusula de indemnización estará atada a las declaraciones y garantías, dado que el reclamo de un tercero estará habitualmente relacionado con la violación de alguna declaración y garantía relativa a que los materiales creados y utilizados por el desarrollador (y que no hubieran sido provistos por el editor) no violan derechos de terceros. Es por este motivo que el desarrollador debe ser consciente del alcance de sus declaraciones y garantías y en qué casos debe limitarlas. El litigio puede ser extremadamente caro y, para un desarrollador pequeño, los gastos de defensa pueden ser sustanciales y una condena de daños podría dejarlo fuera del negocio. Además, es fundamental que el desarrollador obtenga declaraciones y garantías del editor, como también la obligación de indemnización en caso de ser demandado en virtud de una violación de dichas declaraciones y garantías.

La cláusula de indemnización no solo debe precisar la obligación de una de las partes de indemnizar a la otra, sino también cómo funcionará el procedimiento, lo cual podría tener diversas implicancias para ambas partes. Algunos de los puntos que habitualmente se consideran en esta cláusula incluyen:

1. Que la parte indemnizable deba notificar adecuadamente a la parte indemnizante sobre la existencia del reclamo; de lo contrario, la parte indemnizante, si no ha sido demandada, podría no estar al tanto del potencial litigio.
2. Si quedaran comprendidos dentro de la cláusula de indemnización los supuestos incumplimientos o solamente los incumplimientos. Alguna de las partes podría pretender excluir una previsión como ésta si siente que podría significar un riesgo mayor para su posición contractual, aunque la otra parte podría argumentar que no debe ser responsable por gastos asociados con un supuesto incumplimiento de la parte indemnizante.
3. La parte indemnizable podría requerir la facultad de aprobar no solo cualquier tipo de acuerdo -dado que cualquier acuerdo podría potencialmente afectar los derechos de la parte indemnizable- sino también de aprobar el estudio jurídico que la represente. Esta protección adicional tiene como finalidad asegurarse de que el abogado que represente a las partes sea competente. La parte indemnizable asume un gran riesgo, especialmente si existe la posibilidad de perder los derechos de distribución y ser condenada a pagar daños.
4. La parte indemnizable podría pretender contratar a su propio abogado incluso haciéndose cargo de los gastos, salvo que el abogado represente a las dos partes.



2.2.15 Seguros¹⁰⁴

Teniendo en cuenta los potenciales gastos asociados con el litigio, y considerando que el desarrollador podría no tener los recursos necesarios para cumplir con sus obligaciones de indemnización, los editores podrían requerir que el desarrollador contrate un seguro de "Errores y Omisiones" ("E&O").¹⁰⁵ Habitualmente, los seguros E&O cubren los gastos relativos al litigio y/o acuerdos derivados de reclamos de propiedad intelectual, tales como violación a derechos de autor o marcas, como así también a derechos de publicidad y privacidad.

Generalmente, los editores requerirán que el desarrollador:

- (i) Mantenga vigente un seguro con montos mínimos para cualquier tipo de reclamo;
- (ii) Acuerde una franquicia que no supere cierto importe;¹⁰⁶
- (iii) Mantenga vigente la cobertura por un período de tiempo determinado;
- (iv) Designe al editor como coasegurado en la póliza; y
- (v) Notifique al editor con al menos 30 días de anticipación si la póliza es cancelada.

Si el desarrollador ha contratado un seguro de E&O¹⁰⁷ y el editor recibe un reclamo, la aseguradora será responsable por ciertos montos de los daños o acuerdos vinculados con el litigio, sujeto a la franquicia acordada y a las sumas cubiertas por la póliza.

A modo de ejemplo, el desarrollador y el editor podrían ser demandados por una supuesta violación a derechos de autor vinculada con los materiales creados por el desarrollador para el juego. En este contexto, de acuerdo con la cláusula de indemnización, el desarrollador sería responsable por la defensa y debería pagar cualquier daño o acuerdo, incluyendo los correspondientes al editor. Asumamos que la demanda es por US\$300.000 y que la póliza de seguro cubre hasta US\$500.000 por evento y US\$1.000.000 en total, con una franquicia de US\$100.000. En este caso, si el desarrollador llega a un acuerdo por US\$150.000, entonces deberá pagar US\$100.000, que es la franquicia, y la aseguradora pagará los US\$50.000 restantes. Como parte de las previsiones de la póliza de E&O, habitualmente la aseguradora orientará a la parte asegurada respecto del estudio jurídico que representará al desarrollador y podría también aconsejar respecto de llegar a un acuerdo sobre el pleito, dado que esto podría ser más barato para la aseguradora.

2.2.16 Créditos

Esta sección del contrato se refiere a la atribución de los créditos que se darán al desarrollador y al editor. Para el desarrollador se trata de un tema importante, dado que los créditos importan un reconocimiento que es visto por otros editores, como así también por el usuario. Por lo tanto, las partes deben negociar donde aparecerán los créditos, como así también el tamaño de los mismos, que podrán estar sujetos

a limitaciones impuestas por los fabricantes de consolas o de otras plataformas. La atribución de los créditos puede variar dependiendo de la relación entre el editor y el desarrollador.

Cuando el juego es financiado o es de titularidad del editor, el desarrollador procurará que su logo aparezca al inicio del juego, en una pantalla independiente y previa al comienzo de la partida, durante un tiempo similar al del crédito del editor. También pretenderá que su logo aparezca destacado en cualquier envoltorio o material promocional, en términos similares a los del logo del editor. Si el editor no incorporase un logo, entonces el desarrollador pretenderá que el suyo aparezca más destacado que cualquier otro. A medida que el embalaje para juegos de consolas se fue achicando, a fin de reducir el espacio en los estantes de los comercios, el espacio en la parte trasera del embalaje se fue llenando cada vez más con empresas que proveen software, licencian contenido o incluso ofrecen oportunidades promocionales. Como resultado de ello, el desarrollador querrá asegurarse de recibir el crédito adecuado y destacado en el embalaje del juego y en los materiales promocionales. Además del crédito de su logo, el desarrollador procurará garantizar que su personal y cualquier otra parte relacionada con el juego aparezcan entre los créditos.

Cuando el editor solamente distribuye el juego, los créditos del desarrollador deberían ser más destacados que los del editor. No obstante, dependiendo del prestigio del editor, podría ser muy beneficioso para el desarrollador que el logo del editor aparezca tan destacado como el suyo, dado que podría dar mayor credibilidad al juego.

2.2.17 Resolución con y sin expresión de causa: remedios

Otra sección relevante es la referida a las consecuencias de que una parte no pueda enmendar un incumplimiento esencial del contrato. En esta sección se describirán las obligaciones, como así también los remedios que se habilitarán, en caso de incumplimiento del contrato por cualquiera de las partes. En caso de que una parte no cumpla con una de sus obligaciones bajo el contrato, eso le permitirá a la otra a terminar la relación. Dado que la terminación conlleva graves consecuencias para ambas partes, cada una procurará limitar las causas que habilitan una resolución de este tipo y requerirán la posibilidad de enmendar cualquier incumplimiento.

Las causas que más frecuentemente se consideran incumplimiento grave del desarrollador incluyen:

1. el incumplimiento en la entrega de un entregable aprobado;
2. el incumplimiento del plazo de entrega de un entregable;
3. la violación de una declaración y garantía; y
4. la quiebra.¹⁰⁸



Para el editor, las posibles causas que habilitarían al desarrollador a terminar el contrato podrían incluir:

1. el incumplimiento del pago de adelantos, garantías o regalías devengadas;
2. la falta de emisión de liquidaciones;
3. la violación de una declaración o garantía;
4. el incumplimiento de cualquier obligación; y
5. la quiebra.

Para poder alegar incumplimiento, la parte cumplidora debe primero notificar a la otra parte y otorgarle un plazo para cumplir. Recién pasado dicho plazo, si la parte incumplidora no hubiera cumplido, se considerará que ha violado los términos del contrato. El plazo de subsanación puede variar dependiendo del tipo de incumplimiento. Por ejemplo, la falta de entrega de un hito o el incumplimiento de pago de un hito por parte del editor pueden originar un plazo más corto que el de otros incumplimientos, como los vinculados con declaraciones y garantías que pueden requerir más tiempo para resolverse. Además, los plazos de cumplimiento pueden computarse por días hábiles o corridos. En algunos casos, como la quiebra, podría no ser posible otorgar un plazo de cumplimiento porque, dadas las circunstancias, no será posible que la parte cumpla.

Ante un incumplimiento sustancial que no hubiera sido enmendado durante el plazo de cumplimiento, la parte cumplidora puede resolver el contrato y reclamar daños y perjuicios. Dependiendo de la parte incumplidora y del tipo de incumplimiento, los remedios varían. El mayor incumplimiento en que puede incurrir el desarrollador es la falta de entrega de los hitos en las fechas acordadas. En este caso, salvo que las partes decidan revisar el calendario de entregas, el editor tendrá derecho a resolver el contrato, reclamar la restitución de cualquier adelanto que hubiera pagado y, dependiendo del estado de avance del desarrollo, requerir acceso al código fuente para considerar la contratación de un tercero para completar el juego.

En algunos casos, el editor procurará que el código creado durante el desarrollo del juego le sea entregado o sea depositado en "escrow", a fin de acceder a él para terminar el juego ante un incumplimiento del desarrollador. En abstracto, esta parece una solución posible, pero en la práctica el desarrollador puede negarse a entregar el código fuente, tanto al editor como a un tercero, por considerarlo un secreto comercial. Además, dependiendo del tipo de juego y de las complejidades asociadas con el código fuente, podría no ser realista asumir que el editor o un tercero podrían entender el código lo suficiente como para terminar el juego.

Cuando el editor ha invertido en el desarrollo del juego, procurará incorporar cláusulas que prohíban al desarrollador obtener medidas cautelares en caso de incumplimiento del editor. Dado que ha invertido dinero para crear el juego, el editor no quiere correr el riesgo de que un incumplimiento pueda derivar en la prohibición de distribuir el juego. Como consecuencia, puede incluirse una previsión en el contrato que aclare que en caso de incumplimiento sustancial del editor, el desarrollador solamente podrá reclamar daños y perjuicios.

En relación con la terminación del contrato y los remedios, una cláusula relevante será la que limite la responsabilidad relacionada con los rubros indemnizatorios que podría reclamar la parte cumplidora y al monto que, por dichos rubros, podría reclamar.

Teniendo en cuenta lo grave que es limitar los derechos de una parte, esta cláusula debería redactarse con mayúsculas y en negrita, a fin de resaltar su importancia.

La redacción de esta cláusula habitualmente indicará que los daños no incluyen el lucro cesante (es decir, la pérdida de ganancias), daños específicos y punitivos (es decir, los daños impuestos como castigo por las acciones de la parte incumplidora y a fin de servir como disuasivos para futuras acciones). Además, las partes pueden limitar el monto total de los daños. El editor generalmente procurará que el límite sea el monto pagado al desarrollador, y el desarrollador procurará que su límite sea el dinero recibido del editor.

La limitación de responsabilidad no es absoluta, por lo que las partes habitualmente acordarán excepciones. En la mayoría de los contratos, la limitación no cubrirá el incumplimiento de la obligación de confidencialidad, de las obligaciones de las partes previstas en la cláusula de indemnización y la culpa grave. Una violación de la obligación de confidencialidad podría revelar secretos comerciales de una de las partes, cuyo valor podría exceder el de cualquier monto recibido por la parte cumplidora. Además, la parte cumplidora no querrá ser responsable por posibles daños impuestos o acordados en la cláusula de indemnización, que excedan los límites previstos para la responsabilidad.

Teniendo en cuenta los riesgos e incertidumbre del desarrollo, el editor podría querer tener la facultad de terminar el contrato a su voluntad (lo que se conoce comúnmente como resolución sin expresión de causa). Esto ocurriría, por ejemplo, si el editor considera que el juego no tendrá el rendimiento esperado, aun cuando el desarrollador hubiera entregado los documentos de diseño y los hitos conforme al calendario previsto. El concepto de diseño de un juego puede satisfacer a todas las partes antes de comenzar el desarrollo, pero su ejecución puede ser diferente de lo que el editor esperaba. Teniendo en cuenta un cambio en los recursos y la pérdida de oportunidad de realizar otros negocios, el editor podría considerar que no se justifica seguir pagando por el desarrollo y las eventuales creación, venta y distribución del juego. En consecuencia, la resolución sin expresión de causa le permite al editor



frenar el desarrollo del juego, y habitualmente involucra el pago de un monto final al desarrollador. Este monto representa un honorario por resolución anticipada, y es una suma predeterminada que el editor debe pagar al desarrollador si decide terminar de ese modo el contrato. Habitualmente, el desarrollador podrá conservar todas las sumas cobradas por el desarrollo, y también estará habilitado para percibir las sumas que correspondan al hito en el que se encontraba trabajando cuando el editor decidió resolver el contrato. En algunos contratos, el monto a pagar por la resolución anticipada puede incluir otros pagos, como el pago de hitos adicionales. En estos casos, el desarrollador debe procurar retener el código fuente aun cuando el contrato originalmente estableciera que el código sería de titularidad del editor, y debe requerir que todos los derechos respecto del juego reviertan en su favor, de modo tal que pueda encontrar otro editor para publicar el juego. Si el editor accediera a la reversión de los derechos podría requerir que si el desarrollador celebra un contrato con otro editor, deba reconocer algún tipo de compensación al editor para cubrir los gastos en que incurrió para el desarrollo del juego.

2.2.18 Ley y jurisdicción aplicables

Muchas veces la cláusula de ley y jurisdicción aplicable al contrato es pasada por alto, aunque resulta fundamental. En ella se indica qué ley regirá la interpretación del contrato (por ejemplo, la ley de China o de Francia) y además qué país tendrá jurisdicción sobre el contrato. Es habitual que se elija el mismo país para la ley y jurisdicción aplicables (por ejemplo “la ley y jurisdicción de Francia”) pero esto no es siempre así: algunos negocios prefieren establecer la ley y jurisdicción como aspectos neutrales. Por ejemplo, es muy común en el ámbito de los negocios establecer la ley y/o la jurisdicción inglesas para contratos comerciales, dado que el Reino Unido es considerado como una jurisdicción neutral con un sistema legal bien conceptualizado. En la práctica, la ley y jurisdicción aplicables dependen muchas veces del poder de negociación de las partes, y la parte más fuerte determinará los términos más favorables para ella.

Al redactar cláusulas de ley y jurisdicción aplicables es muy importante la precisión respecto de los países o regiones mencionados. Por ejemplo, “Ley americana” no tiene ningún significado -en su lugar, debería utilizarse la del estado correspondiente (las leyes de los Estados de California y Washington son por lejos las más utilizadas en los contratos de la industria de juegos del Oeste, dado que esos estados tienen grandes compañías de videojuegos). Del mismo modo, “Ley del Reino Unido” significa poco (debería especificarse si la referencia es a la Ley de Inglaterra, de Escocia o de Irlanda del Norte), lo mismo ocurre con “Ley de Chipre” (dado que hay dos diferentes repúblicas chipriotas).

2.2.19 Solución de controversias

Íntimamente vinculada con la pregunta de qué país o países regirán la interpretación y ejecución del contrato está la cuestión de cómo deberán ser solucionadas las controversias entre las partes. La solución más común es que cualquier controversia sea solucionada por los tribunales judiciales del país con jurisdicción sobre el contrato (sea en forma exclusiva o no).

Sin embargo, algunas partes prefieren especificar formas de solución extrajudicial de controversias. Una de las posibilidades es prever un procedimiento informal (por ejemplo, que los respectivos directores ejecutivos u otros funcionarios deban negociar durante un período de tiempo). Otra forma es someterse a un proceso de mediación formal, con un mediador experto. En ambos casos, sin embargo, la decisión final es habitualmente apelable ante los tribunales judiciales.

Una alternativa completa es el arbitraje. En pocas palabras, el arbitraje es un procedimiento de solución de controversias en el que las partes pueden elegir todos los aspectos respecto de cómo se solucionará su controversia: quién la decidirá (y puede haber múltiples árbitros), dónde, bajo qué ley y reglas, cuándo, y demás cuestiones. Lo que es más importante, el arbitraje es generalmente confidencial (mientras que en general los procesos judiciales son públicos). El arbitraje puede, por lo tanto, ser una alternativa útil respecto del proceso judicial. Sin embargo, ni el arbitraje ni el proceso judicial son “mejores” uno que otro: la opción que se elija depende mucho del acuerdo en cuestión y de la actitud de las partes.

Una nota final que vale la pena tener en cuenta es que tener una buena cláusula de ley y jurisdicción y un procedimiento de solución de controversias está muy bien, pero si se diera un problema entre las partes, la parte que resulte ganadora deberá ejecutar su reclamo contra la parte vencida. A veces esto puede ser sencillo, cuando la parte vencida puede pagar una condena de daños, pero si no puede o si se niega, la parte ganadora puede tener que enfrentar la ingrata opción entre procurar ejecutar su reclamo contra los bienes de la otra parte (lo cual podría incluso implicar presentarse ante tribunales extranjeros con los posibles costos de tiempo y dinero que ello implica) o abandonar algunas o todas sus pretensiones.

Por lo tanto, para analizar correctamente la distribución del riesgo, las secciones de ley aplicable y procedimiento de controversias, resulta fundamental conocer las fortalezas financieras de las partes y la localización de sus recursos, dado que serán factores sustanciales para determinar la posición de las partes frente a estas cláusulas.



2.2.20 Cláusulas adicionales

El contrato de edición contendrá también cláusulas tipo, tal como se explica en el Capítulo 11, y una sección de confidencialidad aun cuando las partes hayan firmado un acuerdo de confidencialidad por separado. La cláusula de confidencialidad repetirá los términos del documento firmado, pero se incluye nuevamente en el contrato si las partes no firmaron un acuerdo de confidencialidad y no divulgación (NDA, por sus siglas en inglés para Non-Disclosure Agreement).

2.2.21 Un papel cambiante

Desde la introducción de las plataformas de última generación, los editores han jugado un rol significativo en la industria, al financiar y editar juegos, como así también al establecer relaciones con vendedores y al crear la infraestructura para llevar un juego desde un concepto hasta su venta al público. Pero ese rol está cambiando con la creciente importancia que están teniendo las formas alternativas en que los consumidores pueden jugar juegos, y con el incremento de las oportunidades que permiten a los desarrolladores independientes negociar en forma directa con distribuidores digitales y móviles, pudiendo así reducir su dependencia de los editores. Cuánto más cambiará el rol de los editores dependerá del éxito de los desarrolladores independientes de financiar, comercializar y distribuir sus productos. Mientras tanto, aunque el rol de los editores puede no ser tan relevante para la comunidad de desarrolladores como en el pasado, aún juegan un importante papel en la industria para el financiamiento y la edición de proyectos, especialmente para los títulos más importantes.

2.3 ESCENARIO 1 Preguntas para el desarrollador cuando el editor es el titular de los derechos propiedad intelectual del juego

Preguntas para el desarrollador cuando el editor es el titular de los derechos propiedad intelectual del juego	
I. Tecnología	
1.	¿Quién será el titular de la nueva tecnología y código creados por el desarrollador?
2.	Si el código es de titularidad del editor, el desarrollador ¿tendrá derecho a usarlo para otros proyectos? ¿Habrá alguna restricción para el uso por parte del desarrollador?
3.	Si se permite al editor utilizar el código de titularidad del desarrollador en productos subsiguientes, el desarrollador ¿tendrá derecho a una regalía?
4.	Si el desarrollador es el titular del nuevo código o tecnología, ¿tendrá alguna restricción?
II. Entrega de materiales	
1.	¿Resulta claro del calendario de hitos qué entregable requiere el editor para cada hito?
2.	Si el calendario de hitos sufre cambios, el desarrollador ¿estará obligado a realizar más trabajo? ¿Cómo será retribuido el desarrollador y cómo se verá afectado el calendario de entregas?
3.	¿Se encuentra claramente descrito el procedimiento de aceptación/rechazo?
4.	¿Qué ocurre si un entregable es rechazado?
5.	Si un entregable es rechazado, el desarrollador ¿recibirá algún pago por el hito?
6.	¿Qué nivel de intervención tendrá el editor en la supervisión del desarrollo del juego?
7.	¿Qué ocurre si hay un desacuerdo con relación a la orientación del desarrollo del juego? El editor ¿tendrá derecho de resolver el contrato?
III. Pago	
1.	¿Cómo se determinarán los pagos de los hitos?
2.	¿Cómo se determinarán las regalías?
3.	¿Qué costos deberán ser deducidos de los ingresos brutos antes de que el desarrollador esté habilitado a percibir regalías?
4.	¿Las deducciones se harán de los ingresos brutos o de la parte de los ingresos que corresponde al desarrollador?
5.	¿Cómo y cuándo el editor informará sobre las ventas del juego al desarrollador?
6.	¿El desarrollador tendrá derecho de auditar las liquidaciones?
IV. Proyectos futuros, soporte y no competencia	
1.	El desarrollador ¿podría trabajar en proyectos futuros basados en el juego? En tal caso, ¿cuál sería el procedimiento para permitir al desarrollador trabajar en el proyecto?
2.	¿Qué tipo de soporte necesitará el editor cuando el juego esté finalizado? ¿Será necesario que el desarrollador trabaje en actualizaciones o contenido adicional?
3.	¿Habrá alguna cláusula de no competencia que limite la capacidad del desarrollador para trabajar en juegos similares por un tiempo determinado?

**V. Declaraciones, garantías e indemnización**

1. ¿Qué deberá asegurar cada parte a la otra bajo las declaraciones y garantías?
2. ¿Deben ser absolutas las declaraciones y garantías o puede haber excepciones?
3. ¿Qué responsabilidades deberá asumir el desarrollador como parte de su obligación de indemnizar?
4. Si el desarrollador es demandado por el incumplimiento de una declaración o garantía, el desarrollador ¿podrá controlar la defensa?
5. ¿Se requerirá al desarrollador que contrate un seguro de Errores y Omisiones (E&O)? Y si no se le requiere, ¿debería contratarlo?
6. El desarrollador ¿debería contratar un seguro que lo cubra ante posibles reclamos de patentes?
7. ¿Podría el seguro de E&O del desarrollador quedar comprendido dentro de la políticas del editor?

VI. Credit

1. ¿Qué tipo de créditos recibirá el desarrollador? ¿Aparecerá el logo y el nombre del desarrollador en el embalaje y, en tal caso, en qué lugar?
2. ¿Aparecerá el logo del desarrollador en el juego? ¿Y en los materiales promocionales?
3. ¿Cuán grande aparecerá el crédito del desarrollador en los materiales?

VII. Terminación

1. ¿Qué causas habilitarán a las partes para resolver el contrato por incumplimiento?
2. ¿Qué acciones u omisiones serán consideradas incumplimientos sustanciales del contrato?
3. ¿Habrá un derecho de enmendar? ¿Y cuán extenso será el plazo para enmendar un incumplimiento?
4. ¿Qué ocurre si el editor reclama por un incumplimiento y se genera una controversia sobre la existencia de dicho incumplimiento?
5. ¿Qué ocurre en caso de incumplimiento? ¿Cuáles son los remedios?
6. ¿Quién será el titular de los derechos de propiedad intelectual si el editor incumple?
7. ¿El editor estará habilitado a resolver el contrato sin expresión de causa antes de que el juego esté finalizado? En tal caso, ¿qué obligaciones tendrá el editor hacia el desarrollador?
8. En caso de que no pueda solucionarse una controversia entre las partes, ¿cómo y dónde deberá ser resuelta? ¿Las partes deberán acudir a un tribunal judicial o hay una opción de arbitraje?
9. ¿Las partes estarán habilitadas para recuperar los gastos legales en caso de que exista una controversia?
10. 1) Puede cualquiera de las partes limitar su responsabilidad frente a un reclamo de la otra parte? Si es así, ¿cómo se determinará el límite?

2.4 ESCENARIO 2 Preguntas para un contrato de distribución únicamente

Preguntas para un contrato de distribución únicamente

I. Consideraciones sobre el editor

1. ¿Por qué considerar trabajar con un editor?
2. ¿Qué servicios puede proveer el editor?
3. ¿Qué tan buena es la relación del editor con "primeras partes"?
4. ¿Cuáles son los antecedentes del editor en la distribución de productos para otros desarrolladores?
5. ¿El desarrollador y el editor tienen estrategias comunes respecto del lanzamiento y comercialización del juego?

II. Otorgamiento de derechos

1. ¿Qué derechos está otorgando el desarrollador al editor (es decir, plataformas, territorio y plazo)?
2. ¿Qué ocurre si el editor no lanza el juego en un país/ región en particular?
3. ¿Quién controlará los derechos de distribución digital?
4. ¿Qué derechos de aprobación tendrá el desarrollador respecto de la distribución y comercialización del juego?
5. ¿Qué ocurre si hay un desacuerdo respecto de las decisiones del editor? ¿Quién tiene la decisión final?

III. Obligaciones de las partes; entrega

1. ¿Qué deberá entregar el desarrollador al editor, y cuándo?
2. ¿En qué idiomas se localizará el juego, y qué elementos serán localizados?
3. ¿Qué ocurre si hay un problema con la entrega del juego?
4. ¿Qué ocurre si la entrega se demora? ¿Se verían afectadas las obligaciones de pago del editor por una entrega demorada?
5. ¿Cuáles son las obligaciones del editor?
6. ¿Quién será responsable por la promoción? ¿Se preverá un cierto gasto para la promoción?
7. ¿Qué parte será responsable de la clasificación y las pruebas?
8. ¿Quién controlará el inventario?
9. ¿Qué información se requerirá que provea el editor cuando remita los planes de ventas y comercialización? ¿Cuándo deberían ser entregados estos planes?
10. ¿Qué ocurre si el editor no cumple con el lanzamiento en un territorio?

IV. Consideraciones

1. ¿El editor pagará un adelanto o garantía por los derechos? En tal caso, ¿en qué momento se realizan estos pagos?
2. ¿Se prevé un bono para el desarrollador o una reducción en la garantía del desarrollador en caso de que el juego obtenga una determinada calificación en Metacritic?
3. ¿Cuál es la retribución que recibirá el editor por sus servicios?
4. ¿Qué gastos serán afrontados por el editor?
5. ¿Qué gastos podrá deducir el editor antes de remitir pagos al desarrollador? ¿Habrá topes para estas deducciones?



6. ¿Cuál será el orden en que se harán las deducciones?
7. ¿Qué ocurre si el editor no puede recuperar su inversión?
8. ¿Cuándo deberán enviarse al desarrollador las liquidaciones, conjuntamente con los pagos?
9. ¿Qué información debe incluirse en cada liquidación?
10. ¿Qué derechos tendrá el desarrollador respecto de auditorías?

V. Declaraciones, garantías e indemnización

1. ¿Qué deberá asegurar cada parte a la otra bajo las declaraciones y garantías?
2. ¿Qué responsabilidades deberá asumir cada parte en el marco de su obligación de indemnizar?
3. ¿Deben ser absolutas las declaraciones y garantías o puede haber excepciones?

VI. Créditos

1. ¿El desarrollador recibirá algún crédito? En tal caso, ¿dónde aparecerá?

VII. Terminación

1. ¿Qué causas habilitaran a las partes para resolver el contrato por incumplimiento?
2. ¿Habrá un derecho de enmendar? ¿Cuán extenso será el plazo para el enmendar un incumplimiento? ¿El plazo para enmendar un incumplimiento variará según el tipo de incumplimiento?
3. ¿Qué pasa en caso de incumplimiento? ¿Cuáles son los remedios?
4. En caso de que una controversia entre las partes no pueda solucionarse, ¿cómo y dónde deberá ser resuelta? ¿Deberán las partes acudir a un tribunal judicial o hay una opción de arbitraje?
5. ¿Estarán habilitadas las partes para recuperar los gastos legales en caso de que exista una controversia?
6. Alguna de las partes ¿puede limitar su responsabilidad frente a un reclamo? Si es así, ¿qué límites estarían permitidos?

2.5 ESCENARIO 3: El editor ayuda a financiar un juego basado en conceptos del desarrollador

El editor ayuda a financiar un juego basado en conceptos del desarrollador

I. Otorgamiento de derechos

1. ¿Quién es el titular de los derechos del juego? ¿Y del código y la tecnología utilizada para crear el juego?
2. Si el desarrollador es el titular de los derechos de propiedad intelectual, ¿qué derechos otorgará respecto de plataformas, plazo y territorio?
3. ¿El editor sublicenciará derechos? En tal caso, ¿cómo afectará esto los términos económicos del acuerdo?

II. Obras derivadas

1. ¿Qué aspectos comerciales serán considerados si se incluyen derechos de primera negociación y rechazo final en el contrato?
2. ¿Habrá ciertos requisitos que habilitarán el ejercicio de los derechos de primera negociación y rechazo final?

III. Otros aspectos

1. Consideraciones sobre el editor, entrega, calendario de hitos, obligaciones, declaraciones y garantías, pago, crédito, pago, créditos y terminación: véanse los escenarios más arriba.



CAPÍTULO 3

LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA INDUSTRIA DE LOS VIDEOJUEGOS¹⁰⁹

3.1 La importancia de la Propiedad Intelectual

La propiedad intelectual (PI) es la rama del derecho más importante que deben conocer los desarrolladores y editores de videojuegos. La PI es un elemento fundamental de los contratos de desarrollo, de trabajo, de distribución, de publicidad y de cualquier licencia de la industria del videojuego. Así como las casas están hechas de madera y piedra, los videojuegos están hechos casi exclusivamente de PI.

Las leyes de propiedad intelectual tienen como finalidad proteger a los desarrolladores y sus obras creativas. Estas normas protegen al desarrollador de los piratas y competidores que pretenden tomar y usar gratuitamente el trabajo de un juego.

¿Qué compra alguien cuando compra un videojuego? En el pasado, antes de la distribución digital, existían tiendas de videojuegos de venta al público. La gente realmente entraba o iba hasta un lugar físico llamado tienda de videojuegos. Compraban una caja con un manual y un CD, hechos de un material cuyo costo era menor a cinco dólares. ¿Cómo se podía, entonces, convencer a esta gente de pagar sesenta o setenta dólares por un producto que llamamos “juego”? La gente es persuadida, e incluso desea comprar los juegos, porque en realidad está adquiriendo una experiencia de entretenimiento mayor, que excede los bienes físicos. Lo que permite disfrutar legalmente de esta experiencia es una licencia limitada de PI. El código del juego, el manual, el diseño de la caja, el título, el diseño del juego, la música, la historia, el universo del juego, el *middleware*, todo es PI.

A medida que nos aventuremos en la siguiente generación de consolas de videojuegos, con un número creciente de grandes plataformas que incluyen la social, tableta y móvil, deberá invertirse más dinero que nunca en el desarrollo de videojuegos. Ésta ha sido la tendencia global desde el comienzo de la industria y probablemente se mantendrá durante las siguientes generaciones. Los presupuestos para grandes títulos de videojuegos, en términos de años de producción y gastos totales, ya igualan o exceden los de las películas.¹¹⁰ Consecuentemente, resulta cada vez más importante brindar a esas inversiones crecientes una protección respecto de los competidores y piratas. Tan importante como eso es aprovechar la PI de un juego para maximizar su valor a fin de recuperar costos y generar ganancias. Por simples que parezcan estas afirmaciones, las cuestiones y estrategias que generan son inmediatamente más complejas.

La PI conlleva una carga emocional en la comunidad de *software* en general, y en la comunidad de desarrollo de videojuegos en particular. Hay mucha gente que está a

favor de las iniciativas de código abierto (*open source*) y en contra de las patentes de *software*, de las patentes en general e incluso de la propiedad intelectual en general. Estos puntos de vista son claramente influyentes, y son debatidos arduamente en los niveles más altos de decisión sobre políticas públicas y legislación en todo el mundo. Sin embargo, como herramienta educacional y de referencia, este capítulo constituye una guía respecto de cómo *son* actualmente los aspectos legales, y no de cómo eventualmente evolucionarán o de cómo *deberían ser*.

Dejando de lado las discusiones, todo el mundo está de acuerdo en que hay margen para mejorar el sistema de PI, y que el sistema de PI está evolucionando. Además, el sistema actual es complejo. Los competidores son sofisticados y procurarán utilizar el sistema de PI contra tu compañía. Solamente por este motivo es importante entender el actual marco legal de la PI a nivel local, regional e internacional.¹¹¹

Dada la complejidad de la legislación sobre PI a nivel internacional, este capítulo se refiere a la ley de Estados Unidos a modo de ejemplo y como acercamiento a la regulación de la industria de videojuegos. Cuando es posible, se incluyen también la perspectiva europea y de otros países. Dada la naturaleza transversal de los videojuegos, debe remarcarse que existen diversos desafíos y cuestiones, especialmente en términos de PI. Con relación al derecho de autor, aunque el artículo 2 del Convenio de Berna provee sólidos argumentos para la protección de los videojuegos por derechos de autor, ellos en realidad son “obras intelectuales complejas, potencialmente compuestas por múltiples obras de derecho autor”.¹¹²

En un esfuerzo por comenzar a resumir estos conceptos, y como un adelanto del resto del capítulo, en la Tabla 3 (abajo) se listan ejemplos de un proyecto de videojuego y los tipos de leyes de PI utilizados para proteger cada componente.

**Tabla 3:** Proyecto de videojuego y Leyes de PI

Derecho de autor	Secreto comercial	Marcas	Patentes
<ul style="list-style-type: none">• Música• Código• Historia• Personajes• Arte• Diseño de la caja• Diseño del sitio web	<ul style="list-style-type: none">• Listas de distribución de clientes• Información sobre precios• Contactos del editor• Contactos del <i>Middleware</i>• Contactos del desarrollador• Herramientas de desarrollo internas• Términos del acuerdo	<ul style="list-style-type: none">• Denominación de la empresa• Logo de la empresa• Título del juego• Subtítulo del juego• Eslogan registrable asociado con el juego o con la empresa	<ul style="list-style-type: none">• Elementos creativos del juego y diseño del videojuego• Innovaciones técnicas como elementos de <i>software</i> o diseño de redes o bases de datos• Innovaciones técnicas de <i>hardware</i>

3.1.1 Derecho de autor

Puede decirse que el derecho de autor la más importante protección de PI para la mayoría de las empresas de videojuegos. En términos generales, el derecho de autor protege la expresión de las ideas y es obvio que constituye la mejor herramienta para proteger la propiedad de los videojuegos debido a su facilidad de uso, su poder y su versatilidad.

Como las patentes, el derecho de autor es una rama del derecho que tiene raigambre constitucional en Estados Unidos, aunque la legislación sobre derecho de autor se remonta a 1709 y el Estatuto de la Reina Ana de Inglaterra. En la Constitución de Estados Unidos, la ley del derecho de autor deriva de la misma sección que las patentes. El artículo 1, sección 8, cláusula 8, dispone que el Congreso tendrá el poder: "para fomentar el progreso de la ciencia y las artes útiles, asegurando a los autores e inventores, por un tiempo limitado, el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos". De la palabra "escritos" deriva el poder del Congreso para sancionar leyes de derecho de autor. Otro elemento crítico de la frase de más arriba es que el derecho de autor está concebido para proteger estos escritos "por un tiempo limitado". En la Unión Europea, los Estados Miembros tienen protecciones similares para las expresiones fijadas en un medio por un tiempo limitado. En primer término en sus legislaciones internas, aunque ello también ha sido previsto a nivel de la Unión Europea (lo que resulta un tanto análogo al nivel "federal" en Estados Unidos) por diversa legislación, incluyendo el Tratado de la Unión Europea (uno de

sus documentos constitucionales); como también normativa primordial que incluye la Directiva de Derecho de Autor y la Directiva de Duración de Derecho de Autor. Por lo tanto, aunque es posible hablar del derecho de autor en la Unión Europea en términos generales, suele haber diferencias entre los países (especialmente entre los del *common law*, como Inglaterra o Irlanda y los del derecho civil, como Francia o Alemania). Es por ello que en este capítulo solo se hará una revisión general del derecho de autor en la Unión Europea y su comparación con la legislación de Estados Unidos.¹¹³

3.1.1.1 ¿Qué puede ser protegido por el derecho de autor?

En Estados Unidos, existen 8 categorías de obras protegibles por derecho de autor. Las mismas se encuentran listadas en el Ley 17 USC 102(a). Ellas son: obras literarias; obras musicales, incluyendo cualquier letra que la acompañe; obras dramáticas, incluyendo la banda de sonido; obras coreográficas y pantomimas; obras pictóricas, gráficas y escultóricas; películas y otras obras audiovisuales; grabaciones de sonidos; y obras arquitectónicas.¹¹⁴

El entretenimiento interactivo se encuentra protegido o bien como “otra obra audiovisual” o, quizás sorprendentemente para algunos, como una “obra literaria”. Los abogados que ejercen en el ámbito de la PI suelen discutir cuál definición es más adecuada, pero realizan presentaciones utilizando cualquiera de las dos. Los videojuegos no son la excepción, ya que como otros esfuerzos creativos, también caen en más de una categoría. El único momento en el cual esto es importante es para el registro del derecho de autor. El registro como obra literaria puede parecer extraño para un programa de computadora, pero las obras literarias están definidas en el artículo 101 de esa ley como aquellas obras expresadas en “palabras, números u otros símbolos o indicios verbales o numéricos, con independencia de la naturaleza del objeto material que los contenga, tales como libros, periódicos, manuscritos, fonogramas, películas, cintas, discos o tarjetas”. Claramente, el código fuente es un conjunto de palabras, números y símbolos almacenados en un medio.¹¹⁵

En lo que a los videojuegos respecta, el derecho de autor comprende historias, personajes, música, gráficos, en algunos casos entornos imaginarios y ubicaciones geográficas¹¹⁶, e incluso el código fuente del software. Más aún, también protege el juego en su totalidad, registrado bajo la categoría de obra audiovisual o literaria. Un aspecto fundamental, aunque muchas veces no comprendido adecuadamente, es que el derecho de autor protege la *expresión* de las *ideas*, pero no las ideas en sí mismas. Esto implica dos consecuencias. Primero, ninguna idea de un juego está protegida por el derecho de autor hasta que su expresión haya sido fijada en algún medio (por ejemplo código, impresión o un archivo de arte registrado). En segundo lugar, ideas similares expresadas de diferente forma son permitidas en el derecho de autor. Para determinar la infracción al derecho de autor se requiere comparar



la expresión de la idea que ha sido fijada por el juego protegido con la del juego supuestamente infractor. Con el nacimiento de los ciclos de desarrollo cortos para plataformas sociales y móviles, esta comparación resulta más problemática que nunca, pero las causas sobre derecho de autor en videojuegos han estado presentes desde el comienzo. Hubo casos de derecho de autor relacionados con máquinas de arcade y Atari antes de que existieran Facebook y Apple.¹¹⁷

La posición en la Unión Europea es esencialmente la misma en términos de la división de las obras de derecho de autor en distintas categorías, la necesidad de que las obras sean fijadas en un medio, y la clasificación del entretenimiento interactivo primariamente como una obra literaria.

3.1.1.2 ¿Qué derechos confiere el derecho de autor?

Otro elemento ilógico del derecho de autor es que no es el derecho de hacer algo; por el contrario, el derecho de autor es un derecho negativo. No otorga a su titular el derecho de reproducir una obra, sino de autorizar a otros para hacerlo o bien de evitar que otros lo hagan. Los derechos específicamente reconocidos en la normativa de Estados Unidos (y en la ley de la Unión Europea) son: el derecho a hacer copias, generar obras derivadas, distribuir y ejecutar y exhibir públicamente la obra.¹¹⁸

El derecho de autor también es fácil de invocar. Surge en el momento en que la obra original es fijada en un medio tangible. Cuando se dibujan los planos o se escribe el código, el derecho de autor se hace presente. Por el contrario, las marcas y patentes requieren de importantes y complejos procedimientos de solicitud con honorarios de registro, y los secretos comerciales requieren del cumplimiento de ciertos requisitos internos y de vigilancia constante por parte de la empresa. Aunque el registro no es necesario para invocar el derecho de autor, es recomendable para la mayoría de las obras, dado que cambia el modo de calcular los daños y es necesario para litigar.

En la Unión Europea, como regla general, no existe obligación de registro para obras protegidas por el derecho de autor: el derecho de autor existe desde el momento en que la obra ha sido fijada en un medio y no hay exigencia legal o convencional de registrarla con un regulador nacional (esta es la práctica en la mayoría de los países que han suscripto al Convenio de Berna). Algunos países, como Francia y España, ofrecen un sistema de registro voluntario¹¹⁹ (que otorga una presunción de titularidad de la obra, que luego puede ser refutada).

3.1.1.3 Algunos ejemplos de derechos de autor

Un elemento fundamental del derecho de autor es que la definición de arte es sorprendentemente amplia, más allá de los más mínimos estándares de expresión original. Desde las pinturas de Botticelli hasta el videojuego *Breakout*, todas las creaciones originales pueden ser protegidas por derecho de autor. En los primeros

litigios de la industria se discutía si los videojuegos eran susceptibles de protección por derecho de autor. Esas discusiones se resolvieron en favor de la aplicación del derecho de autor a medida que los videojuegos fueron incrementando su complejidad.

El videojuego *Breakout* es un ejemplo interesante, dado que fue objeto de una serie de casos relacionados con el nivel mínimo de creatividad necesario para el derecho de autor. Atari intentó registrar el videojuego al menos dos veces, pero el registro fue inicialmente rechazado por su simplicidad artística. *Breakout* consistía solamente en un objeto rectangular que se movía en un plano y hacia rebotar una pequeña pelota contra una pared de rectángulos de muchos colores. La pelota eliminaba una parte de la pared de rectángulos y rebotaba de regreso a la parte inferior de la pantalla, en la que el jugador debía mover el rectángulo inferior para redirigir la bola nuevamente hacia la pared de rectángulos. Atari tuvo que litigar una serie de casos vinculados con el rechazo de la solicitud de registro entre 1989 y 1992, hasta que finalmente logró ganar.¹²⁰ Esta serie de casos es importante no solo para la industria de la propiedad intelectual en videojuegos, sino también para el derecho de autor en general. Esos casos sostienen que los tribunales o los Registros de Derecho de Autor no juzgarán la creatividad o calidad artística en derecho de autor. Cualquier obra original fijada en un soporte tangible está protegida.

El derecho de autor también es el principal reclamo respecto de juegos acusados de clonación. En los últimos años, se han iniciado muchas causas por clonación. Un ejemplo de 2012 es *Spry Fox c. 6Waves* sobre la clonación de *Triple Town* con *Yeti Town*. Este caso terminó en un acuerdo en el que *Yeti Town* fue restituido a *Spry Fox*.¹²¹ Zynga se vio envuelta en muchos casos de clonación desde su creación. La clonación está ocurriendo más frecuentemente debido a la creciente sofisticación y al hecho de que los costos de desarrollo para plataformas sociales y móviles se mantienen relativamente bajos. De todos modos, no es un fenómeno nuevo en la industria de los videojuegos. A principios de los 80, Atari estuvo envuelta en un litigio sobre la propiedad intelectual del *Pac-Man* contra un juego de Philips titulado *K.C. Munchkin*.¹²²

3.1.1.4 Información para solicitudes de derecho de autor en Estados Unidos

Aunque toda obra tiene protección por derecho de autor desde el momento de su creación, puede registrarse para obtener derechos adicionales en Estados Unidos.¹²³ El registro es imprescindible para litigar en casos de violación al derecho de autor y la registración temprana habitualmente redonda en un mejor cálculo de los daños. En consecuencia, es aconsejable realizar el registro antes de redactar incluso una simple notificación de cese de uso para potenciales infractores. Teniendo en cuenta todos los factores, el registro federal es tan barato, simple y necesario para un



fundamento legal real, que el esfuerzo y el costo necesarios para obtenerlo valen la pena.

3.1.1.4.1 Procedimientos y costos

El formulario requerido para el registro del derecho de autor solamente tiene unas pocas páginas, y su costo es de aproximadamente US\$45. La Oficina de Derecho de Autor provee información e instrucciones detalladas sobre cómo completar los formularios, como así también información de contacto para preguntas. Es el procedimiento más simple y barato de los referidos a derechos de propiedad intelectual que obtienen beneficios por su registro.

3.1.1.4.2 Duración de la protección de derecho de autor

La duración de la protección de derecho de autor es otro elemento que lo hace atractivo para los desarrolladores de videojuegos. El derecho de autor es largo, no eterno como las marcas, pero suficientemente largo como para sobrevivir a los creadores. En diferentes épocas, el derecho de autor ha variado en su duración, y su historia contiene diferentes plazos que resultan motivo suficiente para considerarlo en detalle. Por suerte para los videojuegos, en Estados Unidos la extensión del derecho de autor para las obras creadas después de 1978 puede ser recordada fácilmente como 95 años desde la publicación, o 120 años desde la creación en el caso de obras corporativas. Para las obras personales, es la vida del autor más 70 años.¹²⁴ En la Unión Europea, es generalmente 70 años desde la publicación o creación corporativa, y la vida del autor más 70 años en el caso de las obras personales. Esto implica que nadie puede copiar el *Pac-Man* original hasta alrededor de 2100. También significa que las obras derivadas requieren una licencia hasta que ese plazo expire. Para el *Pac-Man* significa que los dibujos animados, juegos de mesa, prendas de vestir, o la recreación del sabroso cereal *Pac-Man* no están permitidos sin el permiso legal apropiado. Hacia el año 2100 la gente podrá enloquecer y cubrir el planeta con copias y obras derivadas una vez que el juego original caiga en el dominio público.

Consideremos cómo afecta la duración de la protección al derecho de autor y sus posibilidades. La duración de la protección está íntimamente vinculada con la potencial generación de ingresos. Los desarrolladores de videojuegos pueden usar el derecho de autor para proteger sus ideas, construir nuevos juegos, y vender productos relacionados por un siglo. El derecho de autor puede ser literalmente desarrollado y explotado por generaciones. *Mickey Mouse*, *Star Wars* y *Superman* son excelentes ejemplos de esto. Estos ejemplos de propiedad intelectual han existido por décadas y han sido explotados a través de múltiples medios, incluidos los videojuegos.

Durante un tiempo, la industria de los videojuegos creyó que la siempre creciente sofisticación tecnológica y la presentación gráfica eran las claves para generar juegos

de alto rendimiento económico. El éxito de videojuegos móviles y sociales como *Farmville* y *Angry Birds* confirmó que juegos sencillos, incluso en 2D, pueden lograr ingresos de 8 o 9 cifras.¹²⁵ Estos videojuegos probablemente mantengan algún grado de popularidad durante un ciclo de vida mucho más largo que el originalmente previsto.

3.1.1.4.3 Protección del derecho de autor

Lo más elemental al tratar con violación de derecho de autor es el envío de una notificación de cese de uso. Esta notificación simplemente explica que el remitente es el titular del material protegido por derecho de autor, que el material se encuentra registrado, y que la otra parte lo está usando sin licencia. Habitualmente, la notificación explica las penalidades por violación y exige a la otra parte que cese y desista de usar el material. Si la violación se da en línea, puede enviarse al ISP (Proveedor de Servicio de Internet, por sus siglas en inglés) del destinatario una notificación similar o un requerimiento para bajar el contenido según las previsiones de la DMCA (Digital Millennium Copyright Act) (en Estados Unidos) o de la Directiva sobre E-Commerce (en la Unión Europea). La mayoría de los ISP no quiere tener responsabilidad potencial por almacenar material en violación a derechos de autor. Esta notificación al infractor y/o a su ISP es generalmente suficiente para frenar la infracción. En cualquier caso, el proceso debe ser dirigido por un abogado, quien también deberá estar a cargo de la redacción de las notificaciones.

3.1.1.4.4 Penalidades por infracciones

El potencial castigo ejemplar es necesario en cualquier sistema de protección de derechos de propiedad intelectual, y el derecho de autor lo tiene. En virtud de ello, los desarrolladores de videojuegos pueden evitar que terceros vendan obras que incluyan material protegido por derecho de autor. En las jurisdicciones que lo permiten, los desarrolladores pueden también reclamar por daños y perjuicios y por las ganancias equivalentes a las que la parte infractora hubiera generado con la venta del material ilegal. Más aún, en Estados Unidos la violación intencional del derecho de autor tiene una multa prevista de hasta US\$150.000 por cada obra infringida.

En un caso judicial típico de derecho de autor, iniciado en junio de 2004, Midway demandó a Sony Ericsson por la violación de sus derechos de autor en el juego *Defender* de 1980.¹²⁶ Alegó que Ericsson estaba usando el juego en sus teléfonos móviles sin autorización. Por lo tanto, Midway requirió que Sony Ericsson entregase los teléfonos móviles, software y todo otro material que tuviera en su poder relativo a la alegada violación del derecho de autor, y solicitó al tribunal que fijase un resarcimiento de daños y perjuicios y el reintegro de los gastos legales en que debió incurrir. El caso fue conciliado extrajudicialmente y desestimado unos meses



después, pero de todos modos sirve como un excelente ejemplo de los remedios judiciales que pueden ser requeridos en casos de derecho de autor.

También existen penas que, potencialmente, podrían derivar en condenas de prisión por la violación de derechos de autor mediante la venta o distribución de juegos por internet bajo la ley 17 USC. § 506(a) y 18 USC. § 2319. Un caso de estos salió a la luz en febrero de 2004, cuando Sean Michael Breen, líder del denominado Razor1911 Warez group, fue condenado a 4 años de prisión y a pagar cerca de US\$700.000 en daños y perjuicios por violación de derechos de autor. Él había sido una de las 40 personas arrestadas en una operación encubierta llevada a cabo por el Servicio de Aduana de Estados Unidos, la Operación Bucaneros.¹²⁷ Un ejemplo de castigo adecuado ocurrió en 2006, cuando Yonatan Cohen fue procesado en Minnesota por delitos contra el derecho de autor, en virtud de haber creado una consola de videojuegos que incluía juegos de Nintendo sin licencia. Fue sentenciado a 5 años de prisión, perdió cientos de miles de dólares en dinero y bienes, y fue deportado a Israel. La condena incluyó que debiera utilizar sus propios recursos para pagar avisos en revistas de videojuegos advirtiendo sobre las penalidades por violación a los derechos de autor. Los avisos tenían una fotografía suya en el centro, conjuntamente con una fotografía de su dispositivo, una descripción de la condena y una frase que decía: "Este aviso fue pagado por Yonatan Cohen como parte de su condena, para advertir a otros sobre los peligros y penalidades asociados con la violación de leyes de derecho de autor".

En la Unión Europea, la violación de los derechos de autor puede acarrear penalidades civiles y, en casos graves, criminales. Por ejemplo, Nintendo ha iniciado acciones a lo largo de la Unión Europea en virtud de haber verificado *software* y *hardware* no autorizados.¹²⁸ Sin embargo, dado que en la Unión Europea la ley no establece un daño tarifado ni prevé el daño punitivo civil, así que las condenas de daños y perjuicios suelen ser sustancialmente menores que en Estados Unidos.

3.1.1.5 Obras derivadas

La idea de "obra derivada" es fundamental para la forma en que se aplica el derecho de autor en la industria del videojuego. Una obra derivada es una obra nueva que se deriva de una existente, protegida por derecho de autor. En la normativa de Estados Unidos, se define a la obra derivada como aquella que "se basa en una o más obras preexistentes, como por ejemplo una traducción, arreglo musical, dramatización, creación de una versión de ficción o una versión de película, grabación de sonido, reproducción artística, resumen, compendio o cualquier otra forma en que una obra puede ser reformulada, transformada o adaptada".

¿Qué significa cuando leemos que una empresa ha adquirido "los derechos" para crear un juego basado en una película? Desde el punto de vista del derecho de autor esto significa que la empresa de videojuegos ha adquirido los derechos para

crear una obra derivada de la película. También así es como se hacen películas de videojuegos. La película *Doom* fue una obra derivada del videojuego *Doom*. El mismo concepto funciona también a la inversa. *Shrek* fue primero una película y, luego, se creó una obra derivada que convirtió el material protegido por derecho de autor en un videojuego. Es fácil imaginar que este proceso se complejiza rápidamente. Consideremos el mundo descrito en *El Señor de los Anillos*, la serie de libros escrita por J. R. R. Tolkien. La entidad que controla los derechos de autor de este mundo ha conferido licencias para crear obras derivadas para juegos de mesa, videojuegos, películas y réplicas de armas; todos esos productos son obras derivadas que también tienen su propio derecho de autor. Cualquier material contenido en una obra derivada y que no esté en la original es susceptible de protección, por derecho de autor, como obra nueva. Más aún, este nuevo material podría ser incluso licenciable en sí mismo!

El ejemplo de *El Señor de los Anillos* ofrece un fascinante caso de estudio sobre la obra derivada en la industria del videojuego. Desde 2001, Electronic Arts (EA) ha desarrollado juegos que incluyen *Battle for Middle Earth*, basado en una licencia de las películas de Peter Jackson. Esto significa que los juegos de EA solamente podían generar contenido lúdico u obras derivadas que provinieran de las películas de Jackson. En 2005, mientras creaba la secuela de *Battle for Middle Earth* y otros juegos de los Anillos, EA adquirió la licencia para producir un juego basado en todo el mundo de ficción que se describe en los libros de Tolkien. Esta licencia para crear obras derivadas basadas en los libros abrió un nuevo campo para la creatividad. EA había adquirido inicialmente la licencia de un material específico de una obra derivada y luego adquirió la licencia de la totalidad del material original.

3.1.1.6 El dominio público

¿Qué le pasa al material protegido por derecho de autor cuando la protección expira y cómo afecta eso a los derechos de autor del juego específicamente? La respuesta corta es que la obra que pierde la protección de su propiedad intelectual pasa al dominio público. Esta idea es particularmente interesante porque todos, incluso los desarrolladores de videojuegos, pueden usar el material que ha entrado en el dominio público para crear nuevas obras. Como regla general, cuanto más vieja es una obra, es más probable que forme parte del dominio público. La profesora de derecho Laura Gasaway ha creado un cuadro que es uno de los más citados para determinar la expiración de los derechos de autor. El cuadro Gasaway y otro de Cornell se mencionan en la Tabla 4 (abajo), que muestra un grupo de reglas muy simples para determinar cuándo una obra ha ingresado en el dominio público.

**Tabla 4:** El cuadro de Gasaway

**¿Está en el/Es parte del dominio público la obra?	
Antes de 1923	Dominio público
1923-Marzo de 1989	Depende de si la obra fue publicada con un aviso de registro de derecho de autor y si la registración fue renovada.
Desde marzo de 1989	Por derecho de autor, 70 años desde la muerte del autor, o si es una obra corporativa, 95 años desde la publicación o 120 desde la creación, lo que ocurra primero.

**Para obras en Estados Unidos únicamente. Se pueden ver cuadros más detallados a través de UNC-Chapel Hill o Cornell. <http://copyright.cornell.edu/resources/publicdomain.cfm> www.unc.edu/~unclng/public-d.htm

Antes de tomar una decisión final respecto del uso de obras presumiblemente en el dominio público, es prudente chequearlo con un abogado de propiedad intelectual. Debe tenerse un cuidado especial respecto de obras creadas fuera de Estados Unidos o en Estados Unidos entre 1923 y 1989. También podrían existir circunstancias especiales con relación a una obra, que limite su uso en un videojuego. Un ejemplo de esto es cuando obras que están en el dominio público fueron utilizadas previamente para crear nuevas obras. Como se explicó más arriba, estas nuevas obras son obras derivadas. Los nuevos elementos incluidos en la obra derivada tienen una nueva protección, pero la obra subyacente se mantiene en dominio público.

La historia de "Robin Hood" es un excelente ejemplo de una situación especial del dominio público, porque es tan vieja que es casi un cuento de hadas; quizás alguien realizó acciones similares en la Inglaterra medieval, pero la mirada de historias aparece un poco exagerada. También es cierto que existen innumerables libros y películas que cuentan la historia de Robin Hood. Asimismo, hay varios videojuegos basados en Robin Hood, su compañero de armas, el Sheriff de Nottingham y la doncella Marian. Lo principal aquí es que los personajes y la historia subyacente son parte del dominio público, pero al crear nuevas historias inspiradas en ellos, los desarrolladores deben tener cuidado de no violar derechos de autor de obras modernas, que sí están protegidas. El desarrollador de videojuegos que busca licencias a toda costa debería estar incentivado por un punto secundario e implícito: hay muchas historias y personajes populares que en la actualidad se encuentran disponibles en forma libre, para desarrollar videojuegos, incluidas muchas de las grandes obras de arte y de la literatura del siglo XIX y anteriores.

Otro ejemplo importante del dominio público son los mitos, las historias y la sabiduría popular. Cualquiera puede utilizarlos como marcos familiares para crear videojuegos, porque son muy viejos y su paternidad es colectiva y desconocida.

Antes de que se generara la controversia marcaria y de la subsiguiente cancelación del proyecto *Mythica*, de Microsoft, el juego iba a usar el lugar llamado Muspellheim.

El juego *Dark Age of Camelot* también usa el nombre Muspellheim. Ambos pueden hacerlo porque Muspellheim es un lugar de la mitología nórdica que los dos utilizaron como escenario de sus juegos. Esa historia no está protegida por derecho de autor porque el autor o autores de los mitos han muerto hace siglos. Es similar a utilizar el “Monte Olimpo” o el “Infierno” como escenarios de un juego. Por otro lado, sería completamente diferente usar la “Estrella de la Muerte” o “Tatooine” como nombres para el desarrollo de videojuegos porque estos lugares (entornos y ubicaciones geográficas imaginarias), como elementos de la historia, son parte de la propiedad intelectual del universo de *Star Wars*. Estos nombres fueron creados recientemente por un autor y están protegidos por derecho de autor como elementos de la historia. Aunque han penetrado en nuestra conciencia cultural y son incluso más conocidos que Muspellheim, no pueden ser utilizados en videojuegos sin permiso porque las historias de las que forman parte todavía están protegidas por derecho de autor. Cualquier uso de estos nombres en una historia nueva y similar contribuiría a una infracción al derecho de autor.

Los hechos históricos tampoco están sujetos a derecho de autor, pero las historias creadas en base a ellos sí. Un ejemplo es la Segunda Guerra Mundial, terreno fértil para el desarrollo de videojuegos durante los últimos 5 años. Nadie puede tener derecho de autor respecto de los eventos específicos de ese momento o de cualquier período de tiempo. Los videojuegos *Battlefield 1942*, *Call of Duty* y *Medal of Honor* pueden usar tanques, armas y uniformes que son históricamente precisos. Más aún, ninguno está violando el derecho de autor de los otros porque los juegos están solamente representando hechos históricos.¹²⁹

Es importante recordar que copiar una historia inspirada en hechos históricos constituye una violación del derecho de autor, pero la mera copia de los hechos históricos no. Por ejemplo, un desarrollador no podría crear un videojuego basado en la película “Rescatando al soldado Ryan” (*Saving Private Ryan*) sin la licencia adecuada. Sin embargo, podría crear un videojuego sobre Pearl Harbor u otros eventos de la Segunda Guerra Mundial, siempre que se base en el evento histórico y no en la película con el mismo nombre.

3.1.1.7 Doctrina de la “Scènes à faire”

La doctrina de la *Scènes à faire* es similar al dominio público. Esta doctrina reconoce que ciertas expresiones de ideas son utilizadas tan comúnmente que no pueden ser protegidas en sí mismas. Un ejemplo de ello es el comienzo de los cuentos de hadas “Había una vez...”. Tantos cuentos de hadas comienzan de ese modo que un videojuego basado en un cuento de hadas podría comenzar así también.¹³⁰ Otros ejemplos de esta doctrina serían los elementos genéricos de una historia de fantasía, tales como magos o dragones. Estas razas y sus estereotipos generales no están



protegidos por derecho de autor, pero ciertos personajes específicos como Gandalf o Drizzt sí lo estarían.

Aunque el término *Scènes à faire* es de origen francés, esta doctrina no está reconocida formalmente en la legislación de derecho de autor de la Unión Europea. No obstante, podría arribarse a sus mismas conclusiones por aplicación del requisito de originalidad para las obras protegidas.

3.1.1.8 Fair Use

El concepto de *fair use* es habitualmente discutido y malinterpretado en el ámbito del derecho de autor. Genéricamente, consiste en la posibilidad de que alguien utilice una parte de una obra protegida por derecho de autor, con una finalidad limitada y sin pagar una licencia. En la legislación de Estados Unidos, este concepto se deriva de una ley que establece que para su validez deben darse 4 condiciones, como se indica en la Tabla 5 (abajo).

Como podemos imaginarnos, en algunos casos el *fair use* puede resultar un tema poco claro. Habitualmente, lo utilizan quienes son acusados de violar derechos de autor, pero no es una defensa perfecta.

Con relación al *fair use*, hay dos dificultades comunes que deben ser consideradas. En primer lugar, que se trata de un concepto de Estados Unidos. La mayoría de los demás países, especialmente en Europa, no prevén la autorización de uso de material protegido por derecho de autor sin licencia,¹³¹ salvo en algunas limitadas situaciones (por ejemplo, en el caso de noticias o para fines educativos). Esto significa que una empresa de videojuegos que pretenda incorporar material protegido por derecho de autor, a modo de parodia u otra modalidad tradicionalmente reconocida de *fair use*, podría tener inconvenientes para comercializar el videojuego en otros países.¹³² Un pequeño fragmento propuesto como un guiño humorístico podría llevar a la empresa a un litigio o a resignar ventas fuera de Estados Unidos.

La segunda cuestión sobre el *fair use* que debe recordarse es que se trata de una defensa contra un reclamo de violación de derecho de autor. Esto significa que el titular del derecho de autor en Estados Unidos puede demandar a la empresa que incluyó el fragmento por utilizar una obra protegida por derecho de autor o una obra derivada de dicha obra sin una licencia. Una vez realizado el reclamo, la empresa reclamada podrá argumentar los méritos del *fair use*. Esto significa que una empresa que opera dentro de los límites tradicionales del *fair use* está sujeta al litigio y, por lo tanto, a los costos y la mala publicidad asociados con los juicios sobre derecho de autor. En pocas palabras, la decisión de incluir material protegido por derecho de autor en un juego bajo la protección del *fair use* implica un riesgo que debe ser evaluado exhaustivamente.

Tabla 5: Cuatro condiciones que deben cumplirse para el *fair use*

1. La finalidad y el carácter del uso	Habitualmente, la utilización con fines educativos y la parodia están más protegidas que la copia meramente comercial.
2. La naturaleza de la obra protegida por derecho de autor	Es más probable que se verifique una infracción cuando se utilizan secciones de una obra comercial. También es más probable verificar una infracción en la copia de obras de ficción que en la copia de compilaciones fácticas.
3. La cantidad y relevancia de la parte copiada	Es más probable que se verifique una infracción si se toma una gran parte de una obra que si se toma una parte pequeña.
4. El efecto del uso en el potencial mercado	Es más probable que se verifique una infracción si se demuestra que se ha debilitado el mercado para la obra protegida por derecho de autor.

3.1.1.9 Preguntas comunes sobre Derecho de autor

El envío de un sobre sellado ¿constituye una prueba del derecho de autor?

El envío a una persona de un sobre sellado con la copia del último videojuego de la empresa no es ni remotamente asimilable a registrar el videojuego para obtener protección por derecho de autor. A veces llamado “el derecho de autor del pobre”, este procedimiento no tiene ningún efecto legal. En el mejor de los casos, podría probar que el material estaba en un formato determinado en una fecha determinada, pero esa prueba es discutible dado que cualquiera puede enviarse un sobre no sellado a sí mismo. El verdadero registro de derecho de autor es sencillo y barato, por lo que no hay motivos para acudir a esto cuando enviar un formulario por correo y pagar a la Oficina de Derecho de Autor es casi igual de fácil, o cuando hay algún sistema nacional de registro disponible (para el caso de estar fuera de Estados Unidos).

En Estados Unidos, ¿el titular del derecho de autor puede reclamar hasta US\$150.000 en daños y perjuicios por cada infracción?

La normativa de daños por infracción al derecho de autor es frecuentemente malinterpretada. El titular del derecho de autor puede reclamar *hasta* US\$150.000 en daños y perjuicios por cada infracción al derecho de autor en Estados Unidos. Esto es para infracciones *intencionales* respecto de una obra registrada protegida por derecho de autor. Más aún, no es por cada copia de la obra registrada, sino por cada violación al derecho de autor. El hecho de que se hagan 10.000 copias de un videojuego o película en particular no habilita a multiplicar los daños y perjuicios por 10.000. El videojuego o la película es una obra protegida por derecho de autor y eso cuenta como una infracción. El cálculo de los daños y perjuicios puede arrojar un número mayor a US\$150.000 si se realiza por otros métodos tales como la estimación de las ganancias ilegítimamente obtenidas o las ventas perdidas, pero no como resultado de multiplicar el número de copias por US\$150.000. Los daños también pueden incrementarse porque muchos videojuegos contienen en realidad diversas obras



protégidas por derecho de autor. El número de copias no multiplica directamente el monto de los daños y perjuicios bajo la normativa de daño intencional. El número de obras, no el número de copias, es más significativo. Dicho esto, y como se hizo notar previamente, los daños y perjuicios por infracción al derecho de autor no suelen estar tarifados normativamente en países fuera de Estados Unidos.

3.1.2 Secretos comerciales

Incluso hace dos millones de años, el *Homo habilis* podía mantener su ventaja comparativa respecto de una nueva herramienta de piedra mediante la protección de la propiedad intelectual. Podía mantener el uso y construcción de esa herramienta como un “secreto comercial”. El mecanismo entonces, al igual que ahora, consiste en simplemente mantener la idea en secreto. Si bien los procedimientos se han hecho más complejos en la actualidad, la idea básica es la misma.

En los tiempos modernos, el secreto comercial es definido vagamente como alguna información que una empresa mantiene en secreto, que podría ser utilizada para obtener una ventaja comercial. Es la única forma de propiedad intelectual que no se comunica públicamente; tanto las patentes como el derecho de autor y las marcas se basan en algún tipo de comunicación pública. Los secretos comerciales son secretos del negocio. Una buena definición legal puede encontrarse en la Ley Uniforme de Secretos Comerciales de EE.UU., que lo define así:

“Secreto comercial” significa información, que incluye una fórmula, diseño, compilación, dispositivo programable, método, técnica o proceso que: i) tenga un valor económico independiente, real o potencial, por no ser de dominio público, ni poder ser fácilmente inferida por terceros que puedan obtener un rédito económico de su uso o difusión; y ii) sea objeto de esfuerzos razonables de acuerdo con las circunstancias para mantener su confidencialidad.

3.1.2.1 ¿Qué puede ser un secreto comercial?

Cualquier idea puede ser un secreto comercial, siempre que otorgue alguna ventaja comercial y que pueda ser mantenida en secreto. Los derechos sobre el secreto comercial pueden extenderse a prácticamente cualquier información concreta que otorgue una ventaja comercial, como fórmulas, compilaciones de datos, dispositivos, procesos y listas de clientes. El ejemplo más conocido de secreto comercial es la fórmula de la Coca-Cola. La fórmula es conocida por algunas personas en la empresa, pero no es conocida en forma precisa en ningún otro lugar. La empresa ha mantenido el secreto por más de 100 años. Aunque existen diversas descripciones públicas, ninguna ha sido verificada.¹³³ Más aún, se han adoptado medidas importantes para evitar que alguien descubra el secreto. Otros ejemplos de secreto comercial incluyen listados de clientes, apuntes sobre el desarrollo de un videojuego, contactos

comerciales, términos de licenciamiento, y otros elementos comerciales internos que tienen un valor para el desarrollo del juego, pero que no están protegidos por las otras herramientas de propiedad intelectual.

Dos ventajas de los secretos comerciales son que no tienen ningún costo de registración y que pueden ser protegidos rápidamente. Para las marcas se exige su uso y las patentes requieren de una solicitud y un largo proceso de aprobación; además ambas requieren el pago de tasas de registro. Aunque no debe pagarse una tasa para la registración de los secretos comerciales, no sería del todo justo decir que su protección es gratuita. Una compañía debe realizar esfuerzos estructurados para mantener la confidencialidad de su información comercial si pretende reivindicar esa información como secreto comercial, según se describe más adelante.

En la Unión Europea, los secretos comerciales también son conocidos como “información comercial confidencial”. Tal como ocurre en Estados Unidos, no están regulados a nivel supranacional ni federal. Por el momento, solamente están protegidos a nivel de los Estados Miembros, con regímenes que varían en cada país, pero que son sustancialmente similares a la posición de Estados Unidos. La clave es siempre asegurar que la información que se protege es valiosa, confidencial y que se mantiene confidencial. Más allá de eso, la mayoría de los países ha asumido la obligación de proveer protección para la “*información no revelada*”, en virtud de un tratado internacional denominado Acuerdo de Propiedad Intelectual sobre Aspectos Relacionados con el Comercio (Trade-Related Aspects of Intellectual Property agreement - TRIPS)¹³⁴, (aunque su forma de implementación varía).

3.1.2.2 ¿Qué derechos confiere la protección por secretos comerciales?

La protección por secretos comerciales otorga a su titular el derecho de evitar que terceros usen el secreto comercial, salvo que lo hubieran descubierto a través de investigación legítima. Hablando en términos de la Ley Uniforme de Secretos Comerciales de EEUU, una empresa tiene derecho de evitar que otros se “apropien ilegítimamente +te” de un secreto comercial. La ley describe la apropiación ilegítima de este modo:

“Apropiación ilegítima” se refiere a: i) la adquisición de un secreto comercial ajeno por parte de una persona que sabe o está en condiciones de saber que el secreto comercial ha sido adquirido por medios ilegítimos; o ii) la divulgación o uso de un secreto comercial de otro sin consentimiento expreso o implícito por parte de una persona que A) utilizó medios ilegítimos para tomar conocimiento del secreto comercial; o B) al momento de la divulgación o uso sabía o estaba en condiciones de saber que su conocimiento del secreto comercial había sido I) obtenido de o a través de una persona que utilizó medios impropios para adquirirlo; II) adquirido bajo circunstancias que



imponían el deber de mantener su secreto o limitar su uso; o III) obtenido de o a través de una persona que tenía un deber de confidencialidad hacia el titular del secreto o una autorización limitada de uso; o C) antes de un cambio sustancial en su cargo, sabía o estaba en condiciones de saber que se trataba de un secreto comercial y que había llegado a su conocimiento por accidente o error.”

3.1.2.3 Ejemplos de secretos comerciales

Como un ejemplo, consideremos secreto comercial a la información de la lista de correo de suscriptores de un MMO (Juego masivo en línea, por sus siglas en inglés). Estas personas se han suscripto al MMO de la Empresa A durante años y cada una ha pagado, literalmente, cientos de dólares al editor. Si un empleado roba la lista de contactos, podría tener fácil acceso a personas interesadas en jugar un MMO y que están dispuestas a pagar por ello en el largo plazo. Esta información podría ser tremadamente valiosa para un competidor.

Las herramientas de desarrollo también pueden ser secretos comerciales.

Consideremos una herramienta de desarrollo que podría poblar inteligentemente un plano 3D con objetos ambientales extraídos de un directorio específico. Este *software* ha sido escrito internamente para un proyecto de desarrollo, pero podría modificarse fácilmente para ser usado en otros proyectos. Esto permitiría que programadores y diseñadores de planos se ahorren muchas horas de trabajo mediante la colocación de planos “esqueleto”¹³⁵ sujetos a ciertos parámetros. Ahora, esta herramienta está ciertamente protegida por derecho de autor, pero si nunca se comercializa, pública o patenta, también podría ser un secreto comercial. Para ser más claros, como Coca-Cola, algunos elementos de la herramienta podrían mantenerse como secretos comerciales aún si la herramienta misma fuera vendida. Si un empleado se lleva el código de la herramienta y lo entrega a un competidor, está robando un secreto comercial.

Los detalles sobre los contratos de licenciamiento y edición también pueden ser secretos comerciales. De hecho, los contratos de licencia y otros contratos confidenciales son los secretos comerciales más comunes en la industria del videojuego. Comúnmente ninguna de las partes quiere que los detalles del acuerdo se filtren al público. La protección por secretos comerciales cubre las cláusulas obvias referidas a cuánto y cuándo se paga. Pero también cubre las menos obvias, aunque igualmente importantes, como las referidas a cuáles con los “empleados clave” para llevar a cabo un contrato de desarrollo.

3.1.2.4 Información sobre secretos comerciales

3.1.2.4.1 *Duración de la protección*

Los secretos comerciales duran tanto como el titular de la información pueda evitar que pase a ser de dominio público. Por lo tanto, así como las marcas, son potencialmente eternos. La única limitación es el tiempo durante el cual la información pueda mantenerse en “secreto”.

3.1.2.4.2 *Protección de los secretos comerciales*

Las protecciones comunes incluyen el registro de los secretos comerciales y que los empleados firmen declaraciones dejando constancia de que entienden que determinada información es un secreto comercial y que tiene restricciones especiales para su divulgación. El control de acceso es una parte importante del secreto comercial. Si el secreto comercial está en archivos informáticos, solamente debe permitirse a ciertas personas acceder a esos archivos. Debe considerarse la encriptación de la información e incorporar protecciones especiales para la modificación o copia de los archivos.

La protección de los secretos comerciales también incluye comunicarlos únicamente a quienes necesiten conocerlos, pero además adoptar otras medidas de seguridad interna para proteger la información. Medidas tales como restringir el acceso a la información mediante el uso de claves, encriptación, gabinetes cerrados y la utilización de documentos de confidencialidad ayudan a proteger los secretos comerciales de la empresa.

Si se advierte que alguien ha filtrado secretos comerciales, deben tomarse acciones específicas. Primero, la empresa debe hacer todo lo necesario para frenar la filtración de información. Esto puede implicar una mayor restricción en el acceso, la modificación de claves y quizás el traslado de bases de datos. También puede incluir enviar notificaciones al proveedor de Internet (ISP) y/o al administrador del sitio web si el secreto comercial se encuentra almacenado en línea. La empresa habitualmente le notifica al infractor que está distribuyendo un secreto comercial. Esta notificación, similar a las que se envían al proveedor de Internet (ISP) y/o al administrador del sitio web, intimará al infractor a “cesar y desistir” de la distribución del secreto. Finalmente, si esto no resulta suficiente para reparar el daño ocasionado por la filtración del secreto comercial, el litigio podría resultar procedente. Tal como ocurre con el cumplimiento del derecho de autor y otros derechos de propiedad intelectual, cada uno de estos pasos deberá ser consensuado con el abogado.



3.1.2.4.3 Penalidades por infracción

Prácticamente todos los países tienen un sistema de sanciones por el uso ilegítimo de secretos comerciales o de información confidencial. Por ejemplo, en Estados Unidos, la Ley Uniforme de Secretos Comerciales admite reclamos de daños y perjuicios por la apropiación ilegítima de secretos comerciales. Estos daños y perjuicios pueden calcularse de tres modos. En primer lugar, pueden medirse como la pérdida de ganancias de la parte titular del derecho. Como segunda alternativa, pueden calcularse según la ganancia que obtuvo la parte que usó o divulgó el secreto comercial ilegítimamente apropiado. Por último, en caso de corresponder, el cálculo podría hacerse como un pago de regalías razonables por el secreto comercial. Adicional o alternativamente al reclamo por daños y perjuicios, la parte afectada podría prohibir (o detener) a la parte que se apropió ilegítimamente del secreto comercial el uso de dicho secreto comercial. Legalmente, esto implica obtener una medida cautelar.

3.1.2.5 El secreto comercial en normativas de EEUU

En Estados Unidos el derecho de autor, las marcas registradas federalmente y las patentes están reguladas casi exclusivamente por normas federales. El secreto comercial, en cambio, está regulado por las leyes de cada estado. Por lo tanto, puede ser más variable que el resto de la normativa sobre derechos de propiedad intelectual, dado que difiere de estado a estado. La información de este capítulo proviene de los principios generales contenidos en la normativa estatal o de la Ley Uniforme de Secretos Comerciales. Esta ley constituye un modelo que han adoptado aproximadamente 40 estados, o han usado como guía para crear sus propias leyes. Cuando se trata de secretos comerciales, no puede reemplazarse a un abogado calificado y familiarizado con las leyes estatales. Como regla general, la mayoría de los abogados se sentirá cómodo trabajando con las leyes de secreto comercial es su propio estado, de Nueva York y de California.

3.1.2.6 Preguntas comunes sobre secretos comerciales

¿El secreto comercial puede ayudarme a proteger mi propiedad intelectual de la ingeniería inversa?

Desafortunadamente, el secreto comercial no provee una protección completa de uno de los mayores ataques contra la propiedad intelectual de los videojuegos: la ingeniería inversa. Un trabajo completamente legal de ingeniería inversa se da cuando se inspecciona y se recrea el *hardware* o *software*, sin apropiarse ilegítimamente de ninguna estructura, código fuente o cualquier otra información. Aunque el proceso no es para nada fácil, ha sido realizado exitosamente en algunos sistemas de videojuegos y *software* relativamente seguros. De todos modos, el secreto comercial puede proteger de la ingeniería inversa a los desarrolladores de videojuegos, dado que en

muchos casos la dificultad de la ingeniería inversa está más allá de lo humanamente posible, y solamente puede lograrse si se filtra alguna información interna al público (es decir, secretos comerciales). El secreto comercial puede ayudar a proteger contra esta filtración, y potencialmente interrumpir los intentos de realizar ingeniería inversa antes de que sean viables.

¿En qué etapa una empresa de videojuegos debería utilizar secretos comerciales?

El mejor consejo para una empresa de videojuegos que se esté embarcando en un nuevo proyecto es que mantenga algún nivel de secreto planificado en cada etapa. Que procure mantener en secreto los cálculos clave del juego, las listas de usuarios, la información de la comunidad y los contactos comerciales clave. Mientras se adopten medidas adecuadas para prevenir la divulgación durante todo el camino, es posible que la empresa mantenga para sí algunos secretos comerciales que ayudarán a que las ideas del videojuego no sean robadas o reproducidas. El principal motivo por el cual las empresas de videojuegos pierden secretos comerciales es el costo y las cuestiones de confianza asociadas con mantener esos secretos. Muy a menudo una pequeña empresa de videojuegos se inicia con un grupo de amigos que considera que estas medidas son innecesarias dado el alto nivel de confianza entre los fundadores. Aunque éste sea el caso, siempre es mejor asegurar la protección de recursos valiosos con las medidas adecuadas antes de que surjan problemas.

3.1.3 Marca

Mientras que los secretos comerciales ponen énfasis en mantener oculta la información de la empresa, la marca procura ponerla a disposición del público. De hecho, una marca es exitosa cuando al verla los usuarios reconocen en forma instantánea a la empresa y sus productos. Los logos de Xbox, PlayStation, Apple y Facebook son reconocidos inmediatamente, y los usuarios tienen pensamientos y sentimientos asociados con ellos. Ese reconocimiento y la asociación con una empresa en particular es la finalidad de la marca.

Después del derecho de autor, las marcas son probablemente la protección de propiedad intelectual más importante para las empresas de videojuegos, ya que una buena marca puede distinguir a una empresa y sus juegos respecto de otras, en la mente de los usuarios. La Ley Lanham es la primera normativa sobre marcas en Estados Unidos, y también regula la publicidad engañosa, la dilución marcaria y la infracción al derecho de marcas. Establece las reglas básicas que regulan el registro, las infracciones y las penalidades por dichas infracciones.

3.1.3.1 ¿Qué puede ser protegido por medio de una marca?

Las marcas más comunes están conformadas por una palabra, nombre, símbolo, gráfico o frase corta utilizadas comercialmente para identificar productos específicos



de una empresa. Marcas más exóticas, aunque raramente utilizadas, pueden consistir en aromas, sonidos o colores.¹³⁶ Las marcas comienzan a existir cuando son usadas comercialmente por una empresa para identificar sus productos o servicios. Para identificar una marca, la empresa de videojuegos solamente debe incorporar el acrónimo "TM" con formato superíndice después de la marca, de este modo: TM. De todos los tipos de derechos de propiedad intelectual, el derecho de autor es más fácil de invocar, porque <requiere únicamente la fijación de la obra. Con solo poner el acrónimo TM después de una palabra se está notificando al mundo de la existencia de derechos marcarios bajo el sistema del *common law*. Los derechos marcarios del *common law* derivan del uso de la marca en el comercio. A través de su uso comercial, las marcas comienzan a ser asociadas con una empresa, y quizás incluso con un producto o servicio en particular. Los derechos marcarios en el *common law* están regulados por leyes estatales, por lo que la marca no está protegida en todo Estados Unidos. La misma solamente está protegida en el área en el que está siendo usada. La posición es la misma en otros países que tienen un sistema jurídico basado en el *common law*, como Canadá, el Reino Unido, India o Australia, y en la práctica también en otros países (en Alemania, por ejemplo, se pueden obtener los derechos de una marca no registrada solamente por usarla en el curso de los negocios).

3.1.3.2 Ejemplos de marcas

Las marcas más fuertes son términos que solamente tienen el significado que la empresa les ha otorgado, como Xbox, Sony, Facebook, o Nintendo. Los términos, aisladamente, no tienen ningún significado. En otras palabras, la marca es más fuerte cuanto más imaginativa es.

Microsoft aprendió ciertas lecciones de un modo doblemente difícil en el contexto de los videojuegos. La primera vez fue justo antes del lanzamiento de la primera Xbox. La marca Xbox estaba siendo usada por otra empresa de *software* cuando Microsoft comenzó a promocionar la Xbox. Y para peor, la empresa competidora cotizaba en la bolsa, por lo que hubiera sido fácil encontrarla en una búsqueda estándar de marcas.¹³⁷ Claramente esto debió haber sido advertido mucho antes en el ciclo de lanzamiento, o incluso quizás debió elegirse otro nombre. Finalmente el caso fue conciliado extrajudicialmente y posiblemente le haya costado a Microsoft un monto sustancial de dinero.

La segunda y más reciente lección de marcas para Microsoft fue en 2003, con el juego masivo en línea que estaba planeando, *Mythica*. Uno de los juegos más populares en ese mercado, *Dark Age of Camelot*, fue creado por Mythic Entertainment. El potencial conflicto marcario era tan obvio que ni siquiera requería de una búsqueda, y podría haber sido descubierto con solo preguntar a alguien que estuviera familiarizado con el género. Ante el claro conflicto *Mythical/Mythic*, esta última inició un juicio contra Microsoft por violación de derechos marcarios.¹³⁸

Por esa época, se hizo famosa una cita de Mark Jacobs, quien estando en el E3 le dijo al jefe de diseño de Microsoft que Mythic denominaría a su próximo juego "Microsofta". Haya estado relacionado o no, Microsoft canceló todo el proyecto *Mythica* luego de que surgiera la controversia. Concilió el juicio con Mythic y acordó no utilizar el término "Myhtica" y abandonar las solicitudes de registro de "Mythica" como marca en Estados Unidos. Como parte del acuerdo, Microsoft también cedió los derechos respecto de las solicitudes internacionales de la marca "Mythica", como así también de los nombres de dominio asociados. La lección aquí es que la búsqueda de marcas no debería considerarse un costo adicional y superfluo para una empresa de videojuegos. Por el contrario, estas búsquedas son una parte esencial del procedimiento de registro, y los errores han costado en el pasado -y costarán en el futuro- literalmente millones de dólares y hasta podrían incidir en el fracaso de proyectos enteros.

3.1.3.3 Información sobre la marca

3.1.3.3.1 *Duración de la protección*

Las marcas pueden ser eternas. Mientras la marca sea utilizada comercialmente y las tasas sean pagadas, la marca puede existir para siempre. Hay algunas marcas en Estados Unidos, por ejemplo, que han sido utilizadas por más de 100 años.

3.1.3.3.2 *Procedimiento y costo en los EE.UU.*

En Estados Unidos, la marca puede ser registrada ante el gobierno federal para una protección más amplia y sólida. El registro es más complejo que el proceso de registro de derecho de autor, pero no tan complejo como el de una patente. Por este motivo, se suele hacer a través de un estudio jurídico con asistentes legales y abogados especializados en registro de marcas. El procedimiento debería comenzar con una búsqueda de marcas que examina fuentes en Estados Unidos, y quizás internacionales, para procurar determinar si otras empresas han utilizado la marca. Si otras empresas han utilizado la marca, entonces debe determinarse si la marca se ha utilizado en un campo relacionado. Con los resultados de esta búsqueda, la empresa puede decidir avanzar con el procedimiento de registro federal o reconsiderar la marca. A pesar de que este procedimiento es rutinario, a veces falla formidablemente, incluso respecto de empresas reconocidas.

Luego de la búsqueda de marcas, comienza el procedimiento de registro en la USPTO (Oficina de Patentes y Marcas de Estados Unidos). Esto demora menos de 1 año y cuesta aproximadamente US\$3.000, incluyendo la búsqueda inicial de marcas. Una vez que la marca ha sido registrada a nivel federal, el registro y cualquier litigio relacionado estarán regidos por la normativa federal. Para este momento, el registro es válido en todo Estados Unidos.



Las tasas para renovación de una marca actualmente son más bajas que las correspondientes al mantenimiento de patentes. Las mismas pueden variar dependiendo de en cuántas “clases” se registre la marca. Una clase puede entenderse como una categoría de productos. Al momento de escribir esas líneas, el costo para renovar una marca en una clase y presentar la correspondiente declaración de uso es de, aproximadamente, US\$600.

3.1.3.3.3 *Protección de las marcas*

Todas las marcas deberían estar acompañadas de los símbolos correspondientes. Debe usarse el símbolo TM para indicar si la marca está siendo utilizada en el comercio. Si el registro de la marca es exitoso, el solicitante podrá usar el símbolo ® luego de la marca, como una indicación de que la marca ha sido registrada en la USPTO u otra oficina nacional.

Las políticas respecto de las marcas son similares a las de otros tipos de derechos de propiedad intelectual. Una diferencia importante es que cuando la marca es usada por empresas no autorizadas, ello puede dañar realmente su valor. Si el uso no autorizado se generaliza, la marca corre el riesgo de “genericidio”, que ocurre cuando la marca pierde su valor. Esto pasó en Estados Unidos con marcas que eran mal utilizadas tan comúnmente que se convirtieron en palabras de uso común, como aspirina y termos. Ambas eran marcas en un momento, pero murieron como tales por el mal uso y la sobre popularidad.¹³⁹

3.1.3.3.4 *Penalidades por infracción*

Las penalidades por infracción marcaria pueden ser severas, y son similares a las infracciones al derecho de autor. Pueden incluir la destrucción de los productos en infracción si se los considera falsificados. Una orden judicial de cese de uso también es una opción. Como en el derecho de autor, el reclamo de daños y perjuicios por lucro cesante o basado en las ganancias ilegítimas también es posible. El cálculo de los daños y perjuicios para cada caso depende de las circunstancias particulares de la infracción.

3.1.3.4 Elección de una marca adecuada

Las marcas se dividen en cinco categorías, que permiten clasificar la fuerza relativa de la marca. La fuerza relativa de una marca es un indicador de su nivel de protección. Este nivel de protección debería contribuir al valor de la propiedad intelectual. Las cinco categorías de fuerza de una marca son fantasía, arbitraria, sugestiva, descriptiva y genérica. Véase la tabla 6 (abajo).

Las marcas *de fantasía* son las más fuertes. No tienen otro significado que el que la empresa haya asociado con ellas. Algunos ejemplos de marcas fantásticas son: Xbox, Bioware, NVIDIA, *Tetris* y Eidos.

Las marcas *arbitrarias* también son fuertes, pero menos que las de fantasía. Se trata de términos que no están asociados con un producto en particular hasta que la empresa lo hace. Un ejemplo de marca arbitraria es “Apple” (manzana) para computadoras, Android (androide) para un sistema operativo, o “id” para un estudio de desarrollo.

Las marcas *sugestivas* pueden ser términos comunes que sugieren el producto que representan, pero que no lo describen en forma directa. Éstas son las marcas más débiles para las cuales habitualmente se puede obtener protección. Algunos ejemplos de estas marcas son Electronic Arts (Artes Electrónicas) para un creador de videojuegos, Playstation (Estación de juego) para una consola de videojuegos, Sonic the Hedgehog para un puercoespín veloz, *Space Invaders* para un juego cuyos personajes principales son invasores del espacio, o *Centipede* para un juego referido a un ciempiés.

Las marcas *descriptivas* son extremadamente débiles. No son útiles, salvo que la empresa la hubiera usado tanto hasta adquirir lo que se conoce como “significado secundario”. El significado secundario se adquiere luego de una promoción y exposición pública extensas. Algunos ejemplos de marcas descriptivas incluyen Vision Center, para una tienda que se especializa en anteojos; o Computerland para una tienda de computadoras. Los términos *genéricos* son cosas tales como placa de video, controlador o videojuego. El término “genérico” es lo opuesto a una marca y jamás podría ser convertido en una marca, ni en Estados Unidos ni prácticamente en ningún otro lugar.

Tabla 6: Fuerza de una marca y categorías

Evaluación de la fuerza de una marca		
Categoría	Descripción	Ejemplo
De fantasía	Términos que no tienen significado más allá del dado por la empresa.	Xbox
Arbitraria	Términos que no habían sido asociados previamente con un servicio o producto determinado.	Apple (para computadoras)
Sugestiva	Términos que sugieren algo sobre el servicio o producto.	Electronic Arts
Descriptiva	Términos que simplemente describen el producto o servicio.	Computerland
Genérica	Palabras que describen genéricamente el producto o servicio; no pueden ser protegidas como marcas.	Videojuego



Debería resultar obvio que no se puede denominar a un videojuego y a una empresa desarrolladora: *Videojuego*, de “Empresa Desarrolladora de Videojuegos”. Esos términos son demasiado genéricos para convertirse en marcas. Fuera de la industria del videojuego hay ejemplos de marcas excelentes, que no tienen otro significado que el que les dio la empresa que las creó, tales como Exxon, Intervolve y Kodak. Al denominar una nueva empresa o producto, vale la pena tratar de crear una marca de fantasía o arbitraria. La mayor fuerza que la ley confiere a las marcas creativas es un fascinante ejemplo de cómo la normativa de propiedad intelectual respeta y promueve la creatividad.

3.1.3.5 Variaciones internacionales relevantes

Aunque las leyes de marcas son respetadas en la mayoría de los países, hacer cumplir los derechos marcas en el extranjero es muy diferente de hacerlo dentro de Estados Unidos. Por ejemplo, en algunos países de Europa se requiere el uso comercial de la marca, mientras que otros otorgan un período de gracia de determinados años. Además, el registro de una marca en Estados Unidos no implica que la marca pueda ser ejecutada en otro país; solamente significa que podrá utilizarse contra quien pretenda traer su producto a Estados Unidos con una marca similar.

Un fenómeno interesante que vale la pena tener en cuenta en el mercado externo es la Marca Comunitaria (MC, o CTM en inglés) que puede solicitarse en la Unión Europea.¹⁴⁰ Cuando se otorga una marca de este tipo, puede ser usada a lo largo de los 27 países miembros de la Unión Europea, y puede resultar una forma efectiva -en término de costos- para adquirir derechos marcas a lo largo de un amplio grupo de países. Sin embargo, existen complejidades y alternativas para este tipo de marcas que exceden el alcance de este capítulo. La alternativa más importante que debe ser analizada con el abogado de propiedad intelectual es la utilización del Sistema de Madrid de la OMPI¹⁴¹ para obtener protección internacional. En pocas palabras, este ámbito se complica muy rápidamente, por lo que si la empresa tiene productos y recursos suficientes como para considerar la protección internacional, debería asegurarse de tener un asesoramiento adecuado para obtener dicha protección.¹⁴²

3.1.3.6 Preguntas comunes sobre las marcas

¿Tengo que usar la marca comercialmente?

La efectiva utilización de la marca siempre es mejor para reforzar los derechos marcas, pero en Estados Unidos es posible adquirir esos derechos por un corto tiempo mediante el mero “intento de uso”. En 1988 la ley de marcas se modificó con la incorporación de este “intento de uso”. Antes de ello, una marca tenía que ser usada en el comercio; desde 1988 es posible solicitar un registro federal haciendo referencia a la existencia de un intento de uso de buena fe de la marca en el comercio.

Como se explicó más arriba, el uso comercial de una marca sin registro otorga a esa marca una protección bajo el *common law*. En este sentido, el uso efectivo de la marca ofrece una protección adicional a solicitar un registro haciendo referencia a un intento de uso. La ley de marcas otorga ciertas protecciones aquí, que incluyen la protección contra la infracción denominada “usurpación”.

¿Puedo permitir a los fans usar mi marca sin una licencia formal?

Esta práctica es habitual en la industria del videojuego, tanto para material protegido por derecho de autor como para las marcas. Las empresas de videojuegos habitualmente generan paquetes para sitios de fans, que incluyen materiales y condiciones de uso para esos materiales. Los usos permitidos se determinan en cada caso, y muchas veces no resulta viable económicamente atacar cada sitio web infractor que aparece. Las empresas de videojuegos también reconocen el valor publicitario de las comunidades de videojugadores. En pocas palabras, debe asegurarse de que los sitios de fans sepan cuáles son los usos aceptables para la empresa. Se debe ser tan claro como sea posible respecto de estas reglas, y procurar resaltar la importancia del reconocimiento. Por ejemplo, un kit para sitios web de fans podría incluir el reconocimiento legal para la marca. El aviso podría decir algo como “*Título* es una marca de EmpresadeVideojuegos” o “*Título* es una marca registrada de EmpresadeVideojuegos”. La situación se complejiza si existe un componente comercial sustancial en el sitio web o si el sitio está difundiendo información errónea que podría dañar las ventas del videojuego. En el primer caso, el sitio podría estar generando dinero mediante el uso de las marcas y, quizás, del material protegido por derecho de autor de la empresa creadora del videojuego. Como se mencionó más arriba, la acción apropiada, en su caso, dependerá de las circunstancias particulares. Una licencia negociada y/o una notificación de cese y desistimiento podrían ser alternativas para frenar usos no autorizados.

¿Puedo registrar como marca el título de mi juego?

La respuesta es “Sí”. Normalmente las marcas no se usan para proteger un título que será utilizado por un tipo de propiedad solamente. Recordemos que las marcas son el rótulo del origen de un producto. Las películas, los libros y otros tipos de productos creativos habitualmente requieren de algún tipo de extensión, como pueden ser elementos de mercadeo o una secuela. Sin embargo, existe una excepción a la regla general que aplica a la mayoría de los demás productos y servicios en Estados Unidos, según la cual la Oficina de Marcas de Estados Unidos permite que los títulos de videojuegos sean protegidos como marcas.¹⁴³

3.1.4 Patentes

El sistema de patentes de Estados Unidos proviene del Estatuto de Monopolios de Inglaterra de 1623, que procuró anular anteriores concesiones de monopolios reales,



pero preservó los derechos de los inventores por 14 años mediante el otorgamiento de “cartas de patentes” para “nuevos creadores”.¹⁴⁴ Más recientemente, las patentes en Estados Unidos tienen su origen en la Constitución. El artículo 1, § 8, cláusula 8, concede al Congreso el poder para “fomentar el progreso de la ciencia y las artes útiles, asegurando a los autores e inventores, por un tiempo limitado, el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos”. Desde entonces, la ley de patentes ha sido sometida -y lo sigue siendo- a revisiones a veces significativas.¹⁴⁵

Tradicionalmente, en la Unión Europea, las patentes eran manejadas por cada país en forma individual. En la actualidad, la Unión Europea está avanzando hacia un sistema de patentes unificado que se supone comenzará a funcionar en 2014 (aunque los detalles respecto de cómo funcionará todavía están siendo definidos al momento de escribir estas líneas).¹⁴⁶ En el ínterin, un solicitante puede obtener un paquete de patentes en varios países de Europa al mismo tiempo, bajo el Convenio sobre la Patente Europea.

Aunque son extremadamente importantes para ciertas empresas de *hardware*, *software*, herramientas de desarrollo y otras de *middleware*, las patentes no son usadas tan frecuentemente en el contexto de los videojuegos. Esto podría cambiar a medida que la industria evolucione, pero por el momento las patentes no son muy utilizadas por la mayoría de la industria del videojuego. A modo de ejemplo, anualmente en Estados Unidos se otorga una cantidad de patentes para la industria de videojuegos similar a la que se otorga para cepillos de dientes. De todos modos, cada año hay grandes litigios de patentes en videojuegos. Este incremento generó una gran carga para los desarrolladores, quienes frecuentemente tienen que asumir el costo de defensa cuando son demandados por violación de patentes conjuntamente con los editores.

3.1.4.1 ¿Qué puede patentarse?

En Estados Unidos, la Ley de Patentes define como potencialmente patentable a “cualquier proceso, aparato, producto o composición de materiales nuevo y útil”.¹⁴⁷ Los ejemplos incluyen aparatos, productos farmacéuticos, equipamiento médico, placas de video o una mejor trampa para ratones. Las patentes habitualmente no protegen a los videojuegos en sí, porque generalmente no cumplen con los criterios legales para ello. Sin embargo, existe un creciente número de patentes relacionadas con videojuegos, habitualmente en el área de *hardware*, distribución digital, redes y modos inventivos de juego.

A nivel internacional y en Europa la posición es similar, aunque con una salvedad fundamental para los videojuegos: es mucho más difícil patentar invenciones de *software* fuera de Estados Unidos. Por ejemplo, el Convenio sobre la Patente Europea prevé una compleja prohibición para patentes de *software* en la Unión Europea.¹⁴⁸ Otro punto a tener en cuenta es que algunos países admiten solicitudes para patentes

de menor relevancia conocidas como “modelos de utilidad”, “patentes menores” o “patentes de innovación”, que no existen en Estados Unidos. Estas alternativas son similares a las patentes “regulares”, pero protegen innovaciones menores por menos tiempo (y son más fáciles de obtener).¹⁴⁹

3.1.4.2 ¿Qué derechos confieren las patentes?

Un error común es pensar que la patente otorga el derecho para crear una invención, lo cual no es cierto. Al igual que en el caso del derecho de autor, las patentes confieren un derecho negativo, lo que significa que otorgan el derecho de evitar que otros realicen algo. En otras palabras, una patente confiere el derecho de evitar que otras personas hagan, usen, vendan o importen una invención. El titular de la patente no tiene obligación alguna de construir la invención patentada, pero puede evitar que otros lo hagan.

3.1.4.3 Información sobre patentes

En el ámbito de los derechos de propiedad intelectual, las patentes son quizás la forma más compleja de protección. Es importante comprender los detalles de esta forma de propiedad intelectual si se planea utilizarla en los negocios.

3.1.4.3.1 *Duración de la protección*

Las patentes tienen un ciclo de vida limitado que resulta relativamente corto si se lo compara con otras formas de propiedad intelectual. Un lector podría pensar que la fecha de vencimiento estaría impresa en el frente de la patente. Desafortunadamente, nada podría estar más lejos de la realidad. En la actualidad, las patentes por las que se han pagado las tasas de mantenimiento correspondiente son válidas por 20 años desde que son solicitadas. Antes de junio de 1995, este cálculo no era tan simple. Esas patentes más viejas eran válidas por 17 años desde el otorgamiento de la patente o 20 años desde su solicitud, lo que fuera más largo.¹⁵⁰ Y para complicar más el cálculo, es común que las patentes sean acortadas o extendidas por algún tiempo a través de diversos mecanismos. Es posible *estimar* el plazo vigencia de una patente viendo la fecha impresa en ella, pero es necesario un análisis completo de la historia y los documentos relacionados para determinar la fecha exacta de expiración.

3.1.4.3.2 *Procedimiento y costo en los Estados Unidos*

De todos los tipos de protección por propiedad intelectual, éste es el más largo y complicado. El procedimiento demanda entre 2 y 4 años e incluye la creación de todo el material escrito para la solicitud de patentes, incluyendo los gráficos relevantes. El procedimiento también incluye la realización de presentaciones regulares ante la Oficina de Patentes y el cumplimiento o la refutación de sus observaciones. Aunque



es posible transitar este procedimiento sin un abogado de patentes, es absolutamente desaconsejable hacerlo de ese modo.

Hay dos secciones principales que componen una patente. La primera se denomina especificación, y es la descripción narrativa que conforma gran parte del material escrito de una patente. Esta sección incluye los antecedentes del invento y el repaso del estado de la tecnología que permitió su invención. También incluye una descripción detallada del invento con gráficos y ejemplos. En teoría, cualquier persona que lea esta sección puede aprender todo lo que hay que saber sobre cómo hacer y usar el invento. Cabe recordar que la patente es un acuerdo con el gobierno: a cambio de compartir el conocimiento completo de la invención con el mundo, el titular de la patente obtiene un monopolio limitado sobre su invención.

La segunda sección principal es la correspondiente a las reivindicaciones. Se trata de oraciones numeradas que pueden encontrarse al final de una patente. Debe haber como mínimo una reivindicación, y no existe un límite tope; no obstante, en Estados Unidos a partir de la vigésima primera reivindicación se cobra una tasa adicional, por lo que es desalentada económicamente la incorporación de gran cantidad de reivindicaciones. Una patente promedio tiene entre 3 y 15 reivindicaciones. Las reivindicaciones constituyen la sección más importante de la patente porque describen exactamente qué protege la patente. De hecho, el uso de cualquier material incluido en la especificación y que no esté incluido en las reivindicaciones es entregado libremente al público. Es fundamental que las reivindicaciones de la patente describan adecuada y completamente el invento.

El costo de presentar una solicitud de patente varía, dependiendo de diversos factores. Estos factores incluyen la complejidad de la tecnología, la cantidad de patentes existentes en el rubro y la cantidad de material que la empresa pueda proveer al abogado de patentes. Si la tecnología es compleja, existen muchas patentes en el rubro y la empresa llama al abogado cada vez que se le ocurre una idea para agregar, el costo se incrementará. Un rango general de precios para la solicitud puede estar entre US\$15.000 y US\$30.000. Esto incluye el costo para presentar la solicitud y su seguimiento en la Oficina de Patentes. El costo también dependerá de la cantidad de observaciones -denominadas "acciones de la oficina"- que la Oficina de Patentes emita, y el tiempo que demore preparar la respuesta para estas observaciones.

Hay que tener cuidado con las empresas que ofrecen "presentar" una solicitud de patente por US\$2.000 o algún otro monto bajo. Hay al menos dos aspectos en los que estas empresas están ocultando costos. El primero es que habitualmente no incluyen las tasas de la USPTO. El segundo es que este tipo de estimaciones solamente suelen comprender la presentación de la solicitud de patente. El costo de la contestación de las observaciones de la Oficina de Patentes y la realización de otras

tareas para obtener la patente no está incluido. Es como si se dijera que el costo del paracaidismo es de \$200 pero no incluye el paracaídas.

La buena noticia es que los costos de las patentes se suelen distribuir a lo largo de todo el período de solicitud. Habrá gastos para preparar y presentar la solicitud, pero el pago por los trabajos vinculados con las observaciones de la Oficina de Patentes recién debe hacerse varios meses más tarde, cuando la solicitud ha sido analizada por la Oficina de Patentes. Incluso es posible, aunque improbable, que la solicitud avance directamente y se convierta en una patente.

Además de los gastos de la solicitud, hay otros costos vinculados con las patentes. Para mantener una patente ejecutable durante su vigencia, deben pagarse las tasas de mantenimiento a la Oficina de Marcas y Patentes de Estados Unidos. Estas tasas deben pagarse a los 3,5; 7,5 y 11,5 años desde el otorgamiento de la patente. Sus montos cambian frecuentemente y la mejor fuente de información respecto de las tasas es el abogado de propiedad intelectual. Si no se pagan las tasas, las patentes expiran y, cuando es posible, se requiere un gran esfuerzo revivirlas. La dificultad para revivir la patente depende del tiempo transcurrido desde que se debían las tasas y las circunstancias por las cuales no se pagaron.¹⁵¹ Es recomendable que la empresa planifique adecuadamente estos pagos y designe a una persona para que verifique su efectiva realización.

Fuera de Estados Unidos, también es esperable que los procedimientos de registro de patentes sean más largos, complejos y caros que otras formas de protección de la propiedad intelectual. También debe preverse que el procedimiento pueda tener importantes diferencias con el de los Estados Unidos. Por ejemplo, tradicionalmente, Europa sigue un criterio de “primer solicitante” (el primer solicitante de la patente es la persona que, como regla general, la obtiene y no el primero en inventar el objeto patentable). En marzo de 2013, en los Estados Unidos se adoptó un criterio de “primer solicitante” como estándar para la Ley América Inventa (America Invents Act), por lo que afortunadamente las diferencias están haciéndose cada vez menores. No obstante, es poco probable que alguna vez se logre una completa armonización.¹⁵²

3.1.4.3.3 Protección de las patentes

Si una empresa está violando los derechos de patentes de otra, el primer paso que debe seguirse es poner en conocimiento a esa empresa, mediante el envío de la patente y de una carta describiendo la potencial infracción. En algunos casos, las partes pueden acordar algún acuerdo de licenciamiento, pero en otros casos ello no es posible. Si las partes no pueden llegar a un acuerdo, el litigio podría ser el paso siguiente.



3.1.4.3.4 Litigios de patentes y penalidades por infracción a patentes

En términos generales, el litigio de patentes es un castigo en sí mismo para ambas partes. Incluso el ganador a veces lo logra a un costo muy grande de tiempo, dinero y otros recursos. El litigio de patentes es complicado y super especializado. No resulta sorprendente que sea caro y los gastos muchas veces superen los US\$2.000.000 en honorarios legales. Tampoco hay dudas de que será mucho más caro en el futuro.

Al ganar un juicio de patentes generalmente se obtienen dos remedios. En primer lugar, el titular de la patente puede obtener una orden que prohíba a la otra parte utilizar el invento. En segundo lugar, la empresa infractora puede ser condenada a pagar por los daños y perjuicios causados debido a la infracción y potencialmente regalías respecto de ingresos futuros.

3.1.4.4 Solicituds pendientes y provisionales de patentes en los Estados Unidos

El uso de la frase “patente pendiente” solamente es adecuado cuando la aplicación o aplicación provisional ha sido presentada en la USPTO o en otra oficina nacional de patentes. La identificación no es obligatoria, pero puede ser importante para probar el conocimiento y para calcular los daños potenciales por violación de la patente. Algunos incluso sostienen que esta identificación añade valor al producto a los ojos de los inversores y consumidores, y expresa un cierto nivel de sofisticación en el negocio.

En los Estados Unidos, las solicitudes provisionales de patentes suelen ser una opción atractiva para pequeñas y medianas empresas que posean una invención patentable. Estas solicitudes tienen un costo inferior al de las solicitudes estándar y mantienen la prioridad en la fecha para la invención. Además se asemejan a las solicitudes completas de patentes, con la diferencia que no serán examinadas por la USPTO sin una acción adicional por parte del inventor. El inventor tiene un año desde la presentación de la solicitud provisional para presentar una solicitud de patente estándar basada en la provisional. Si tiene éxito, el solicitante podrá usar la fecha de la solicitud provisional como fecha de invención. Finalmente, la fecha de vencimiento de la patente de todos modos se calculará desde el día en que se presentó la solicitud completa por lo que la empresa no sufrirá ningún recargo por haber presentado la solicitud provisional antes.

Es común que en sus inicios una empresa de videojuegos no tenga suficiente dinero, pero quizás tiene una o varias invenciones patentables que potencialmente pueden tener un gran valor. Esto es así particularmente en empresas de *middleware*. La empresa puede temer que los competidores se apropien de su invención y de todos modos querer comercializar el producto para obtener ingresos. Esta es potencialmente la situación ideal para una solicitud provisional de patente. Luego de presentar esta solicitud provisional, la empresa tiene tres aspectos cubiertos.

Primero, la invención se encuentra presentada ante la USPTO y se reservó la prioridad en la fecha. La empresa puede comercializar la invención sin miedo de perderla debido a alguna prohibición legal o a la copia de un competidor. Segundo, la empresa solamente ha gastado una mínima parte del costo de una solicitud completa de patente. Finalmente, la empresa puede utilizar esta solicitud pendiente como un valor adicional tanto para impulsar sus ventas como para obtener capital.

3.1.4.5 In validez de la patente

Hay dos circunstancias en las que la invalidez de la patente es particularmente relevante para la industria del videojuego. La primera se da cuando una empresa de videojuegos está tratando de obtener una patente emitida por la USPTO. La segunda se da cuando la empresa de videojuegos es demandada por el titular de una patente por infracción a dicha patente. En el primer caso, la empresa querrá acreditar que su solicitud de patente se refiere a una invención válida. En el segundo caso, la empresa deberá tratar de probar que la patente en virtud de la cual se la está demandando no se refiere a un invento válido. Éste aspecto del derecho de patentes es tremadamente complejo y las ideas expresadas en las secciones de más abajo deben ser consideradas como síntesis mínimas.

3.1.4.5.1 *Anticipación y obviedad*

Existen varios mecanismos que llevan a que una patente sea declarada inválida. Dos de los más frecuentemente debatidos son los denominados "anticipación" y "obviedad". La anticipación se verifica cuando las reivindicaciones de la patente pueden derivarse del estado del arte previo a la invención. Las reivindicaciones son los párrafos enumerados al final de la patente, que explican qué es lo que la patente protege o "reivindica". Cada una de las reivindicaciones tiene subsecciones, identificadas como pasos individuales, y esos pasos se denominan "elementos". Una manera fácil de pensar la anticipación es mediante esta idea: si aquello que infringe la patente después de obtenida existía antes de la patente, debió haberla anticipado. En otras palabras, la patente no puede ser válida si existe algo en el estado del arte previo que pueda infringirla. Esto significa que tiene que verificarse algo en el estado del arte previo que se acomode exactamente a cada aspecto de la reivindicación que se pretende invalidar.

El segundo motivo por el que las patentes son declaradas inválidas es la obviedad. En este caso, no es necesario que todas las partes de una reivindicación se puedan derivar de un único invento o publicación previos. Por el contrario, los inventos y publicaciones previos pueden ser utilizados en forma conjunta con el resto del conocimiento existente antes de la patente. El estándar en este caso es: con la información disponible ¿qué hubiera sabido y podido hacer una persona con habilidades comunes en la disciplina científica relevante? Un análisis simplificado



involucra tres pasos. Primero, ¿estaban todas las piezas del invento presentes? Segundo, ¿había una razón para poner esas piezas juntas? Tercero, ¿podía una persona con habilidades comunes poner todas esas piezas juntas para crear la invención patentada? Si se cumplen todos estos pasos, la patente es inválida por obviedad.

3.1.4.5.2 Plazo para presentación de patentes

En los Estados Unidos, antes de una reciente revisión a la normativa de patentes, se podían usar o vender las invenciones por el término de un año sin que fuese obligatorio presentar la solicitud de patente. Este plazo de gracia estaba muy desincronizado con las leyes de patentes a nivel internacional. Desde 2013, no existe más el plazo de gracia en los Estados Unidos. Los desarrolladores de videojuegos que deseen solicitar una patente deben hacerlo antes de que la invención sea usada, vendida o promocionada públicamente.

Como se mencionó más arriba, existen otros motivos, más allá de los discutidos en este capítulo, por los que las patentes pueden ser consideradas inválidas. Entre ellos se incluye el ocultamiento de información respecto de la Oficina de Patentes, la presentación de falsedades ante la Oficina de Patentes y diferentes cuestiones técnicas. Como siempre, el mejor consejo que puede darse más allá de comprender esta sencilla síntesis es consultar con un abogado de patentes, como así también las secciones más especializadas de este texto.

3.1.4.5.3 Motivos para presentar una solicitud de patente

Generalmente, la gente solamente considera la facilidad de su ejecución, el litigio y el licenciamiento como fundamentos para presentar una solicitud de patentes, pero hay muchos otros. En primer lugar, las patentes y las solicitudes de patentes constituyen un signo de sofisticación de la empresa. Las empresas muchas veces exigen pruebas concretas de la propiedad intelectual antes de acceder a protegerla en la negociación de contratos y licencias. Las patentes confieren a la empresa de videojuegos esa prueba concreta y seria. Como segunda cuestión, las patentes y las solicitudes de patentes modifican el valor de la empresa. Los inversores las consideran como activos sustanciales, especialmente cuando son mencionadas en acuerdos de licencia. Suponiendo que el resto de sus condiciones fueran iguales, el valor medio de una empresa que posee patentes será considerado mayor que el de una empresa que no posee patentes. En tercer lugar, las patentes y las solicitudes de patentes pueden incrementar el precio de los productos. El *software* y el *hardware* patentados o con patentes pendientes tienen un mayor valor en el mercado porque, por definición, no están disponibles en ningún otro lugar. El cuarto motivo a tener en cuenta es que la solicitud de patente crea una especie de fosa intelectual con una “bomba” respecto del estado del arte previo para quienes presenten solicitudes posteriores. Aun cuando

una solicitud publicada nunca sea aprobada, esa mera publicación por parte de la USPTO asegura que nadie puede perseguir a la empresa que la publicó y patentar el mismo invento. En quinto lugar, si la empresa de videojuegos es demandada por incumplimiento de alguna patente, el hecho de poseer patentes propias le permitiría reconvenir con fundamento en dichas patentes. Cuando dos empresas con carteras de patentes similares inician un litigio, la demandada habitualmente tiene fundamentos para reconvenir en virtud de su cartera de marcas. Estas reconvenencias elevan el costo de litigar contra empresas de videojuegos que tienen patentes. Por último, las patentes pueden ser usadas para hacer cumplir la ley en forma directa y para licenciamiento, pero ésta es una proposición muy larga, compleja y cara. De hecho, suele ser el último recurso y es por ello que solamente entre el 1% y el 2% de las patentes se ven envueltas en un litigio.¹⁵³ Los motivos mencionados más arriba constituyen usos mucho más comunes de las patentes.

3.1.4.5.4 Preguntas comunes sobre patentes

¿Qué puede identificar con la frase “patente pendiente” nuestra empresa?

Solamente se puede utilizar la frase “patente pendiente” cuando se ha presentado una solicitud o una solicitud provisional de patente ante la oficina nacional de patentes. Utilizar esta leyenda en un producto respecto del cual no se efectuó alguna de estas presentaciones podría determinar responsabilidad para quien lo haga.

Aunque la leyenda “patente pendiente” no confiere derechos a quien la usa, sirve para poner en conocimiento a potenciales infractores. Algunas empresas tienen la concepción equivocada de que esta frase debe incorporarse en cualquier invención. Sin embargo, en este caso no ocurre como con las marcas. Esta leyenda no garantiza los derechos del *common law*, como lo hace el símbolo TM. Además, si la patente no es otorgada, no corresponde mantener esta leyenda en el elemento no patentado. Como consideración final, en los Estados Unidos, poner la leyenda de “patente pendiente” en un producto respecto del que no se ha presentado una solicitud de patente constituye una violación del 35 USC (United States Code) § 292. Se prevén multas por identificar productos incorrectamente.

¿Cuál es la diferencia entre agentes de patentes y abogados de patentes en los Estados Unidos?

Como se puede apreciar por la información de este capítulo, el derecho de patentes es una especialidad legal compleja. No sorprende que la mayoría de los abogados que se dedican al derecho de patentes tengan títulos adicionales y estudios especializados. En el Reino Unido, para convertirse en un abogado de patentes se requiere de un proceso educativo diferente al de otros abogados. En los Estados Unidos, la carrera de derecho es igual para todos los abogados, y quienes deseen ejercer la profesión deben tomar un examen en el Colegio de Abogados.



Pero solamente los abogados de patentes deben aprobar un examen adicional, necesario para ser un “abogado de patentes registrado”. Este examen se refiere a la ley de patentes y, particularmente, a las reglas vinculadas con las solicitudes de patentes. Al examen lo toma la USPTO y puede ser rendido por abogados y no abogados. Un requisito para el examen es tener un nivel educativo universitario científico o técnico. El examen es difícil y en algunos años solamente fue aprobado por el 50% de quienes lo rindieron. Un abogado que lo aprueba es considerado un “abogado de patentes”. Quien no es abogado y aprueba el examen es un “agente de patentes”. Los agentes de patentes pueden ayudar a escribir solicitudes de patentes y otros materiales para presentar ante la USPTO, pero sus facultades son más limitadas que las del abogado de patentes registrado.

3.1.5 Derechos de publicidad y derechos morales

(i) Derechos de publicidad

Los derechos de publicidad a veces se consideran como propiedad intelectual, porque son derechos intangibles. Más aún, estos derechos son considerados en cualquier esfuerzo creativo que pueda utilizar la imagen de una persona. En términos generales, los derechos de publicidad son un conjunto de derechos que permiten a una persona controlar la distribución comercial de su propio nombre, imagen, apariencia, voz, u otra representación identificable de su personalidad. Es el derecho que permite a una celebridad, por un lado, cobrar por recomendar un cierto producto y, por el otro, evitar que un negocio se apropie ilegítimamente de una recomendación suya.

Al igual que los secretos comerciales, los derechos de publicidad están regulados por leyes estatales en los Estados Unidos. El estado relevante es en el cual vive la persona. No hay un procedimiento federal de registro o una ley federal para los derechos de publicidad. Estos derechos surgen de normativa estatal o algunos de casos de jurisprudencia que no se basan en normas escritas.¹⁵⁴ Cabe aclarar que existe regulación estatal en muchos de los estados responsables por el desarrollo de videojuegos en los Estados Unidos, incluyendo California, Nueva York, Texas y Massachusetts. Además, debe tenerse presente que algunos estados permiten que los derechos de publicidad pasen al patrimonio de una persona, por lo que pueden mantener su protección incluso después de la muerte.¹⁵⁵ Mientras que algunos estados no tienen derechos de publicidad post-mortem y la mayoría del resto los han limitado a un cierto número de años, el estado de Tennessee, donde nació Elvis Presley, tiene un derecho de publicidad perpetuo.

Los derechos de publicidad existen por diversos motivos de política regulatoria. Éstos incluyen la idea de que el derecho a la propia identidad está entre los derechos humanos fundamentales. También están estrechamente vinculados con el derecho a la privacidad, que protege a la persona de una exposición comercial no deseada. Existe una línea argumental adicional, que propone que los derechos de publicidad

previenen el fraude y las prácticas comerciales desleales que pueden derivarse de una falsa recomendación.

Los derechos de publicidad son importantes en el contexto de los videojuegos por algunas cuestiones. Primero, que una persona aparezca en un videojuego o lo publique habitualmente requiere de la autorización de esa persona. Lo mismo ocurre si se pretende usar la voz de esa persona o cualquier otra característica suya reconocible.¹⁵⁶ La falta de autorización de la persona puede terminar en una orden judicial otorgando una medida para frenar las ventas del videojuego y/o condenando al pago de daños y perjuicios a la persona cuya imagen fue utilizada sin consentimiento. Estos daños y perjuicios muy posiblemente tendrán un carácter punitivo por el valor que supone para el tribunal la defensa de prácticas leales para el licenciamiento de los derechos de publicidad en el mercado.

Al negociar derechos de publicidad, los términos más importantes de la licencia son el territorio, el plazo, el modo en que será usada la imagen, los costos y si la imagen será usada en publicidades.¹⁵⁷ Para la industria del videojuego del siglo XXI, será preferible una licencia mundial y perpetua, pero el costo de conseguir estos derechos tiene relación directa con su amplitud. Otra cuestión a tener en cuenta es si el desarrollador requerirá que la persona haga grabaciones de voz o de video. Generalmente, los honorarios por esto son adicionales a los de la licencia por el uso de la imagen.

Los licenciatarios potenciales deben también estar en conocimiento de que en los Estados Unidos la mayoría de las celebridades y actores son miembros de un sindicato de artistas denominado SAG-AFTRA.¹⁵⁸ Este sindicato impone requisitos adicionales por encima y más allá de los pagos a la celebridad. Como exigencia crítica, el sindicato requiere de ciertos pagos recurrentes por el uso de la celebridad y pagos al fondo de pensión y salud del sindicato.

Publicity rights of the kinds described above are unique to the US. Other countries around the world have developed publicity rights which on the whole arise from the same fundamental policy reasons, i.e. the human right to protect one's name and image coupled with the economic right to control their commercial exploitation, though the implementation of those policy reasons in law varies around the world.

Los derechos de publicidad del tipo descrito más arriba son propios de los Estados Unidos. Otros países han desarrollado derechos de publicidad que, si bien surgen de las mismas razones de política pública (es decir, el derecho humano a proteger el nombre y la imagen asociado con el derecho patrimonial a controlar su explotación comercial), han sido implementados legalmente de distintas maneras.

Por ejemplo, en los países de la comunidad del *common law*, entre otros el Reino Unido, el Canadá y Australia, los derechos de publicidad han sido creados por la



jurisprudencia¹⁵⁹, sobre la base de los derechos de privacidad y la infracción de usurpación. En otras palabras, fusionando el derecho del individuo a que su imagen no sea transmitida públicamente, con el derecho de impedir que se asocie su imagen con un producto sin autorización. No obstante, estos derechos no son ni cercanamente tan sólidos o detallados como en el sistema de los Estados Unidos (lo que quizás evidencia la reticencia de estos países en consagrarse a un sistema formal de derechos de publicidad). En otros países, incluyendo Francia,¹⁶⁰ Alemania¹⁶¹ y la República Popular de China,¹⁶² los derechos de publicidad son parte del derecho escrito, aunque una vez más el grado de protección varía considerablemente. La doctrina de los derechos morales (que se analizará más abajo) desarrollada en países de habla francesa y de la Unión Europea solamente tiene un impacto en los derechos de publicidad en la medida en que permite a una persona afirmar su derecho a ser reconocido como el verdadero autor de una obra.

En consecuencia, cuando se analice licenciar la imagen u otro uso marcario de personas fuera de los Estados Unidos, vale la pena tener en cuenta que resultarán de aplicación consideraciones similares -sobre todo la necesidad de obtener una licencia de la persona. No obstante, la forma precisa de cumplir con la normativa aplicable, los costos para hacerlo y las penalidades por infracción, variarán considerablemente de un país a otro.

(ii) Derechos morales

Los derechos morales son un concepto originado en los sistemas jurídicos de derecho civil de Francia y Alemania, y desde allí se extendieron, en parte gracias a tratados internacionales como el Convenio de Berna.¹⁶³ Los derechos morales son otorgados al autor de la obra i) para ser reconocido como el autor en ciertas circunstancias, por ejemplo, cuando se distribuyen copias públicamente; y ii) para objetar cualquier modificación de la obra o película que implique una distorsión o mutilación, o que resulte perjudicial para el honor o reputación del autor. Los derechos morales son, entonces, derechos vinculados con la protección de la reputación del autor. Son similares en algún sentido a los derechos de publicidad, pero no tan amplios, dado que se aplican únicamente a la obra del autor y no al autor en términos generales.

Corresponde efectuar algunas aclaraciones importantes respecto de los derechos morales. La primera es que son personales del autor y no pueden ser cedidos, transferidos o vendidos (aunque en contratos el titular de los derechos morales frecuentemente procurará entregarlos tanto como sea posible). La segunda es que el derecho moral debe ser declarado públicamente para ser utilizable (es por ello que en muchos libros que no son de Estados Unidos puede verse cierta leyenda al inicio, en el que se declaran los derechos morales del autor). La tercera es que el autor puede renunciar a sus derechos morales: consecuentemente, cuando hay una cesión, venta o transferencia de una obra protegida por derechos de autor, si el

contrato está bien escrito incluirá la renuncia del autor a cualquier derecho moral que pudiera corresponderle. Por último, los derechos morales no aplican a programas de computadora (lo que significa en la práctica el código, pero no las obras relacionadas tales como las ilustraciones). Para todo eso, es muy raro que los derechos morales puedan causar inconvenientes en el desarrollo de videojuegos.

3.1.6 Estrategia de propiedad intelectual 101

Al mirar las conclusiones, los derechos de propiedad intelectual son la sangre que da vida a la empresa. A continuación algunos consejos para proteger adecuadamente la propiedad intelectual en el día a día del negocio.

3.1.6.1 Relacionarse con un abogado experimentado en cuestiones de PI

A riesgo de sonar repetitivos, esto no puede dejar de decirse. Idealmente, debe buscarse un abogado que tenga experiencia en la industria del videojuego. Esta relación es el comienzo de la educación del equipo de desarrollo sobre los derechos de propiedad intelectual que rodean el proyecto de videojuego, y de la construcción de protecciones de esos derechos. Esta persona puede ayudar a los desarrolladores de cualquier tamaño a proteger su propiedad intelectual mediante la redacción y revisión de documentos, y del consejo legal. Tener una relación como ésta asegura que el desarrollador ha seguido los pasos correctos para adelantarse al comienzo del juego. También asegura el mejor asesoramiento posible caso a caso en la interacción con editores e inversores.

3.1.6.2 Protección de la PI por adelantado

Deben usarse las marcas adecuadamente, incluyendo la utilización del símbolo correspondiente (TM o ®) en documentos. Deben mantenerse los secretos comerciales, especialmente en la etapa de lanzamiento del juego, y comprender que compartir esos secretos puede comprometer su protección. Los editores y terceros entienden que los desarrolladores no pueden entregar todo: es esperable que se pueda responder que cierta información delicada es propietaria. Los desarrolladores pueden describir procesos en general sin dar detalles. Para obtener protección por derecho de autor y confirmación de fechas, los desarrolladores deberían escribir las ideas esenciales de diseño del juego en detalle, y conservar los bosquejos y primeras capturas de pantalla. Antes de lanzar las ideas a los editores e inversores, deben analizarse las posibilidades de patentamiento con el abogado. Finalmente, lo más importante: debe mantenerse un registro adecuado, que permita documentar los primeros actos posibles que evidencien titularidad, desarrollo y uso de la idea para cualquier tipo de derecho de propiedad intelectual.



3.1.6.3 Proteger los derechos de PI al lanzar un videojuego a editores e inversores

Los editores e inversores quieren limitar su exposición legal y muchos acuerdos de confidencialidad estándar son básicamente documentos unilaterales que protegen a la otra parte y no al desarrollador o su negocio. El equipo de desarrollo debería tener su propio acuerdo de confidencialidad, o un acuerdo de confidencialidad bilateral, y preguntar al editor o inversor si considerarían firmarlo. Esta negociación puede tomar algún tiempo y debe hacerse antes del día del lanzamiento. Es descortés y poco profesional esperar hasta el último minuto para presentar este documento. Es fundamental el asesoramiento de un abogado de propiedad intelectual para redactar un acuerdo de confidencialidad que proteja los intereses del desarrollador, y para descifrar el acuerdo de confidencialidad propuesto por la otra parte.

3.1.6.4 El procedimiento es complejo, pero se pueden obtener resultados

¿Por qué debería el desarrollador de videojuegos siquiera molestarse en comprender un procedimiento para proteger la propiedad intelectual que es tan complejo y que requiere de abogados como parte fundamental? Primero, porque un desarrollador de videojuegos que conozca este procedimiento puede realizar las preguntas adecuadas al negociar con asesores de propiedad intelectual, permitiendo así ahorrar tiempo y dinero a todos. Segundo, porque un desarrollador familiarizado con los derechos de propiedad intelectual puede reconocer los signos de peligro de infracción a la propiedad intelectual durante el proceso de desarrollo, y así evitar desperdiciar dinero en la creación de un personaje, historia o característica que puedan resultar infractores. Adicionalmente, la protección de la propiedad intelectual requiere de planificación y estructura dentro de la empresa desarrolladora. Cuando el desarrollador tiene conocimientos de propiedad intelectual está mejor preparado para comprender el asesoramiento en la materia y para implementar las estructuras de protección necesarias dentro de su empresa. Lo que es más importante, desde los contratos de obra por encargo con empleados, hasta los acuerdos de edición, estructuras de regalías y derechos sobre películas, todos los contratos y licencias que rodean un videojuego están relacionados con la propiedad intelectual. Aunque el desarrollador trabaje con abogados, la decisión final será suya y debe saber que la responsabilidad por proteger y vender el videojuego también lo es. Teniendo en cuenta todo lo expuesto en este capítulo, esa carga requiere de la comprensión de este tema extremadamente importante.

3.1.6.5 Estrategias para pequeñas empresas y desarrolladores individuales

Las pequeñas empresas y desarrolladores individuales deben concentrarse en opciones de bajo costo para proteger sus derechos de propiedad intelectual. Estas empresas habitualmente no cuentan con el personal o los recursos necesarios para elaborar una estrategia de propiedad intelectual. La mayoría ni siquiera tiene un

empleado asignado exclusivamente al desarrollo e implementación de una estrategia de propiedad intelectual.

Las opciones de bajo costo para la protección de la propiedad intelectual incluyen el simple registro del derecho de autor para los productos disponibles comercialmente. El plan también podría incluir el registro de las principales marcas de la empresa a nivel federal, para recibir la designación ®o, como mínimo, utilizar TM para obtener la protección del *common law*. La marca más importante de la empresa es habitualmente su denominación social o la combinación de denominación y logo. Los procedimientos de secretos comerciales también son relativamente baratos y fáciles de implementar para una pequeña empresa.

Las pequeñas empresas e individuos posiblemente no estén interesados en obtener protección internacional, pero esta opción debería ser considerada detenidamente por una empresa que distribuya sus juegos a través de Internet. Estas empresas tampoco estarán interesadas en la protección por patentes, salvo que dicha protección esté relacionada con el modelo de negocios principal, como ocurre con el desarrollo de *hardware*.

3.1.6.6 Estrategias para grandes desarrolladores y editores

Los desarrolladores y editores más grandes deberían implementar todo lo previsto en el plan de bajo costo para pequeñas empresas descrito más arriba, pero también deberían expandir la protección de su propiedad intelectual mediante la utilización de más recursos. Esto incluye registrar las marcas en el ámbito federal para todos los grandes títulos que saque la empresa. También podría incluir el registro internacional y el monitoreo de las marcas más importantes para la empresa. Los grandes editores y desarrolladores también deberían considerar presentar solicitudes de registros de derecho de autor diferenciales para la música y otros componentes protegibles asociados con el videojuego.¹⁶⁴

Un programa de propiedad intelectual mejorado podría incluir la creación de una cartera de patentes. Algunas empresas de videojuegos pagan bonos a los empleados que aportan ideas patentables y ayudan a completar el procedimiento de patentamiento. Después de haber desarrollado y/o adquirido una cartera de patentes, las empresas más grandes deberían considerar monetizar esta cartera mediante la búsqueda de socios de licenciamiento. Estas patentes pueden ser utilizadas como herramientas de negociación amistosa, para agregar valor a transacciones negociadas con socios o pueden ser utilizadas ofensivamente, para forzar a los competidores a pagar derechos de licenciamiento o a diseñar sus productos alrededor de la invención patentada.

Aunque son instrumentos legales puramente ofensivos, las patentes también tienen cierto valor percibido como defensivo. Este valor proviene del hecho de que los



litigantes suelen considerar a las empresas con una gran cartera de patentes como “amenazantes”. Es que una gran cartera de patentes usualmente indica que la empresa tiene recursos legales importantes y sofisticación. Por supuesto, también está la idea de que una empresa con una gran cartera de patentes podría reconvenir por violación de patentes en cualquier litigio en que sea demandada.

3.1.7 Tres puntos importantes

Hasta las más grandes empresas desarrolladoras y editoras de videojuegos pueden cometer errores triviales en la protección de su propiedad intelectual, que terminen costando montos significativos de dinero o, peor, los derechos sobre todo un videojuego. Estos errores muchas veces pueden ser evitados mediante un conocimiento introductorio de los derechos de propiedad intelectual y la relación con un abogado competente y experimentado. No adoptar estas medidas constituye el equivalente metafórico a dejar las puertas de la ciudad abiertas y permitir que ingresen los visigodos.

Los desarrolladores de videojuegos pueden seguir tres pasos para evitar caer en estas trampas potencialmente desastrosas de la propiedad intelectual. Primero, los desarrolladores -y especialmente las áreas que son más importantes para la creación de videojuegos- deben comprender básicamente la protección de la propiedad intelectual y qué significa para ellos. Las fuentes de información incluyen este capítulo, como así también la Guía sobre Derechos de Propiedad Intelectual de la Asociación Internacional de Desarrolladores de Videojuegos (IGDA).¹⁶⁵ Esta Guía fue escrita por un grupo internacional de abogados y desarrolladores de videojuegos con la finalidad de difundir información sobre propiedad intelectual en la comunidad de desarrollo de videojuegos.

Como segundo paso, los desarrolladores deberían tener un abogado con amplia experiencia en propiedad intelectual, especialmente en marcas y derechos de autor. Este abogado, que puede o no ser el mismo que asesore en otros aspectos del negocio, ayudará a configurar las estructuras internas más eficientes para proteger la propiedad intelectual. También puede ayudar, como se explicó a lo largo de este capítulo, en la negociación de la infinidad de contratos de videojuegos que están literalmente llenos de cláusulas relacionadas con la propiedad intelectual.

Tercero, los desarrolladores deben asegurarse de que sus empleados y contratistas suscriban los contratos necesarios para ceder todos los derechos de propiedad intelectual a la empresa. Estos tres pasos son necesarios para armar una defensa legal sólida alrededor de la propiedad de los videojuegos. No es exagerado afirmar que la vida y el futuro del videojuego dependen de esto.

Tabla 7: Derechos de PI en la industria del videojuego

La Tabla 7 (abajo) muestra las diferentes formas de propiedad intelectual con algunos de los detalles importantes que deben conocerse para implementar una estrategia de propiedad intelectual.

PI en la industria del videojuego	Patentes	Marcas	Secretos comerciales	Derechos de Autor
Duración	20 años	Perpetua	Perpetua	70-120 años
Costo	Alto	Medio	Medio	Bajo
Facilidad de obtención	Difícil	Media	Media	Fácil
Uso	Raro	Habitual	Habitual	Habitual
¿Registro?	Sí	Recomendado	No	Recomendado cuando es posible
Cobertura	Media	Reducida	Amplia	Amplia



CAPÍTULO 4

LICENCIA DE PI PARA VIDEOJUEGOS

4.1 Introducción

A lo largo de la evolución de la industria, los desarrolladores han incorporado licencias para ayudar a distinguir sus videojuegos, y con la esperanza de atraer a una mayor audiencia mediante la utilización de marcas reconocidas y un modo de juego más realista. En general, los desarrolladores basan los videojuegos en propiedad intelectual de su titularidad, creada originalmente por los desarrolladores, u obtienen contenido de titularidad de terceros como estudios cinematográficos, ligas deportivas,¹⁶⁶ autores, revistas de *comics* y fabricantes de juguetes, a través de contratos de licencia. Habitualmente, un desarrollador o editor¹⁶⁷ (a los efectos de este capítulo ambos serán identificados como "licenciatario") puede pretender incorporar propiedad licenciada en su videojuego de distintas formas, que incluyen: 1) basar el videojuego en la propiedad intelectual de un tercero (por ejemplo una película,¹⁶⁸ un libro o un juguete)¹⁶⁹; y/o 2) incorporar en el videojuego propiedad intelectual de titularidad de terceros para darle más realismo al jugador.¹⁷⁰

La propiedad intelectual licenciada consistirá habitualmente en material sujeto a derecho de autor y marcas asociadas con una marca particular. El licenciatario puede tener interés en basar el videojuego en propiedad intelectual licenciada por entender que su valor resultará en un mayor reconocimiento de los usuarios cuando se lance el videojuego. Por ejemplo, si el videojuego se basa en la historia de una película de próxima aparición¹⁷¹ o en un show televisivo exitoso.

En otros casos, el licenciatario puede querer incorporar licencias como parte del videojuego, aunque no necesariamente en sus aspectos más relevantes, a fin de hacerlo más realista. Por ejemplo, un licenciatario podría querer usar autos, aviones u otras señales identificables, aunque solo se trate de un aspecto del videojuego. En este contexto, el licenciatario debería pagar mucho menos que si el juego estuviera basado en la propiedad intelectual subyacente, aunque muchos aspectos del contrato serán iguales.

Para el licenciante, la asociación con un videojuego también trae consigo posibles beneficios. Además de los ingresos potenciales de parte de los licenciatarios, la inclusión en un videojuego tiene otros beneficios que incluyen publicidad y promoción minorista para las marcas dirigidas al consumidor de videojuegos.¹⁷²

Tradicionalmente, el licenciamiento en videojuegos se ha enfocado en las plataformas históricas de consolas y PC. Sin embargo, las oportunidades surgen rápidamente hasta para las nuevas plataformas como el licenciamiento móvil. Por ejemplo, *Angry Birds* de Rovio, fue seguida relativamente rápido por *Angry Birds: Star Wars*.

El exitoso juego *Temple Run* de *Imangi Studios*, ahora incorpora la imagen de atletas, como el olímpico Usain Bolt. Y uno de los juegos móviles más exitosos de 2012, el juego de carreras denominado *CSR Racing*, de *Natural Motion*, incorporó una serie de autos deportivos licenciados por sus fabricantes. En la plataforma móvil y en línea, así como en PC y consolas, los licenciatarios pueden apelar a los elementos licenciados para distinguir sus videojuegos de otros, en mercados cada vez más saturados.

Cuadro 3: Licencias de películas

Las licencias de películas asociadas con videojuegos han sido una parte importante de la industria por más de 30 años, con resultados variados. Algunos videojuegos licenciados se convirtieron en grandes éxitos mientras que otros fueron grandes decepciones, aunque el éxito o fracaso de un videojuego depende de una cantidad de razones, incluyendo la mala crítica (tanto del videojuego como de la película, en su caso).

Con el incremento en los costos de desarrollo, combinado con la retribución por licencias, los posibles acuerdos de promoción, el corto tiempo de desarrollo para cumplir con la fecha de lanzamiento de la película, las limitaciones a la creatividad para licenciatarios y la importancia creciente de crear propiedad intelectual original, actualmente los licenciatarios parecen menos interesados en atar los videojuegos de consolas y de PC a licencias de películas. Además, como el ciclo de desarrollo de un videojuego puede ser de entre 18 y 24 meses, el licenciatario podría tener que decidir si firmar un contrato para obtener los derechos de una película habiendo revisado solo un primer borrador del guion, lo cual lo pone en una posición riesgosa. Sin embargo, aun con mala crítica, a un videojuego basado en una película podría irle bien debido a la fuerza de la marca. Dado que los editores confían más en sus propias marcas, y por otros motivos vinculados con su relación con los licenciantes, en las plataformas de consolas se advierte una menor tendencia a permitir que los elementos licenciados sean los partícipes principales de los videojuegos. Como los editores confían más en sus propias marcas y debido a otros problemas relacionados con los licenciantes, es posible que se dependa menos de las propiedades licenciadas para llevar al público hacia las plataformas de consolas. De todos modos, derechos de licenciamiento más bajos podrían determinar que se interesen licenciatarios de otras plataformas, tales como móviles y tabletas.

Las licencias de películas tienden a ser cíclicas, pero se vieron muy pocas asociadas con los últimos grandes lanzamientos de videojuegos.

Un famoso accidente de licenciamiento -aunque se debió a un videojuego mal desarrollado- ocurrió con la versión de la película ET de 1982. El juego fue desarrollado en 5 semanas, en vez del ciclo normal que hubiera sido de 6 a 8 meses, para cumplir con las entregas de Navidad. Fue lanzado para la Atari 2600 con resultados tan desastrosos que llevaron, poco tiempo después, a la quiebra de Atari y a una profunda depresión en la industria de los videojuegos.¹⁷³

Before deciding on whether a license would be desirable, a licensee must consider a number of factors including:

Antes de decidir sobre la necesidad de una licencia, el licenciatario debe considerar ciertos factores, que incluyen:

1. ¿Quién es el titular o controla los derechos de la licencia?
2. ¿Tiene el licenciatante un programa de licenciamiento? ¿Maneja las inquietudes internamente o a través de un agente?



3. ¿Qué presupuesto tiene el licenciatario? ¿Ha tenido en cuenta los costos de licenciamiento que incluyen adelantos, garantías, regalías y un compromiso de promoción?
4. ¿Se justifica incluir la licencia en el videojuego considerando, por un lado, los potenciales costos de licenciamiento y, por otro, las potenciales ventas adicionales que generará?
5. ¿Qué derechos desea obtener el licenciatario? ¿Permitirá el licenciante que el licenciatario modifique la propiedad licenciada para el juego?
6. ¿Tendrá la licencia reconocimiento mundial?
7. ¿Hay suficiente tiempo como para contactar al licenciante, negociar un acuerdo o acuerdos (podría ser necesario un memorándum de entendimiento) e incorporar las licencias en el videojuego antes de la fecha prevista para el lanzamiento?
8. ¿Qué restricciones impondrá el licenciante que puedan, en su caso, afectar el desarrollo y promoción del videojuego?
9. ¿Cuáles serán los principales términos comerciales, incluyendo derechos otorgados, plataformas, ámbito territorial, plazo, exclusividad o no exclusividad, consideraciones y aprobaciones?
10. Aspectos comerciales y de promoción adicionales: i) ¿cómo estarán las condiciones del mercado para el tipo de videojuego planeado por el licenciatario cuando sea lanzado?; ii) ¿existen actualmente videojuegos similares en el mercado? ¿Cómo distinguirá el licenciatario su videojuego?; y iii) ¿se verá modificado el precio del videojuego debido a las licencias?

No todos los usos de las marcas o materiales requieren una licencia, porque la propiedad intelectual puede estar comprendida dentro de alguna de las excepciones previstas en los Estados Unidos, como la protección de la Primera Enmienda,¹⁷⁴ el fair use, la parodia, el uso incidental y los materiales en el dominio público, por mencionar algunas (por supuesto, las excepciones disponibles dependen del país cuyo sistema legal resulte de aplicación al uso de la propiedad intelectual en cuestión, por parte del licenciatario). Sin embargo, el licenciatario debe ser muy cuidadoso al determinar si un elemento de propiedad intelectual debe estar licenciado o no, dado que una decisión incorrecta puede derivar en enormes costos de defensa contra cualquier reclamo. El litigio, válido o no, puede ser muy oneroso.

Dependiendo del resultado del litigio o acuerdo, el licenciatario puede: i) ser obligado al pago de daños y perjuicios (incluyendo ingresos obtenidos por cualquier uso concreto de la propiedad intelectual sin licencia); y/o ii) dejar de vender el videojuego

en controversia; y/o iii) rediseñar el juego para evitar cualquier infracción que pudiera demorar su lanzamiento e incrementar los gastos; y/o iv) en caso de estar disponible, celebrar un contrato de licencia cuyos términos podrían ser desfavorables.¹⁷⁵

Más aún, habrá inconvenientes adicionales si un juego es objeto de reclamos por infracción cuando ya fue publicado en un sistema de consolas o una plataforma de distribución digital, dado que dichos reclamos podrían derivar en una violación del contrato de licencia con el fabricante de la consola o del contrato de distribución. En consecuencia, antes de usar propiedad intelectual de terceros, el licenciatario debe discutir estos aspectos con un experto legal en derechos y autorizaciones de propiedad intelectual. Adicionalmente, la legislación varía entre países y lo que puede ser legalmente aceptable en un país podría no serlo en otro.¹⁷⁶

4.2 El contrato de licencia: el contrato detallado

En caso de que el licenciatario decida incluir propiedad licenciada en el videojuego y se determine que se requiere una licencia, será necesario celebrar un contrato que deberá regular como mínimo los derechos conferidos, la duración del plazo para explotarlos, el modo en que podrán ser explotados, los costos relacionados con la obtención de la licencia incluyendo posibles adelantos, garantías y regalías, las aprobaciones, declaraciones y garantías e indemnizaciones.¹⁷⁷

Los términos y condiciones del contrato dependerán del uso que el licenciatario quiera hacer de la propiedad intelectual licenciada. Por ejemplo, si el videojuego está basado en la licencia de una película, el titular de los derechos sobre la película exigirá mucho más control sobre la explotación y procurará adelantos y regalías más elevadas en comparación con lo que pueda pretenderse de una marca que aparezca en el videojuego sin un papel preponderante.

En la mayoría de los casos, el licenciante redactará el contrato e incluirá términos favorables a su posición, como es de esperar. Quien redacta un contrato siempre tiene una ventaja inicial dado que puede incluir todas las cláusulas que requiera y en términos favorables a su posición. Por lo tanto, será responsabilidad del licenciatario requerir adiciones y supresiones al contrato. Más aún, salvo que el licenciante tenga experiencia en la industria de videojuegos y de videojuegos móviles, podría haber omitido cláusulas específicas requeridas por el licenciatario. Es por ello que resulta importante que el abogado del licenciatario revise el contrato e incluya cuestiones relevantes para el licenciatario, tales como la titularidad de propiedad intelectual como el código fuente, devoluciones, previsiones relativas al cálculo de regalías que son específicas de la industria del videojuego y cuestiones vinculadas con la explotación del videojuego luego del plazo.

La siguiente sección de este capítulo se enfoca en los principales aspectos del contrato de licencia por el cual se incorpora una licencia sobre la cual se basa el



videojuego. La mayoría de los puntos serán relevantes para cualquier tipo de contrato de licencia, pero habrá algunas diferencias, que serán remarcadas a lo largo del capítulo.

4.3 Principales aspectos de los contratos de licencia

4.3.1 La propiedad licenciada

En esta sección, las partes definirán la naturaleza de la propiedad licenciada que será usada en el videojuego, como así también cualquier material asociado con la explotación del videojuego (por ejemplo, la promoción). Es muy importante que las partes definen claramente la propiedad, dado que el licenciatario puede pretender limitar la definición lo más posible, mientras que el licenciatario pretenderá que sea lo más amplia posible. Cualquier derecho no incluido expresamente en el contrato quedará reservado por el licenciatario (habitualmente esta previsión se incluye en forma expresa) y si más adelante el licenciatario quiere adquirirlo, deberá pagar una retribución adicional por ello.

Cuando se licencian derechos sobre un libro o un libro de *cómics*, el licenciatario querrá, como mínimo, obtener derechos sobre el título, los logos, la historia, imágenes, personajes y la posibilidad de usar el nombre del autor al publicitar el videojuego.

Cuando se trata de elementos como juguetes, aviones o autos, el licenciatario también querrá obtener los derechos necesarios para usar la “apariencia” del elemento en el videojuego, incluyendo los diseños y marcas asociados específicamente con el elemento.¹⁷⁸

El licenciamiento de películas es habitualmente más complicado de negociar por la posibilidad de que existan varias partes asociadas con la propiedad.¹⁷⁹ Un licenciatario interesado en la propiedad de una película querrá, como mínimo, hacer un videojuego basado en la historia, pero que incorpore el título y logo, los personajes (incluyendo las voces y la imagen de los actores, si fuera posible), la temática, imágenes y escenarios; como así también el derecho a usar la música de la película.¹⁸⁰ Desafortunadamente, los derechos a los actores, la música e incluso al material fílmico real, quizás de una película anterior, podrían implicar costos adicionales para el licenciatario, debido a que los derechos del videojuego podrían no haber sido asegurados por el licenciatario. En general, un licenciatario exigirá estos derechos al negociar sus acuerdos con los actores, pero es posible que debido a los costos adicionales no los haya asegurado.

Aunque los consumidores esperan que los elementos de la película sean parte del videojuego, puede ocurrir que estos costos adicionales determinen que no valga la pena la inversión del licenciatario y, por lo tanto, el videojuego no tenga la imagen o la voz grabada de un actor. Además, en muchos casos el licenciatario puede requerir grabaciones de voz específicas para el videojuego, por lo que podría ser mejor celebrar un contrato independiente con el actor para obtener esos servicios y los derechos

correspondientes. Más aún, si el actor es miembro de un sindicato, el licenciatario debe ser muy cuidadoso sobre cómo proceder, dado que celebrar un acuerdo con un actor sindicalizado en los Estados Unidos puede derivar en consecuencias para el licenciatario que no solo involucran al videojuego en desarrollo, sino también a otros proyectos futuros.¹⁸¹

Cuadro 4: Licenciando hipotéticamente

LICENCIAMIENTO HIPOTÉTICO

SkyVision Productions (“SVP”) quiere crear un videojuego de carreras, pero no está segura de en qué dirección orientarlo; sin embargo, estuvo considerando incorporar varias propiedades licenciadas que incluyen a los fabricantes de autos. Antes de tomar una decisión, SVP deberá considerar:

1. ¿Quién es el titular de o controla los derechos para licenciar los autos?
2. ¿Cada fabricante de autos tiene un programa de licenciamiento para licenciar sus autos? Si lo tiene, ¿maneja las oportunidades de licenciamiento internamente o a través de un agente?
3. ¿Qué presupuesto tiene SVP para pagar licencias?
4. ¿Se justifica incluir licencias en el videojuego considerando, por un lado los potenciales costos de licenciamiento que podrían incluir adelantos, garantías y regalías y, por el otro, las potenciales ventas adicionales que generaría?
5. ¿Qué autos están siendo considerados para el juego? ¿SVP quiere solamente autos actuales o modelos antiguos?
6. Si el videojuego se vende en todo el mundo, ¿qué fabricantes de autos querría incluir SVP para atraer a una audiencia mundial? ¿Hay marcas específicas en Europa o Asia que podrían añadir una atracción adicional al videojuego para estos mercados?
7. Además de los derechos a los autos, ¿qué otros derechos quiere obtener SVP? (por ejemplo logos, conductores). En caso de que se requieran derechos adicionales, ¿quién controla esos derechos?
8. ¿Hay suficiente tiempo para contactar a los fabricantes de autos, negociar acuerdos (podría ser necesario un memorándum de entendimiento) e incorporar las licencias en el videojuego antes de la fecha prevista para el lanzamiento? ¿Podrían añadirse nuevos autos al videojuego como contenido descargable, luego de su lanzamiento? ¿Cuánto dura el proceso de aprobación?
9. ¿Qué restricciones impondrán a SVP los fabricantes de autos que puedan, en su caso, afectar el desarrollo y promoción del videojuego? Por ejemplo, ¿se permitirán choques? ¿Pueden ser remodelados los autos?
10. 1)¿Cuáles serán las principales condiciones comerciales, incluidos los derechos otorgados, plataformas, ámbito territorial, plazo, exclusividad o no exclusividad, consideraciones y aprobaciones?

Aspectos comerciales y de promoción adicionales:

1. ¿Cómo estarán las condiciones del Mercado para el tipo de videojuego planeado por SVP cuando sea lanzado? Cuán exitosos han sido los juegos de carreras en los últimos años? ¿Han funcionado mejor en algunas plataformas que en otras?
2. ¿Hay en el mercado videojuegos de carreras competitivos, que podrían dificultar la venta del videojuego de SVP? En caso de haberlos, ¿cómo se distinguirá el videojuego de SVP de los demás? y
3. ¿Se verá modificado el precio del videojuego debido a las licencias?



Las ligas de deportes son en cierto modo únicas, ya que aunque el licenciatario podría desarrollar un videojuego de deporte en equipos sin una licencia, su éxito sería extremadamente bajo. La mayoría de los fans quiere licencias que les permitan jugar con su equipo favorito y controlar a sus jugadores preferidos. Para hacerlo de este modo, el licenciatario debería obtener una licencia tanto de la liga de deportes, que controla los derechos de los nombres de los equipos, logos, uniformes, y logos de la liga, como de la asociación de jugadores, que los representa y licencia el uso de sus nombres e imágenes. Por lo tanto, el licenciatario debería negociar dos contratos separados, cada uno con diferentes garantías y regalías. Sin embargo, los ingresos potenciales pueden ser extremadamente lucrativos: videojuegos como la serie de fútbol *FIFA*, de EA o la serie de fútbol americano *Madden* (en ambos casos con amplias licencias de sus respectivos deportes) están entre los más rentables de la industria.

4.3.2 Derechos otorgados

En esta sección, el licenciante especificará los derechos otorgados al licenciatario y si se trata de derechos exclusivos o no. Casi siempre, estos derechos están condicionados a que el licenciatario cumpla con sus obligaciones en los términos del contrato. Como mínimo, el licenciatario debe tener derecho a desarrollar, fabricar, vender, distribuir (sea directa o indirectamente a través de distribuidores tales como fabricantes de consolas, distribuidores digitales u operadores móviles), comercializar, promover y publicitar el videojuego en el territorio licenciado (que puede estar limitado a determinados países o ser mundial, dependiendo de lo que se haya acordado) durante el plazo y el período de liquidación posterior, si lo hubiera. Como parte de este otorgamiento de derechos, el licenciatario requerirá la facultad de alterar la propiedad, sujeta a la aprobación del licenciante.

Los derechos enunciados precedentemente serán condicionales y requerirán de la aprobación del licenciante. Hasta qué punto el licenciante hará valer sus derechos de aprobación variará dependiendo de la función específica que desarrolle el licenciatario. Por ejemplo, el desarrollo y la promoción del videojuego serán supervisados de cerca por el licenciante, de acuerdo con el procedimiento de aprobación, para asegurarse de que el desarrollo y promoción del juego es consistente con la orientación de la propiedad licenciada.¹⁸²

Por el contrario, el licenciante no debería supervisar tan estrechamente las ventas y la producción. Respecto de las ventas, aunque el licenciante no puede determinar el precio del videojuego, estará interesado en que no caiga a un nivel que pueda generar la percepción en los consumidores de que el valor de la propiedad está diluido porque el precio del videojuego es inferior al de otros títulos similares. Si bien los precios de los videojuegos caerán con el tiempo, e incluso antes de lo esperado, si el videojuego no se vende según lo proyectado, una forma en la que el licenciante puede protegerse

es requiriendo una regalía mínima por cada unidad vendida. Sin embargo este enfoque puede ser difícil o imposible en videojuegos móviles o gratis, en los que los ingresos pueden estar estructurados de un modo distinto al tradicional, y el licenciatario puede no estar en condiciones de dar una garantía por unidad aun cuando los ingresos totales resulten considerables.

Sin embargo, es importante que el licenciatario mantenga el control sobre el desarrollo y la explotación de la propiedad, dado que es quien estará en mejor posición para entender el mercado, por tener la experiencia. Si bien los licenciantes deben tener derechos de aprobación respecto del desarrollo del juego, deben conferir a los licenciatarios la libertad de crear el juego, lo que puede implicar conferirles una mayor libertad de acción para usar la propiedad licenciada de la que habitualmente otorgan a otros terceros.

La sección de derechos también permitirá especificar si los derechos otorgados son exclusivos o no. En la mayoría de los casos en que la propiedad es la base del juego subyacente, el licenciatario pretenderá adquirir derechos exclusivos para la categoría de videojuegos, lo que incluye a todas las plataformas.¹⁸³ Esta decisión generalmente dependerá del tipo de licencia requerida, de cómo será incorporada la propiedad en el videojuego, y del presupuesto del licenciatario. Una licencia exclusiva será más costosa para el licenciatario, aunque en algunas situaciones sería contraproducente que el licenciatario pueda licenciar la misma propiedad a diferentes licenciatarios.

Por ejemplo, probablemente no sería una buena idea que existan varios videojuegos basados en una película *Spiderman* desarrollados por diferentes licenciatarios, salvo que el licenciatario original no pudiera desarrollarlo para ciertas plataformas. Y aun así, lo esperable sería que otros licenciatarios se ocuparan de adaptar el videojuego licenciado a otras plataformas, en vez de crear uno enteramente nuevo y hacer competir videojuegos basados en la propiedad intelectual de *Spiderman*.

Las licencias no exclusivas son comunes, pero suelen estar relacionadas con situaciones en las que la propiedad licenciada es solo un elemento del juego y no la base para el juego (por ejemplo, autos o alguna propiedad de algún deporte). Los fabricantes de autos habitualmente licenciarán los vehículos para una cantidad de videojuegos, pero podrían otorgar exclusividad sobre ciertos modelos a un licenciatario.

Si la propiedad licenciada servirá como base para un juego, como una película, el licenciatario debería requerir el derecho para hacer videojuegos basados en secuelas, precuelas o series de televisión. Si el licenciatario invertirá millones de dólares en un videojuego, además de generarle beneficios económicos al licenciatario, también debería beneficiarse del éxito del videojuego mediante un derecho de opción para futuros videojuegos. En caso contrario, el licenciatario podría considerar que no vale la pena invertir tiempo y dinero en un videojuego basado solamente en una película.



Y que la misma inversión será mejor utilizada en crear su propia propiedad intelectual. Si las partes acuerdan una opción respecto de futuras películas, es igual de importante que negocien los términos comerciales de esos derechos cuando celebran el contrato original, porque de lo contrario el licenciatario podría encontrarse en una posición de negociación vulnerable.

4.3.3 Plataformas

Luego de acordar sobre la propiedad que será licenciada, lo siguiente es definir para qué plataformas estará habilitado el licenciatario a desarrollar y distribuir el videojuego.¹⁸⁴ Cuantas más plataformas sean licenciadas, más alta será la retribución por licenciamiento, dado que el videojuego debería vender más unidades y generar así más ingresos, lo que finalmente afectará la garantía.

El licenciatario debe saber que las plataformas no licenciadas a un licenciatario pueden ser licenciadas a terceros. El licenciatario, desde su posición, querrá que la propiedad sea explotada en tantas plataformas como sea posible, para generar regalías adicionales.

Si un licenciatario no tiene la capacidad para desarrollar videojuegos para ciertas plataformas, es posible que el licenciatario quiera licenciar esas plataformas a otro licenciatario. Esta situación puede ser delicada, dependiendo de las plataformas otorgadas al licenciatario, dado que el videojuego desarrollado por un licenciatario y recibido deficientemente podría afectar adversamente a otro licenciatario, ya que un consumidor podría no distinguir entre diferentes licenciatarios y plataformas. Por otro lado, un videojuego bien recibido puede ayudar a futuros lanzamientos. En definitiva, el licenciatario primario (es decir, quien paga la retribución más alta por el licenciamiento) deberá coordinar con el licenciatario el cronograma de lanzamiento del videojuego en las diferentes plataformas, para asegurarse la oportunidad de lanzar su juego primero. Aunque es poco común, el licenciatario primario podría requerir que la otra parte no pueda lanzar su juego hasta una fecha acordada (“período de retención”).¹⁸⁵

Dependiendo de la extensión del plazo, los aspectos relativos a plataformas y tecnologías futuras pueden ser puntos de discusión entre licenciatario y licenciatario. La mayoría de los licenciantes puede sentir incomodidad al otorgar derechos sin comprender el modelo de negocios de plataformas futuras, por temor a que una licencia que no contemple todos los factores económicos pueda derivar en la subvaluación de la propiedad para una plataforma particular. Como resultado, la mayoría de los licenciantes querrá restringir la aplicación de la licencia a plataformas futuras no mencionadas específicamente en el contrato, con la esperanza de obtener más ingresos en el futuro por la venta de derechos para esas tecnologías, aunque cualquier repetición futura de una plataforma actual estará habitualmente incluida

entre los derechos otorgados. Además, en el contrato generalmente se especificará que los derechos no mencionados específicamente quedarán reservados al licenciatario.

Si las tecnologías futuras no están contempladas en el contrato, el licenciatario debería requerir un derecho de primera negociación y, quizás incluso, un derecho de rechazo final para procurar asegurarse esos derechos durante un plazo. El derecho de primera negociación obliga al licenciatario a negociar de buena fe con el licenciatario, durante un cierto tiempo, una licencia sobre los derechos en consideración. En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, entonces el licenciatario quedará habilitado para negociar y celebrar un acuerdo con terceros por esos derechos. El derecho de rechazo final que también se puede denominar “última negociación”, confiere al licenciatario una oportunidad adicional de adquirir los derechos mediante la igualación o mejora de las condiciones de un acuerdo que el licenciatario hubiera negociado con un tercero. Los licenciantes pueden ser renuentes a otorgar derechos de última negociación, dado que podrían perjudicar sus negociaciones con otras partes, que sabrán que podrían no obtener los derechos si alguien tiene la posibilidad de igualar su oferta.

4.3.4 Territorio y plazo

El licenciatario debería requerir derechos mundiales con facultades para sublicenciar la distribución en ciertos territorios y la posibilidad de distribuir el videojuego en cualquier idioma. Los países comprendidos en cada territorio deberían ser claramente definidos, dado que ello elimina potenciales conflictos con derechos y la asignación de regalías, que podrían variar de acuerdo con el territorio.

Respecto del plazo, el licenciatario necesitará contar con un tiempo suficientemente extenso para explotar el videojuego y cualquier derecho accesorio (por ejemplo, guías de estrategia) a fin de obtener ganancias. Cuanto más largo sea el plazo, más elevada será la garantía mínima, en virtud de las ventas adicionales anticipadas, aunque las ventas claramente se reducirán en los años subsiguientes.¹⁸⁶ Los plazos deben comenzar con la firma del contrato o de una carta de intención para que el desarrollo pueda comenzar inmediatamente, dado que el tiempo será crítico si las partes quieren lanzar el videojuego antes de una fecha determinada, como podría ser el estreno de una película o el comienzo de una temporada de deportes. Algunos acuerdos permiten que los plazos comiencen con la firma del contrato y se mantengan por una cantidad de años desde el lanzamiento del videojuego. Estas previsiones serían favorables al licenciatario, pero pueden implicar un problema para el licenciatario, salvo que se acuerde una fecha independiente para el lanzamiento del videojuego, a fin de evitar que el plazo se extienda indefinidamente. Por ejemplo, un plazo podría comenzar con la firma del contrato y continuar por un período de 3 años desde



el lanzamiento del juego, pero en ningún caso extenderse más allá de una fecha acordada.

Los licenciatarios deberían también considerar la posibilidad de una opción de prórroga que les permitiría, durante un tiempo predeterminado, notificar al licenciante la extensión del plazo para explotar los derechos sobre el videojuego. Sin embargo, en muchos casos el licenciante no estará dispuesto a permitir una opción de esta naturaleza. Por ejemplo, un estudio de cine posiblemente no quiera extender la licencia para un juego basado en una película si está planeando lanzar una secuela, dado que ello podría interferir con los futuros acuerdos referidos a la secuela. La existencia de un videojuego previo podría reducir el valor de la licencia del videojuego siguiente. Para evitar quedar en una posición de negociación desventajosa, el licenciatario debería negociar las garantías, adelantos y tasas de regalías que serán aplicables a la prórroga en el momento de negociar el contrato original. En caso contrario, si la propiedad licenciada originalmente hubiera excedido las expectativas, el licenciante podría quedar en una posición mucho más fuerte para imponer los términos.

4.3.5 Retribución por la licencia

Los costos asociados con la obtención de la licencia, además de los derechos otorgados, son los aspectos más relevantes que deberán negociar las partes. En algunas licencias es intensa la competencia para adquirir los derechos de determinada propiedad, y deriva en altos costos para el licenciatario. Cuantos más derechos requiera el licenciatario, más elevada será la retribución que el licenciante exigirá. El costo de obtener una licencia variará, pero dependerá enormemente de los siguientes factores:

El tipo de propiedad. Si la propiedad está basada en un libro famoso o la secuela de una película taquillera, entonces las regalías mínimas garantizadas serán más elevadas, dado que se percibirá que existe poco riesgo de fracaso comercial.¹⁸⁷

1. ¿Es la propiedad el fundamento subyacente para el videojuego o solo constituye uno o varios elementos en el juego?
2. ¿Qué se incluye como parte de la propiedad? Si es una película, ¿incluirá la música, los actores?
3. El interés en la propiedad por parte de otros potenciales licenciatarios;
4. la extensión del plazo;
5. el territorio;
6. las plataformas requeridas;

7. la proyección de ventas del videojuego basadas en el precio mayorista y las regalías proyectadas;
8. exclusividad o no exclusividad;
9. el porcentaje de regalías que, dependiendo del monto, podría afectar el adelanto y/o garantía; y
10. ¿existe un requerimiento de acuerdo de promoción que podría impactar en la garantía, adelantos y el porcentaje de regalías?

Salvo en el caso de acuerdos promocionales cruzados, los licenciantes requerirán una garantía mínima, que el licenciatario deberá pagar al terminar el plazo contractual. Esta garantía asegura que, con independencia de lo bien o mal que le vaya al videojuego, el licenciatario recibirá una suma fija de dinero por los derechos otorgados al licenciatario.¹⁸⁸ Si el licenciatario no cubre el monto garantizado mediante la combinación del pago de adelantos (que seguramente serán requeridos por el licenciatario) y regalías, deberá pagar la diferencia al finalizar el plazo.

En algunos casos, cuando la propiedad licenciada no es la base del juego, las partes pueden acordar un pago por única vez al licenciatario. Desde el punto de vista administrativo, esta alternativa es más conveniente para el licenciatario, dado que elimina la necesidad de emitir liquidaciones. No obstante, añade cierta incertidumbre para las partes respecto de la determinación del valor de la licencia y, por consiguiente, de la retribución pagada por los derechos. Un licenciatario podría preocuparse por haber pagado en exceso si el videojuego rinde poco, y el licenciatario puede sentir que fue mal remunerado si el videojuego excede las expectativas.

El monto mínimo garantizado variará dependiendo de varios factores, que incluyen las regalías acordadas, las ventas proyectadas, la popularidad de la licencia y las condiciones actuales del mercado. Pero en muchos casos, el poder de negociación de las empresas será el factor más importante. El punto de referencia para la garantía suele ser entre el 30% y el 50% de las ventas proyectadas, pero puede ser mayor o menor dependiendo de la propiedad. Aunque el licenciatario tenga excelentes argumentos para justificar que la garantía y otros pagos sean a una cierta tasa, si hay otros interesados en la misma propiedad, el licenciatario tendrá una ventaja para negociar mejores términos.

El licenciatario también requerirá ciertas medidas de protección, sobre todo cuando la licencia se basa en una película de próxima aparición, que en algunos casos pueden ser difíciles de obtener dependiendo de las partes y de la propiedad licenciada. Por ejemplo, puede requerir garantías de que la película será estrenada en cierta fecha, dado que el cronograma de desarrollo del videojuego se basará en dicho estreno. Además, podría requerir un compromiso del licenciatario respecto de la promoción y distribución en cines de la película. Si el licenciatario no cumple con estas



garantías potenciales, podrían verse reducidas las garantías o regalías, o incluso se podría rescindir el contrato.

Generalmente, el licenciatario requerirá que como parte de la garantía mínima se le paguen adelantos, recuperables pero no reembolsables, a cuenta de futuras regalías. Estos adelantos se devengarán en etapas, desencadenadas por fechas y/o eventos determinados. El monto de los adelantos variará, pero habitualmente el licenciatario requerirá un pago contra la firma y otro durante el desarrollo y/o al lanzar del videojuego, con la previsión de una fecha límite para el caso de que el videojuego no cumpla con el cronograma previsto. Los adelantos serán no reembolsables por lo que, salvo que el licenciatario hubiera violado el contrato, podrá mantenerlos incluso si el licenciatario no pudiera recuperar esos montos.

El licenciatario deberá pagar, además del mínimo garantizado y los posibles adelantos, una regalía (es decir, una suma de dinero que puede ser un porcentaje o un monto fijo) basada en las ventas netas por cada unidad vendida o fabricada (o por cada elemento interno del juego que se comercialice).¹⁸⁹ La ventas netas generalmente se definen como los ingresos brutos del licenciatario por la explotación de todos los aspectos del videojuego (es decir, por las ventas, contenido descargable, publicidad dentro del juego, en caso de estar permitida), menos las deducciones permitidas.¹⁹⁰

Las tasas de las regalías dependerán de los derechos requeridos, de la popularidad de la propiedad licenciada y de los compromisos económicos que asuma el licenciatario. También podrían variar dependiendo de: i) la plataforma, dado que las regalías son más elevadas en plataformas en las que no hay retribución para "primeras partes" (por ejemplo, juegos de PC); y ii) los medios de distribución, ya que podría haber menores costos en la distribución digital. Por ejemplo, si se compara con la tasa de regalías por distribución en comercios minoristas, la tasa para la distribución de videojuegos para plataformas digitales o móviles puede ser más elevada, porque no hay costos de fabricación.¹⁹¹ Más aún, las regalías pueden variar en el tiempo, dependiendo del éxito del videojuego: las partes pueden acordar una escala móvil de regalías según la cual el porcentaje se incremente cuando se incrementen las ventas. Por ejemplo, pueden acordar un 10% de regalías para todas las primeras 300.000 unidades del videojuego vendidas en una determinada plataforma, y de un 11% para las unidades vendidas por encima de dicha cantidad.¹⁹²

Gran parte de las negociaciones estará relacionada con el modo en que deben calcularse las regalías. En general, el licenciatario estará habilitado a realizar las siguientes deducciones de los ingresos brutos para calcular las ventas netas: i) gastos menores por servicios de terceros vinculados con la distribución del videojuego (por ejemplo, los que perciben los operadores móviles o los fabricantes de consolas por la distribución en sus plataformas); ii) impuestos a las ventas y costos de envío; iii) concesiones tales como protección de precios y devoluciones, descuentos

por cantidad, reembolsos, rebajas, devolución de cargos y tributos estatales. Generalmente se admitirán este tipo de concesiones, pero se insistirá en que tengan un tope, y que todo aquello que supere ese tope no pueda ser deducido. Algunas deducciones podrían no estar permitidas en todas las plataformas y, por lo tanto, no serían aplicables para calcular las regalías. Por ejemplo, la protección de precios no sería relevante para la distribución móvil.

Además, generalmente los licenciantes no admitirán que el licenciatario deduzca gastos por la fabricación, venta, distribución, promoción, cuentas incobrables o diferencia de cambio. Con el incremento de los costos en los videojuegos de consolas, éste es un aspecto respecto del cual el licenciatario podría intentar presionar para recuperar algunos gastos, aunque a la fecha es muy poco común que pueda deducirlos.¹⁹³

4.3.6 Problemas de titularidad

El licenciante pretenderá que los derechos de propiedad intelectual respecto de todos los materiales derivados de la propiedad licenciada para crear el videojuego sean de su titularidad. Por ejemplo, si el licenciatario hubiera creado nuevos personajes y/o historias para el videojuego, el licenciante pretenderá ser el titular de los derechos sobre esas creaciones. El contrato habitualmente establecerá que las obras creadas por el licenciatario serán consideradas “obras por encargo”, un concepto del derecho de autor de los Estados Unidos según el cual el licenciante es el titular de los derechos y no el licenciatario, de acuerdo con el contrato de licencia,¹⁹⁴ (aunque como se explicó en el Capítulo 2.2.2 esto no siempre resulta aplicable y puede ser necesaria una formulación específica de cada jurisdicción).

Se preverá que si los tribunales no considerasen aplicable el régimen de la obra por encargo, el licenciatario deberá ceder (es decir, transferir) al licenciante todos sus derechos sobre los materiales que hubiera creado, en forma perpetua y mundial. Más aún, para el caso de que no se considere válida la obra por encargo y la cesión, el contrato preverá una licencia perpetua, mundial y libre de regalías para el licenciante. En todos los casos, el licenciante habitualmente podrá utilizar libremente los materiales creados por el licenciatario por cualquier medio y sin necesidad de pagar ningún tipo de compensación al licenciatario, incluso luego de finalizado el plazo del contrato.

Mientras el licenciante será el titular de los derechos sobre todas las obras derivadas de la propiedad intelectual licenciada, el licenciatario podrá retener la titularidad del código fuente y de las herramientas utilizadas para crear el videojuego que hubiera desarrollado o respecto de la cual tuviera una licencia.¹⁹⁵ Es fundamental que el licenciatario mantenga la titularidad o el control de estos materiales, porque podrían



ser utilizados en proyectos futuros. Dado que el licenciatario en la mayoría de los casos no se dedica a la creación de videojuegos, esto no debería ser un problema.

4.3.7 Liquidaciones y auditorías

En cualquier esquema de licenciamiento que involucre pagos al licenciatario, el licenciatario deberá proveer liquidaciones que contengan los ingresos generados por las ventas del juego y las deducciones permitidas, de modo tal que se puedan determinar los pagos que debe recibir el licenciatario. Generalmente, el licenciatario emitirá las liquidaciones cada cierto tiempo acordado por las partes y, conjuntamente con cada liquidación, pagará las regalías que surjan de ella. La información requerida en las liquidaciones variará dependiendo de lo que negocien las partes, pero el licenciatario habitualmente deberá indicar la cantidad de unidades vendidas durante el período (por ejemplo, trimestralmente) separadas por país o territorio (por ejemplo, América del Norte, América Latina, Europa, Asia), en cuyo caso debería resultar claro para las partes qué países integran cada territorio. Además, de la liquidación deben surgir: i) los ingresos del licenciatario durante el período contabilizado (es decir, los ingresos brutos); ii) los ingresos netos del licenciatario durante el período contabilizado, que resultarán de deducir de los anteriores los adelantos pagados al licenciatario, protección de precios, devoluciones, etc.; y iii) los socios que pudieran haber distribuido el videojuego en una plataforma particular (es decir, operadores de telefonía móvil y distribuidores digitales).¹⁹⁶

Los licenciantes requerirán el derecho de auditar libros y registros del licenciatario para verificar la exactitud de las liquidaciones. Si bien el licenciatario debería tener el derecho de auditar, es importante que ese derecho se encuentre limitado, porque la falta de parámetros puede convertir una auditoría en un procedimiento muy costoso -en tiempo y en dinero- para el licenciatario, aun cuando las liquidaciones hubieran sido correctas. En definitiva, las partes deben negociar las condiciones y los límites temporales específicos para la auditoría. El licenciatario, por su parte, querrá limitar la cantidad de auditorías que puede realizar el licenciatario (habitualmente, una por año), el lugar en que debe llevarse a cabo (generalmente la sede social del licenciatario), el horario (durante horas hábiles), la extensión y quién deberá llevarla a cabo, luego de haber firmado un acuerdo de confidencialidad.

Es importante que el auditor comprenda el negocio de los videojuegos para no desperdiciar tiempo y dinero durante la auditoría. El licenciatario puede requerir que el auditor sea un contador público, trabaje para un estudio contable grande y no dirija la auditoría sobre una base contingente.

El auditor requerirá acceso a todos los libros y registros que permitan determinar las regalías debidas al licenciatario. Dado que esto puede significar una gran cantidad de documentación, el licenciatario debe insistir en reducir el alcance de los registros

requeridos por el auditor. Como mínimo debería requerirse al auditor que, antes de comenzar la auditoría, entregue un listado con los documentos que necesitará, de modo que el licenciatario pueda prepararlos y, en caso de considerar que alguno no resulta relevante, realizar las observaciones correspondientes.

Más aun, el licenciatario debería procurar restringir el plazo durante el cual las liquidaciones pueden ser impugnadas. Por ejemplo, podría tratar de limitar a 1 o 2 años el derecho del licenciatario a impugnar una liquidación. Toda cuestión que excede los 2 años suele implicar una carga administrativa para el licenciatario, no solo por el hecho de tener que guardar los registros, sino también porque el personal de administración y finanzas puede haberse desvinculado de la empresa, lo que redunda en una mayor dificultad para explicar las liquidaciones. Entonces, si bien el licenciatario debe aceptar que las liquidaciones puedan ser impugnadas dentro un plazo determinado, puede incluir una previsión que indique que si en plazo no reciben impugnaciones se considerarán aceptadas y, salvo fraude, no podrán ser cuestionadas luego.

Impugnar una liquidación puede plantear complicaciones adicionales. Cuando se trata de un error obvio, como por ejemplo un simple error de cálculo, no debería haber inconvenientes en que el licenciatario pague al licenciatario la diferencia derivada del error.¹⁹⁷ Sin embargo, en la mayoría de los casos, las liquidaciones son impugnadas por discrepancias en las deducciones permitidas. Por lo tanto, resolver estas impugnaciones se convierte en un desafío. Como mínimo, los auditores del licenciatario deben entregar al licenciatario una copia del informe de auditoría dentro de un plazo, explicar las discrepancias contables y permitir que el licenciatario explique los supuestos errores. En muchos casos, la explicación sobre cómo se determinaron los ingresos netos permite arribar a una solución. Todas las deducciones deben estar respaldadas por la documentación adecuada, ya que en caso contrario será difícil para el licenciatario responder los cuestionamientos del auditor del licenciatario.

Si las partes mantienen sus discrepancias, deberán negociar un acuerdo. Una diferencia sobre una liquidación de regalías, sobre todo cuando es importante, puede generar problemas en la relación de las partes. Por lo tanto, cualquier cuestión debe ser resuelta en forma oportuna. En caso de que las partes deban negociar un acuerdo, es importante que el licenciatario deje aclarado que no tiene nada más que reclamar al licenciatario por liquidaciones comprendidas en la auditoría, para evitar la amenaza de un potencial litigio.

Otro aspecto a considerar es la responsabilidad por el pago de la auditoría. Habitualmente, la parte que realiza la auditoría es quien asume el costo, pero esto puede cambiar si se encuentran errores en las liquidaciones que exceden determinados porcentajes de las sumas pagadas. El rango varía, pero generalmente se encuentra entre el 5% y el 10%.



En caso de que la parte auditada (es decir, el licenciatario) hubiera cometido un error, deberá pagar los gastos de la auditoría. Ahora bien, aunque en este caso el licenciatario será responsable por la auditoría, es importante establecer limitaciones a su responsabilidad. Primero, el licenciatario procurará que el porcentaje que determine su responsabilidad sea el más alto posible, y podría incluso requerir la determinación de un monto mínimo en dólares. Por ejemplo, las partes podrían acordar que el licenciatario pague la auditoría en caso de que el error contable sea de al menos un 10% y de al menos US\$5.000. Si el error implica una diferencia de US\$3.000, entonces el pago de la auditoría seguirá a cargo del licenciatario. Segundo, las partes deben acordar qué gastos serán susceptibles de reembolso. Debe tratarse de gastos reales y razonables en que pueda incurrir el auditor. Además, deben considerar si los gastos incluyen no solo los costos de realizar la auditoría, sino también los viáticos y gastos de alojamiento del auditor, en su caso.

4.3.8 Declaraciones y garantías

Las declaraciones y garantías son críticas para el licenciatario, porque sin ellas estaría tomando riesgos desconocidos en su intento de explotar la propiedad intelectual licenciada en un videojuego. El licenciatante, por su parte, procurará obtener declaraciones y garantías recíprocas del licenciatario respecto de la distribución y promoción del videojuego, como así también respecto de cualquier nuevo material creado por el licenciatario.

Para el licenciatario, las declaraciones y garantías constituyen promesas del licenciatante en las que confía para obtener la licencia. Sin estas garantías, el licenciatario podría estar en riesgo de posibles demandas relativas a la titularidad del material licenciado. En general, el licenciatante procurará limitar su exposición mediante la limitación de las declaraciones y garantías. El licenciatario, por su parte, debe insistir en que el licenciatante provea la protección y garantías necesarias para avanzar con el desarrollo y distribución del videojuego, sin preocuparse de que los materiales entregados por el licenciatante puedan originar litigios por violación de derechos de propiedad intelectual.

El licenciatante debe otorgar al licenciatario las declaraciones y garantías necesarias, porque está en una mejor posición sobre el conocimiento de temas de autoría y porque el licenciatario está pagando regalías y garantías mínimas en base a estas afirmaciones. Si bien el licenciatante querrá limitar su exposición, el licenciatario debería obtener, como mínimo, las siguientes declaraciones y garantías:

- (i) que el licenciatante es el titular o controla los derechos que son licenciados al licenciatario, de modo tal que el licenciatario podrá explotar la propiedad licenciada según lo previsto en el contrato;¹⁹⁸

- (ii) que la propiedad licenciada no viola ni violará derechos de terceros, incluyendo derechos de autor, marcas, derechos de publicidad, privacidad o patentes;¹⁹⁹ y
- (iii) que no existen litigios pendientes o potenciales que involucren la propiedad licenciada y que la celebración del contrato por parte del licenciatario no viola ningún otro contrato.²⁰⁰

El licenciatario también requerirá declaraciones y garantías del licenciatario, incluyendo que el videojuego y todos los elementos que contiene, como el *software* usado para su desarrollo y cualquier material de promoción, salvo la propiedad licenciada, no violan derechos de terceros. Esto incluye infracciones al derecho de autor, marcas, patentes, derechos de publicidad y privacidad. Esta cláusula es la más importante para el licenciatario, dado que en general es quien tiene mayores recursos y seguramente será codemandado en cualquier demanda de propiedad intelectual relacionada con el videojuego, aun cuando el material licenciado no sea objeto del litigio. El hecho de que el licenciatario esté relacionado con el videojuego será suficiente para que el tercero lo demande desde un principio. Ante el temor de que el licenciatario pudiera no tener recursos suficientes, el licenciatario habitualmente le requerirá que contrate un seguro que cubra los gastos asociados con la defensa de reclamos por infracciones.²⁰¹ El licenciatario también podría requerir las siguientes declaraciones y garantías adicionales al licenciatario:

- (i) que no existen juicios pendientes o potenciales contra el licenciatario;
- (ii) que el licenciatario es una entidad legal válida, sea una corporación o una sociedad limitada;
- (iii) que los videojuegos serán de alta calidad (aunque esto es muy subjetivo);
- (iv) que no dañará, utilizará incorrectamente o afectará la reputación de la propiedad licenciada;
- (v) que no incurrirá en gastos por cuenta del licenciatario;
- (vi) que cumplirá con todas las leyes y regulaciones relativas a la venta, promoción y cualquier otra forma de explotación del videojuego;
- (vii) que mantendrá contratos adecuados para la distribución del videojuego en todo el territorio;
- (viii) una clasificación determinada;
- (ix) que no existen defectos sustanciales, virus, gusanos, caballos de troya, bombas de tiempo o contenido oculto que pueda afectar negativamente el videojuego. Esta declaración es única para videojuegos, dado que el licenciatario no quiere ser afectado por la mala publicidad en caso de que hubiera elementos desconocidos o daños ocultos en el videojuego.

Más aún, el licenciatario podría requerir al licenciatario que realice esfuerzos comerciales razonables para lanzar el videojuego, en al menos una plataforma, en una fecha acordada e incluso que asuma un compromiso de comercialización.²⁰²



Si el licenciatario debe acceder a estos requerimientos, es importante que incorpore previsiones en el sentido de que no será responsable por demoras en el lanzamiento del videojuego ocasionadas por la demora del licenciatario en el cumplimiento de sus obligaciones, incluyendo la entrega de los materiales y las aprobaciones previstas en el contrato.

4.3.9 Indemnización

Además de formular declaraciones y garantías, las partes también deben garantizar que en caso de violación del contrato -incluyendo una declaración y garantía-, la parte que hubiera formulado la declaración y garantía (parte indemnizadora o indemnizante) deberá indemnizar a la otra parte (parte indemnizada o indemnizatoria), por cualquier daño que le hubiera ocasionado la acción o el producto de la parte indemnizadora.

Esta cláusula, básicamente, protege a la parte cumplidora contra reclamos de terceros por supuestos incumplimientos del contrato. Las mismas preocupaciones que surgen en la relación entre desarrollador y editor deben ser tratadas en cualquier contrato de licencia, a saber:

- (i) qué reclamos quedarán comprendidos en la obligación de indemnizar;
- (ii) qué será pagado por la parte indemnizadora, incluyendo pero sin limitarse a los daños de terceras partes, gastos legales y honorarios;
- (iii) cuándo será exigible el pago (por ejemplo, después de una sentencia firme, una vez que se han agotado las instancias de apelación);
- (iv) hasta dónde deberá involucrarse con un reclamo la parte indemnizada, incluyendo cuándo deberá notificar a la parte indemnizadora la existencia del reclamo; y
- (v) cómo se manejarán los acuerdos.²⁰³ Las partes procurarán limitar sus obligaciones de indemnizar mediante la limitación de los reclamos cubiertos bajo esta cláusula, los tipos de daños y el monto de los daños.²⁰⁴

Debido a la creciente amenaza de litigios relacionados con videojuegos, y a la preocupación de que los licenciatarios no tengan los fondos necesarios para ejercer la defensa en juicios muy costosos, los licenciantes les han requerido la contratación de seguros de Errores y Omisiones ("E&O") que cubran este riesgo.²⁰⁵

Los seguros de E&O cubren fundamentalmente ante reclamos por uso no autorizado de derechos de autor y marcas, invasiones a la privacidad o a los derechos de publicidad y difamación. Si el licenciatario contrató un seguro de E&O, la compañía aseguradora será responsable por el pago de cierto monto de los daños o del acuerdo al que se arribe en el litigio, sujeto a las deducciones correspondientes, los topes previstos en la póliza,²⁰⁶ como así también al derecho de la compañía a colaborar en la determinación de la defensa legal del licenciatario.²⁰⁷ A modo de ejemplo, supongamos que el licenciatario y el licenciatario son demandados por una supuesta

violación al derecho de autor vinculada con el videojuego, pero no con los materiales provistos por el licenciatario. Según la cláusula de indemnización, el licenciatario sería responsable de ejercer la defensa del caso y pagar los daños o, en su caso, el monto al que se arribe en el marco de un acuerdo. Asumamos que el reclamo fue por US\$300.000 y la póliza cubriese hasta US\$500.000 por cada reclamo individual y hasta US\$1.000.000 en total, con una franquicia de US\$100.000. En este caso, si también asumimos que el licenciatario llegó a un acuerdo por US\$150.000, entonces deberá pagar US\$100.000, para cubrir la franquicia, y la compañía aseguradora pagaría los US\$50.000 remanentes del acuerdo.

4.3.10 Aprobaciones

Otra cláusula crítica es la que se refiere al derecho del licenciatario de aprobar los materiales vinculados con la propiedad licenciada, que incluirán el videojuego, el material promocional, los materiales de empaquetado y publicidad y, posiblemente, las estrategias de venta y distribución del licenciatario. Esta previsión estará en todos los contratos de licencia, su extensión dependerá del alcance de la licencia otorgada en cada caso. Se trata de una cláusula crítica porque muchos videojuegos que se basan en una propiedad intelectual subyacente serán lanzados conjuntamente con un evento especial, como podría ser el estreno de una película o el inicio de una temporada de deportes. Por lo tanto, el licenciatario debe ser cuidadoso y otorgar suficiente tiempo al licenciatario para que apruebe los distintos elementos vinculados con el videojuego, y así evitar potenciales demoras.

En la mayoría de los casos, el licenciatario exigirá que se requiera su aprobación previa y por escrito para todos los materiales relativos al videojuego. El licenciatario necesita proteger la integridad y valor de sus derechos de autor y marcas, y asegurarse de que el videojuego es consistente con la orientación de su propiedad. Aunque deberían comprender los riesgos, y muchos lo hacen por haber estado asociados con algún tipo de videojuegos, los licenciantes no quieren quedar en una posición en la que un videojuego de mala calidad pueda afectar el valor y reconocimiento comercial que construyeron durante años. Si bien esta posibilidad siempre existirá, debido a los desafíos del desarrollo, el licenciatario querrá reducir los riesgos y, por lo tanto, tener amplios derechos de aprobación. El licenciatario debe ser consciente de las aprobaciones requeridas por el licenciatario e incluir en los cronogramas de desarrollo, ventas y promoción el tiempo requerido para dichas aprobaciones, incluyendo la posibilidad de que el licenciatario rechace materiales. Es alto el riesgo de que los planes de desarrollo y otras oportunidades se vean comprometidos por el tiempo de respuesta para las aprobaciones.

El licenciatario suele requerir un número fijo de días para aprobar los materiales que se le remiten. La cantidad de días dependerá de la posición negociadora de las partes, y puede ser de entre 5 y 30 días, según el elemento sujeto a aprobación. Por ejemplo,



la revisión del juego al finalizar el ciclo de desarrollo requerirá más tiempo que la revisión de un comunicado de prensa. Además, las partes pueden acordar la reducción de estos plazos en circunstancias que podrían requerir respuesta inmediata, para evitar perder una oportunidad, quizás en cuestiones de venta o promoción.

El licenciatario podría requerir un plazo adicional debido a la cantidad de partes involucradas en el procedimiento de aprobación. Una película, por ejemplo, podría requerir aprobaciones de las personas trabajando en el videojuego, que pueden ser muy diferentes de las personas relacionadas con la película, que es el objeto de la licencia. Desafortunadamente, esto genera una carga extra para el licenciatario, y como puede tener un impacto negativo, es fundamental procurar acordar plazos específicos para las aprobaciones.

Aunque esto podría ser muy difícil, el licenciatario deberá procurar que el licenciatario acepte que ante su falta de respuesta a un pedido de aprobación, una vez pasado cierto plazo, los materiales se consideren tácitamente aprobados. En caso contrario, el licenciatario podría tener que esperar un tiempo excesivo, lo que podría generar incertidumbre respecto del avance de desarrollo y del lanzamiento del videojuego. Más aún, el licenciatario requerirá que cuando un elemento ha sido aprobado, el licenciatario no se aparte de él sin obtener una aprobación adicional del licenciatario.

En un escenario perfecto, los materiales son remitidos al licenciatario para su aprobación, y el licenciatario los aprueba dentro del plazo para ello. Si el licenciatario rechaza los materiales, debe brindar explicaciones por escrito, claras y precisas, respecto de los motivos del rechazo, de modo que puedan ser usadas como base para futuras aprobaciones. Es importante para ambas partes que el licenciatario se involucre desde el inicio en el procedimiento de desarrollo, para comprender la orientación del videojuego y cómo se incorporará la licencia, y así evitar sorpresas que impliquen demoras e incremento de gastos.

Una manera que tiene el licenciatario para evitar potenciales inconvenientes con la aprobación es prever en el contrato que la aprobación de los materiales no puede ser revocada en futuras remisiones. Esto es fundamental porque el licenciatario confía en los hitos ya aprobados, por lo que el rechazo inesperado de un hito que involucra materiales aprobados -sean internos del juego o de promoción- puede resultar en demoras potenciales y un incremento de costos para el licenciatario. El licenciatario debe recibir por escrito todas las aprobaciones del licenciatario, para que no puedan existir desacuerdos en el futuro. Los materiales aprobados para un territorio deberían ser considerados aceptados para otros territorios, salvo que se hubieran efectuado cambios sustanciales.

El licenciatario podría añadir cláusulas al contrato que prevean que la aprobación no incluye la aprobación de derechos de terceros y que, aun cuando el licenciatario podría

aprobar materiales diferentes de los creados por el licenciatario, en caso de reclamo el licenciatario deberá mantener indemne al licenciatario.

Sujeto a estos derechos de aprobación respecto del videojuego y los materiales promocionales, el licenciatario debería tener el derecho de determinar, a su sola y razonable discreción, los aspectos logísticos asociados con la distribución, promoción y ventas del videojuego, incluyendo canales de distribución y precios del videojuego en las diversas plataformas.

¿Cómo puede el licenciatario reducir los riesgos vinculados con la aprobación?

1. Si los materiales no son aprobados en un cierto plazo, se consideran aprobados.
2. Diferentes plazos de aprobación dependiendo de los materiales remitidos, y la posibilidad de reducir los plazos por acuerdo de partes, si se presenta una oportunidad que requiere de una decisión más rápida.
3. Los materiales aceptados no pueden ser rechazados luego.
4. Los materiales aceptados para un territorio no tienen que ser aprobados nuevamente para otro, salvo que se hayan efectuado modificaciones sustanciales a los materiales aceptados en primer término.
5. Los materiales deberían ser provistos a lo largo del proceso de desarrollo, para confirmar la aceptación de la orientación del desarrollo del videojuego por parte del licenciatario.

4.3.11 Derechos rescisорios

En ciertos casos, una parte tendrá derecho a rescindir el contrato debido al incumplimiento de la otra parte. Habitualmente, la parte cumplidora podrá resolver el contrato en caso de un incumplimiento sustancial de la otra parte, y siempre que dicho incumplimiento no sea enmendado en un plazo determinado desde su notificación (“plazo de enmienda”). Un incumplimiento sustancial del licenciatario podría incluir, entre otras cosas: i) la violación de las declaraciones y garantías del licenciatario; ii) no pagar algún monto debido y exigible al licenciatario, sean regalías o adelantos; y iii) no terminar el videojuego en un plazo determinado. Sin embargo, dado que durante el desarrollo pueden aparecer problemas, el licenciatario debería evitar comprometerse al lanzamiento de un videojuego, y ésa es la principal razón por la que se paga una garantía al licenciatario, para reducir su riesgo. Por otra parte, también es posible que el licenciatario haya incumplido alguna de las obligaciones asumidas en el contrato, lo que incluye la violación de sus declaraciones y garantías.

Para alegar incumplimiento, la parte cumplidora debe notificar a la otra del incumplimiento sustancial, y en caso de que la parte acusada no enmiende



dicho incumplimiento durante el plazo de enmienda, se considerará que existe incumplimiento. El plazo de subsanación puede variar dependiendo del tipo de incumplimiento. La falta de pago de un adelanto puede tener un plazo de enmienda de 10 días, mientras que la violación de una declaración y garantía puede tener un plazo de enmienda de 30 días. Además, los plazos de cumplimiento pueden computarse por días hábiles o corridos. En algunos casos, debido al tipo de incumplimiento, puede no haber posibilidad de otorgar un plazo de enmienda. Por ejemplo, si el licenciatario se vuelve insolvente o no tiene capacidad para pagar sus deudas cuando son exigibles, o realiza una cesión para beneficio de sus acreedores, o se presenta en quiebra, entonces el contrato habitualmente quedará resuelto en forma inmediata.

La regulación de la terminación en el contrato describirá las condiciones en las que el contrato puede ser terminado y, también, los remedios de los que puede prevalecerse la parte cumplidora. Claramente, la resolución por incumplimiento puede tener ramificaciones significativas para la parte incumplidora. Si fuera el licenciatario, dependiendo del tipo de incumplimiento y cuándo ocurra, podría verse obligado a:

- (i) parar el desarrollo o la distribución y explotación del videojuego;
- (ii) acelerar los pagos de adelantos y/o garantías que estuvieran pendientes al momento de la terminación;
- (iii) entregar un informe final de regalías por las ventas del juego;
- (iv) restituir todos los materiales entregados por el licenciante y creados por el licenciatario, con excepción del código fuente y las herramientas de desarrollo; y
- (v) o restituir cualquier inventario existente o destruir el videojuego y entregar una prueba de dicha destrucción.

Además, el licenciante puede perseguir la reparación de daños adicionales como lucro cesante, salvo que las partes hubieran acordado limitar su responsabilidad en caso de que el contrato fuera resuelto por incumplimiento sustancial de alguna de ellas.

Cuando quien incumple sustancialmente el contrato es el licenciante, y dependiendo de cuándo ocurra el incumplimiento, el licenciatario podría perseguir -aunque sea difícil- la restitución de cualquier adelanto y regalía. En aquellos casos en los que el videojuego fue desarrollado únicamente en virtud de la propiedad licenciada subyacente, el licenciatario también podría pretender recuperar los gastos de desarrollo.

En los Estados Unidos, frente a una infracción que involucre derechos de autor o marcas, el licenciante podría requerir una medida cautelar contra el licenciatario que lo oblige a cesar inmediatamente cualquier explotación del videojuego.²⁰⁸ Una situación así podría darse, por ejemplo, si el licenciatario hubiera lanzado el videojuego sin la aprobación final del licenciante, o si el licenciatario hubiera comercializado el videojuego más allá del plazo o en un territorio no autorizado. Si se otorga la medida

cautelar, se podría ordenar al licenciatario que, en el territorio en que fue concedida la medida, elimine del mercado todos los videojuegos. Un requerimiento difícil y costoso que el licenciatario deberá cumplir para evitar generar mayores daños.

La protección cautelar es un remedio extremo y requiere del cumplimiento de ciertos recaudos para ser otorgada por un tribunal de justicia. Es por ello que en los contratos se suelen incluir declaraciones de las partes mediante las que aceptan algunos hechos, facilitando así el cumplimiento de tales recaudos. El contrato habitualmente incluirá disposiciones según las cuales se dejará constancia de que: i) el licenciante tiene derecho a requerir la protección cautelar; y ii) el licenciatario está en conocimiento de que en ciertos casos, un incumplimiento sustancial de su parte podría generar un daño irreparable al licenciante, respecto del cual una eventual condena monetaria no sería reparación suficiente. Al incluir estas cláusulas en el acuerdo, el licenciante podrá fácilmente probar uno de los principales requisitos de las medidas cautelares: que se sabía que el incumplimiento sustancial causaría un daño irreparable.²⁰⁹ Además del daño irreparable, el licenciante deberá acreditar ante el tribunal la verosimilitud en el derecho.

Una cláusula importante en el contrato de licencia, que se encuentra atada a la regulación de la terminación y remedios del contrato, es la cláusula de limitación de la responsabilidad. En ella se limita la responsabilidad atendiendo al tipo de daños y al monto que la parte cumplidora puede reclamar. Habitualmente, se indica que los daños no incluyen daños indirectos (es decir, lucro cesante), especiales, incidentales, o punitivos (es decir, daños impuestos como castigo por las acciones de la parte infractora y para servir como disuasivos de futuras actividades).

Las partes también pueden establecer límites para el monto total de los daños. El licenciante seguramente procurará que el monto de los daños esté limitado a las sumas que hubiera recibido hasta ese momento por lo que, dependiendo de cuándo ocurra el incumplimiento, podría ser menor al monto mínimo garantizado en el contrato. Para exemplificar, quizás el licenciante podría haber incumplido antes del vencimiento del plazo y, para ese momento, haber recibido regalías y adelantos por un monto menor al mínimo garantizado. En este caso, el licenciante pretenderá limitar su responsabilidad por daños a los montos que efectivamente recibió al momento de ocurrir el daño. En definitiva, el monto debe ser analizado cuidadosamente, teniendo en cuenta los tipos de daños a los que una parte podría estar expuesta o por los que podría ser condenada. Por ejemplo, un licenciatario puede sufrir un daño monetario mucho mayor que el monto que le pagó al licenciante antes del incumplimiento, sobre todo si los gastos del desarrollo son incluidos dentro del concepto de daños. Aunque puede ser difícil de obtener, el licenciatario debería requerir una limitación recíproca, que esté también atada al monto que hubiera pagado al licenciante.



La limitación de la responsabilidad no es absoluta, y las partes habitualmente forjarán excepciones a estos límites. Además, en algunas jurisdicciones, reclamos tales como el fraude y la culpa grave no pueden ser limitados.²¹⁰ En la mayoría de los contratos, la limitación no comprenderá violaciones a la obligación de confidencialidad, o a las obligaciones de las partes relativas a la cláusula de indemnización. Una violación de la confidencialidad puede revelar secretos comerciales de una parte, que pueden exceder el valor de cualquier indemnización que reciba esa parte. Además, la parte cumplidora no querrá ser responsable por posibles daños impuestos o acordados en la cláusula de indemnización, que excedan los límites previstos para la responsabilidad.

Finalmente, las partes podrían acordar tarifar el daño en caso de incumplimiento de alguna de ellas. Esta cláusula que tarifa el daño establecería un monto fijo de dinero por cualquier daño ocasionado a la parte cumplidora para un tipo específico de incumplimiento. El monto, sin embargo, debe ser un monto justo y no puede constituirse en una penalidad contra la parte incumplidora²¹¹ (dado que según la legislación de varios países, las penalidades pueden ser cuestionadas y declaradas inaplicables).

4.3.12 Vencimiento del contrato

En el contrato se regularán las obligaciones de las partes luego del vencimiento del plazo de vigencia. A diferencia de lo que ocurre con la terminación del contrato, en este caso el plazo de vigencia ha expirado y ninguna de las partes ha violado el contrato. Dado que los juegos que se venden al por menor pueden estar todavía en el mercado, el licenciatario procurará introducir previsiones que le permitan vender el inventario remanente, de modo no exclusivo, en cualquiera de los canales de distribución permitidos en el contrato. Este derecho será habitualmente otorgado por el licenciante, siempre que el licenciatario: i) no esté en incumplimiento del contrato; ii) responda por y pague cualquier regalía debida al licenciante durante las ventas del período de liquidación; y iii) no cree nuevos juegos durante el período de liquidación. El período de liquidación puede variar, dependiendo de la plataforma. Por lo general oscila entre 60 y 90 días, aunque es muy posible que sea menor en otras formas de distribución (por ejemplo, digital) dado que la remoción de los videojuegos puede hacerse en plazo más corto.

4.3.13 Cláusulas misceláneas

Finalmente, el contrato también contendrá cláusulas comunes (ver Capítulo 11) que aparecen en todos los contratos (y que se conocen como cláusulas tipo) y que regulan, entre otros aspectos, la confidencialidad, la legislación aplicable, dónde deben incoarse los procedimientos legales entre las partes, los casos de fuerza mayor y las notificaciones. Aunque estas cláusulas son similares en todos los contratos,

es muy importante revisarlas cuidadosamente para evitar que pueda incluirse algo inesperado en ellas.

4.4 Propiedades licenciables: Volver al futuro

El licenciamiento ha jugado un papel relevante en la industria del videojuego. Las empresas han buscado licencias para nombrar videojuegos, esperando que la asociación con una marca reconocida redundase en un mayor reconocimiento, como así también dotase a los videojuegos de un mayor realismo que, eventualmente, derivaría en más ventas. Para muchos licenciatarios, los beneficios que derivan de asegurarse la propiedad de deportes, películas, programas de televisión, libros de comics e infantiles superan los riesgos asociados con el licenciamiento, tales como los costos, la incertidumbre respecto de si una propiedad será exitosa o no y las posibles restricciones de contenido.

Sin embargo, en el futuro cercano la imagen podría ser otra, ya que debido al crecimiento de los presupuestos para desarrollo, el deseo de crear PI original, la posible ampliación de la protección de la Primera Enmienda en los Estados Unidos, las tasas de licenciamiento más elevadas y un mercado desconocido, podría haber menos títulos de gama alta asociados con propiedad licenciada. En contraste, los crecientes mercados móvil y digital pueden llevar a un mayor licenciamiento, como modo de distinguir los videojuegos en ámbitos crecientemente competitivos y superpoblados.



CAPÍTULO 5

MÚSICA

5.1 Introducción

La música²¹² se ha convertido en una parte importante de cualquier videojuego de consola y de PC, y en unos pocos años lo será también para los móviles debido al avance tecnológico y de las capacidades.²¹³ La música para videojuegos puede ser música original compuesta para el videojuego (en cuyo caso el compositor es contratado para proveer un servicio de obra por encargo o licencia la música que compuso) o música preexistente que es licenciada, o bien una combinación de ambas. Tal como ocurre con las películas y los programas de televisión, el tipo de música que se usará en un videojuego dependerá del presupuesto, de la visión del desarrollador, y del uso que se quiera dar a cada pieza musical.²¹⁴ En la actualidad, muchos videojuegos son valorados de un modo similar a las películas, y compositores famosos de cine se han aventurado en los videojuegos.²¹⁵

5.1.1 Contratación de un compositor

Habitualmente, un compositor podría ser contratado por el desarrollador para escribir o modificar una composición solamente (por ejemplo, componer, orquestar y realizar arreglos a la composición) o para escribir la composición y entregar un original terminado de la composición.²¹⁶ En los Estados Unidos, bajo el concepto de obra por encargo, el desarrollador podría ser el titular de la música creada por el compositor (lo que podría incluir la composición y/o la grabación original).²¹⁷ Esto permite al desarrollador adquirir los derechos de autor de y sobre la música y le otorga máximos derechos para su explotación. La música puede entonces ser usada para cualquier finalidad, incluyendo materiales de promoción, reproducción en línea (on-line), e incluso para futuros videojuegos sin necesidad de obtener derechos adicionales. En cambio, la contratación de un compositor que retenga los derechos de autor y otorgue una licencia impondría limitaciones al modo en que el desarrollador puede usar la música.

Los principales aspectos a considerar para negociar contratos con compositores, que dependerán ante todo de si la composición/grabación original es creada como obra por encargo o es licenciada, son los siguientes:

1. Servicios que se prestarán;
2. Titularidad de la música;
3. Derechos otorgados por el compositor si retiene la titularidad de la composición/grabación original y si la música no es de titularidad del

desarrollador (incluyendo el plazo para el uso, el territorio y los medios en los que la composición/grabación original puede ser utilizada);

4. Retribución: habitualmente una suma fija, aunque los compositores pueden tratar de negociar regalías;
5. Cronograma de pagos y, si el contrato prevé regalías, las partes deben determinar cómo son calculadas y entonces el desarrollador debería remitir liquidaciones;
6. Cronograma de entregas y procedimiento de aprobación de los entregables;
7. Declaraciones y garantías;
8. Indemnización;
9. Causas de terminación;
10. Créditos;
11. Derecho del desarrollador para usar el nombre e imagen del compositor en materiales de promoción, publicidad y empaquetado;
12. Confidencialidad;
13. Cesión; y
14. Limitaciones para los remedios del compositor (por ejemplo, reclamar daños directamente y no protección cautelar).

5.1.2 Licencia de música: derechos de uso del original y de sincronización

Los desarrolladores pueden elegir licenciar composiciones y grabaciones originales preexistentes, que pueden incluir una canción popular o una “biblioteca” de música.²¹⁸ En la mayoría de los casos de licenciamiento de música, el desarrollador necesitará obtener tanto el derecho de sincronización como el derecho de uso del original (por ejemplo, la composición y la grabación original). Los derechos de sincronización²¹⁹ permiten que la composición esté sincronizada con el videojuego o en materiales promocionales, y los derechos de uso del original permiten que la grabación original de un artista particular sea sincronizada en el videojuego o en cualquier material promocional. En algunos casos, solo es posible adquirir los derechos de sincronización para la composición, y el desarrollador debe crear su propia grabación original de la música mediante la contratación de artistas que ejecuten la composición. Esto puede ser o no más barato que adquirir el derecho de uso del original, aunque la grabación original aportará un valor adicional porque será mejor reconocida.



Para un desarrollador, lo más importante en el licenciamiento de música es el costo asociado a la licencia, que variará dependiendo del uso que se pretenda dar a la música y sus formas de explotación. El desarrollador pretenderá obtener derechos tan amplios como sea posible, aunque mayores derechos significan un costo más elevado.

Algunos de los factores que podrían determinar el costo de una canción licenciada son: i) la popularidad del artista y de la canción; ii) el tiempo de la canción que se utilizará en el videojuego (por ejemplo, 30 segundos, la canción completa); iii) cuántas veces se usará la canción en el videojuego; y iv) si la canción será usada en materiales promocionales y, en tal caso, en qué tipo de materiales. Si la canción es utilizada publicitariamente (sea en televisión, radio o en línea) su costo se incrementará de modo sustancial.

Si el desarrollador, además, desea usar la música para oportunidades de promoción, incluyendo Internet, demos, y quizás incluso la televisión, también incrementará los costos. El dilema para el desarrollador es por qué derechos pagar al celebrar el contrato, porque los derechos que no se asegure en ese momento podrían incrementar su costo más adelante. Una táctica útil puede ser pre negociar usos opcionales, pero el desarrollador deberá analizar si pagar más dinero al principio (o pactar un precio desde el principio) será más conveniente, aun cuando no esté seguro de que vaya a necesitar ciertos derechos.

Habitualmente, los titulares de la música licenciada proveerán sus contratos modelo para la sincronización y/o la licencia de uso del original. Los principales aspectos de este contrato involucran:

1. Derechos que se otorgan, incluyendo la duración de la composición/grabación original cuyo uso se permite,²²⁰ el territorio (que debe ser mundial si el desarrollador busca la distribución mundial) y los medios en los que la composición/grabación original puede ser usada;
2. Cronograma de pago y consideraciones;
3. Plazo;
4. Declaraciones y garantías, que en general son extremadamente limitadas;²²¹
5. Indemnidad;
6. Regalías, si fuera aplicable;²²²
7. Aprobaciones;
8. Declaraciones y garantías del desarrollador e indemnización;²²³
9. Cuestiones de titularidad;

10. Causas de incumplimiento y terminación;
11. Entrega;
12. Derechos de uso del nombre del artista o compositor en embalajes, material promocional y de cualquier otro tipo;
13. Limitaciones al uso de la música, incluyendo la realización de cambios o la utilización del nombre de la canción como título del videojuego;
14. Limitaciones a la responsabilidad, según las cuales el titular de los derechos sobre la música habitualmente limitará su responsabilidad al monto recibido por la licencia; y
15. Créditos y avisos de derecho de autor.²²⁴

En la mayoría de los casos, el titular de los derechos de sincronización (que podría ser una pluralidad de personas) y el de los derechos de uso del original serán diferentes empresas (es decir, el editor y el sello discográfico), por lo que serán necesarias dos o más negociaciones para adquirir la música. Más aún, ambos titulares de derechos generalmente procurarán la misma retribución por los derechos otorgados para el videojuego, por aplicación de la cláusula de “la nación más favorecida”.

5.1.3 Licencia de la música desde bibliotecas de música

Una tercera alternativa con relación a la música es licenciar su uso desde bibliotecas de música, que proveen música generalmente de muy buena calidad, a precios reducidos.²²⁵ En este caso, la editora de música proveerá tanto el derecho de uso del original como el de sincronización, y tenderá a otorgar amplios derechos sobre la música. Muchos desarrolladores incluirán esta “música de stock” en sus videojuegos, combinándola con canciones licenciadas si la música no ha sido compuesta para un videojuego.

5.1.4 Música en el dominio público

Una cuarta alternativa es usar composiciones que estén en el dominio público, lo que habilita al desarrollador a grabar su propia versión.²²⁶ Las canciones en el dominio público pueden ser usadas por cualquiera, dado que o bien su derecho de autor ha expirado o bien nunca lo tuvieron. No obstante, hay algunos riesgos y limitaciones para el uso de canciones en el dominio público. Por ejemplo, el hecho de que una composición esté en el dominio público no autoriza al desarrollador a usar una grabación de un tercero de esa composición, salvo que el titular de esa grabación original le otorgue una licencia para su uso. Además, una canción que está en el dominio público en los Estados Unidos podría estar aún protegida por derecho de



autor en otros países. Por lo tanto, el desarrollador debe investigar adecuadamente para asegurarse de que no violará derechos de autor.²²⁷

5.1.5 Anticipación de costos

Dado que ciertas licencias y música pueden ser caras, es muy importante que el desarrollador pueda determinar los costos con anticipación en su presupuesto. En muchos casos, para equilibrar el presupuesto musical, los videojuegos incluyen música de autores nuevos o menos conocidos, o grabada por artistas con menos seguidores, dado que los derechos serán sustancialmente más baratos. Incluso podría llegarse a un acuerdo con los compositores o intérpretes, según el cual se les retribuya con la exposición que les dará el videojuego. En la mayoría de los casos, los compositores o intérpretes son también usuarios de videojuegos y, por lo tanto, la exposición y ser parte de uno puede determinar que acepten un intercambio con una mínima retribución económica.

CAPÍTULO 6

ASPECTOS RELEVANTES EN LA NEGOCIACIÓN CON LOS FABRICANTES DE CONSOLAS

6.1 Introducción

Uno de los vínculos más importantes para el editor o desarrollador es la relación con todos o algunos de los dueños de las tres plataformas más grandes que fabrican consolas de videojuegos y dispositivos portátiles,²²⁸ y que proveen las herramientas y hardware necesarios para desarrollar y publicar videojuegos²²⁹ en dichas plataformas.

Si bien las ventas de videojuegos de consolas han caído en los últimos años²³⁰ y más consumidores están jugando en plataformas alternativas, el 51% de los hogares de Estados Unidos tiene al menos 1 de las 3 principales consolas fabricadas por Sony, Nintendo o Microsoft (fabricantes de consolas o FC).²³¹ Y recientemente se lanzaron la Wii U,²³² la PlayStation 4 y la Xbox One, por lo tanto los editores seguirán recibiendo gran parte de sus ingresos de productos hechos para plataformas de videojuegos por los tres principales fabricantes de consolas.²³³

Además, un creciente número de desarrolladores independientes²³⁴ posiblemente quiera distribuir sus productos digitalmente,²³⁵ a través del canal en línea de los FC. Por lo tanto, resulta fundamental para editores y desarrolladores comprender qué debe hacer cada uno para publicar y desarrollar videojuegos en una plataforma de consolas, como así también los aspectos legales y comerciales involucrados en cualquier relación con los fabricantes de consolas.²³⁶

Este capítulo analizará brevemente algunos de los principales aspectos comerciales y legales²³⁷ que involucran a los fabricantes de consolas, como así también al proceso de envío de un videojuego, para que editores y desarrolladores conozcan sus obligaciones y responsabilidades básicas.²³⁸

6.2 Aprobación de editores y desarrolladores; contratos

Como custodio de sus sistemas propietarios, cada FC²³⁹ ha establecido un procedimiento propio -aunque estándar en muchos aspectos- para permitir a terceros publicar y desarrollar juegos para sus plataformas.²⁴⁰ Algunos de los derechos, procedimientos y contratos variarán dependiendo de si la parte es un editor o desarrollador. Además, el editor y el desarrollador deberán firmar diferentes contratos, no solo con cada FC, sino también con cada plataforma controlada por el FC (en el caso de Sony, por ejemplo, la PlayStation, PSP y Vita) y posiblemente diferentes contratos para distintas regiones (por ejemplo, América del Norte, Europa, Japón).²⁴¹



Si el desarrollador no es editor licenciado ni tiene relación con un editor licenciado y, además, cumple con los requisitos establecidos por el FC, podría ser autorizado a desarrollar un videojuego para una consola específica y a publicarlo únicamente en forma digital.²⁴² Por otra parte, un editor licenciado tendrá la posibilidad de desarrollar y publicar videojuegos tanto para el canal digital como para el canal de comercios minoristas tradicional. Si bien los requisitos para ser un editor son mayores que para ser desarrollador, el editor tendrá beneficios adicionales, como así también mayores obligaciones.

Antes de celebrar cualquier contrato de licencia con un editor o desarrollador,²⁴³ el FC puede verificar si poseen las capacidades técnicas y económicas necesarias para cumplir con los requerimientos contractuales y convertirse en un editor o desarrollador licenciado. Como parte de esta verificación, el FC habitualmente analizará la experiencia técnica del desarrollador y del editor (asumiendo que también tomarán a su cargo el desarrollo),²⁴⁴ para determinar si tienen la capacidad y habilidad necesarias para desarrollar videojuegos para un sistema particular. Por ejemplo, parte de la indagación posiblemente involucre: i) la experiencia del desarrollador y si ha trabajado en videojuegos previamente; ii) en qué plataformas ha trabajado el desarrollador.²⁴⁵

El FC podría también querer verificar si el editor o el desarrollador tienen una seguridad económica que le permita cumplir con sus obligaciones, aunque este factor será más relevante para el editor, debido a los costos adicionales asociados con la publicación de videojuegos en el canal tradicional de ventas en comercios. Por ejemplo, ¿tiene el editor crédito suficiente para cumplir órdenes de compra mínimas? El FC podría también querer determinar cuán fuerte es la relación del editor con los comercios minoristas,²⁴⁶ dado que eso sería importante para ubicar los productos en esos comercios.

Una vez aprobados, el editor y desarrollador deberán celebrar una serie de contratos con el FC, que establecerán las guías, derechos, obligaciones y procedimientos de envío entre el FC y el editor o desarrollador. Dado que el FC tiene un gran poder de negociación (mercedidamente, dado la enorme inversión que ha efectuado en investigación y desarrollo para la plataforma), quizás sea poco lo que pueda negociarse, aunque en definitiva dependerá de la posición de ventaja en que se encuentren las partes.²⁴⁷ Obviamente, si el FC pretende exclusividad con el editor o desarrollador,²⁴⁸ o alguna de las partes provee un producto que es importante para éxito de la plataforma, podría haber margen para negociar diversos puntos comerciales.

Los desarrolladores y editores que desarrollan videojuegos deben, en primer término, celebrar un contrato con el FC para recibir los materiales que les permitan desarrollar en la plataforma específica y bajo determinadas condiciones. Este contrato

habitualmente otorgará una licencia no exclusiva, por un cierto plazo y en un territorio designado, para que el desarrollador pueda utilizar el *hardware* y herramientas propietarias del FC tales como kits de desarrollo, herramientas de programación, emuladores y otros materiales necesarios para desarrollar un videojuego para la plataforma.²⁴⁹

El contrato probablemente abarcará diversas áreas, incluyendo pero sin limitarse a las condiciones de uso, el acceso a los materiales, costos, titularidad, declaraciones y garantías, indemnizaciones, limitación de responsabilidad del FC, incluyendo que los materiales son entregados “como están”; terminación, protección cautelar si los materiales son utilizados impropiamente; limitación para la cesión, la ley aplicable en caso de una controversia, la jurisdicción competente y otras cláusulas tipo.²⁵⁰

Si el desarrollador decide distribuir su videojuego digitalmente a través del canal del FC sin un editor,²⁵¹ deberá firmar un contrato separado con el FC. El contrato digital posiblemente se refiera a varios aspectos similares a los que se regulan en los contratos de distribución digital para PC,²⁵² incluyendo pero sin limitarse a:

- (i) el procedimiento de envío y aceptación²⁵³ para un videojuego y los materiales de promoción y publicidad relacionados;
- (ii) los derechos otorgados por cada parte;
- (iii) el plazo del contrato;
- (iv) el territorio en el que puede ser distribuido el videojuego;
- (v) el acuerdo entre las partes con relación a la distribución de los ingresos derivados de la explotación del videojuego y de cualquier contenido;
- (vi) cuándo realiza los pagos el FC y qué información debe entregar al desarrollador o al editor respecto de los pagos; y
- (vii) qué materiales deben ser entregados.

El contrato de distribución digital también contendrá términos legales, entre los cuales puede asumirse que se incluirán aspectos como la titularidad de los derechos, la limitación de la responsabilidad del FC, terminación, representaciones, declaraciones, garantías e indemnidad que requerirán, como mínimo, que los materiales en el videojuego no violen derechos de terceros, y otras cláusulas tipo.

Tanto el editor como el desarrollador pueden celebrar contratos con los fabricantes de consolas para crear videojuegos para una plataforma en particular, pero tradicionalmente solo los editores han tenido derechos de distribución de videojuegos al por menor, sujeto a un contrato de licencia con la plataforma. Por lo tanto, si un desarrollador desea distribuir su producto en comercios, deberá convertirse en editor -firmando los contratos necesarios con el FC-, lo cual es muy poco común, o bien establecer una relación con un editor.²⁵⁴ Dado que los editores suelen proveer financiamiento y servicios asociados con la distribución, fabricación, promoción, envíos y controles de calidad (QA) para los videojuegos, muchos desarrolladores



deciden establecer relaciones con ellos para así obtener derechos de distribución y posiblemente otros. Además, un editor posiblemente tenga relación con comercios minoristas, y al tener más productos y propiedades franquiciadas quizás logre negociar desde una posición ventajosa y obtener términos y compromisos más favorables (incluyendo oportunidades de promoción adicionales para el videojuego), tanto respecto de los comercios como de los fabricantes de consolas.

Para convertirse en editor licenciado, una empresa debe celebrar un contrato de edición con el FC, lo que le permitirá publicar videojuegos para una plataforma particular. Bajo este contrato, el editor generalmente tendrá el derecho no exclusivo y no transferible para publicar, desarrollar y distribuir videojuegos en la plataforma de la consola,²⁵⁵ como así también para fabricar a través de los proveedores autorizados por el FC y a promocionar los videojuegos de una consola específica.²⁵⁶

El editor también deberá seguir procedimientos específicos para enviar los videojuegos, así como comprometerse a cumplir otras obligaciones importantes que pueden incluir, entre otras cosas: pagos por licenciamiento/regalías al FC, aprobaciones, declaraciones y garantías, indemnización, procedimientos de fabricación, garantías del producto, pedidos mínimos, procedimientos específicos relativos a la entrega del contenido del editor al FC, restricciones y obligaciones respecto de las compras realizadas en línea y del contenido que puede ser descargado, y recolección de la información del usuario final.²⁵⁷

6.3 Aspectos vinculados con el desarrollo y la fabricación

6.3.1 El proceso de envío y aprobación

Cada FC requiere que los videojuegos, así como los embalajes (sólo para el caso de venta en comercios) sean enviados para su aprobación.²⁵⁸ Cada FC tendrá su propia política de envíos y sus lineamientos respecto de los requerimientos técnicos y de contenido relativos al desarrollo de videojuegos.

Una vez que ha recibido las herramientas necesarias y que ha firmado los contratos correspondientes, el desarrollador o editor puede comenzar el desarrollo del videojuego en cualquier momento. No obstante, antes del lanzamiento del videojuego en una plataforma de consola, el FC debe aprobar cierta información, incluyendo el concepto del videojuego.²⁵⁹ Por ello, a fin de evitar costos innecesarios y tiempo de desarrollo en caso de que el FC lo rechace, es una buena práctica enviar el concepto del videojuego tan pronto como sea posible. Es posible que se requiera al editor o desarrollador que envíe documentos técnicos y de diseño del videojuego, que pueden incluir -entre otras cosas- el concepto del videojuego, incluyendo el contenido en línea, descripciones del diseño de los diferentes niveles, personajes, diseño gráfico,

y explicaciones sobre la modalidad de juego y cómo funcionan los controles con el videojuego.

Es posible que en varias etapas del desarrollo, incluso aquellas que estén más cerca de la etapa alfa o beta,²⁶⁰ el editor o desarrollador deba enviar nuevamente el videojuego para su aceptación por parte del FC, quien al hacerlo estará confirmando que el videojuego es técnicamente aceptable y refleja el concepto propuesto originalmente. Por ejemplo, si el concepto propuesto hubiera sido un simulador de carreras y el juego enviado es de carreras con combate, lo más probable es que sea rechazado. Dado que las políticas están cambiando con la reciente introducción de nuevas consolas, los desarrolladores deberían contactar a cada FC para confirmar sus requerimientos para el desarrollo de videojuegos en su plataforma.

Antes de enviarlo para su aprobación final por parte del FC, el editor debe probar el videojuego para asegurarse de que es compatible con el *hardware* adecuado y las configuraciones,²⁶¹ que funciona con cualquier periférico aprobado y que no hay errores en el videojuego que podrían impedir su utilización en la plataforma.²⁶² Una vez que el editor ha probado el código,²⁶³ debería enviar una “candidata de versión final” para su aprobación por parte del FC,²⁶⁴ de modo de asegurarse que el videojuego cumple con los requerimientos técnicos y de calidad del FC y que es funcional, por lo que puede ser liberado para distribución.²⁶⁵ Luego de ser aprobada por el FC, la candidata a versión final se transforma en la versión final y está lista para su duplicación o distribución digital.²⁶⁶ https://es.wikipedia.org/wiki/Fases_del_desarrollo_de_software

El editor también deberá enviar todo el material de embalaje de venta al por menor, lo que incluye los gráficos relacionados, instrucciones para el usuario, información sobre garantía, folletos y diseños de embalajes.²⁶⁷ Todos los materiales de comercialización y promocionales deben ser aprobados por el FC. Estos requisitos son muy amplios y cubren prácticamente cualquier cosa asociada con estas actividades que pueda involucrar el uso de cualquier marca, nombre comercial y/o cualquier otra propiedad intelectual del FC. Por ejemplo, podría incluir cualquier material asociado con cualquier forma de publicidad, sea en línea, televisiva, radiofónica, impresa, promociones, afiches, relaciones públicas, comunicados de prensa, concursos y carteles en tiendas de venta al por menor. La falta de envío de estos materiales podría derivar en un incumplimiento del contrato.

Dependiendo del FC, las posibles restricciones y requerimientos pueden incluir:

1. Que con independencia de si se comercializa a través de tiendas de venta al por menor o si se distribuye digitalmente, cada videojuego deba ser clasificado e incluya los descriptores de contenido asignado por el órgano de clasificación del país o región. Además, la clasificación no puede ser más



restrictiva que la correspondiente a maduros en los Estados Unidos y su equivalente en cualquier otro país con un sistema de clasificación;²⁶⁸

2. A menos que lo apruebe el FC, pueden aplicarse restricciones para el paquete de videojuegos y el uso de periféricos;²⁶⁹
3. Que una vez que el videojuego esté siendo distribuido, el editor deberá proveer soporte a los usuarios, lo que incluyen soporte técnico y respecto de otros aspectos del juego;²⁷⁰ y
4. Que el editor debe otorgar una garantía estándar para productos defectuosos en todos los productos que se vendan.²⁷¹

6.4 Aspectos comerciales

Para el editor, los principales aspectos comerciales en un contrato de licencia para edición habitualmente están relacionados con: i) el porcentaje pagado al FC como licencia/regalía por los bienes listos para su venta y la distribución de los ingresos respecto del contenido digital; ii) los pedidos mínimos para los bienes listos para su venta; y iii) el posible respaldo del FC para la promoción. Para el desarrollador independiente, que no debe lidiar con un editor y que está interesado en distribuir digitalmente su producto a través de la red del FC, los aspectos comerciales más importantes generalmente se refieren a la distribución de los ingresos para el contenido digital y a la confirmación de una ventana para el lanzamiento del videojuego en el canal digital.²⁷²

Los fabricantes de consolas obtienen dinero fundamentalmente de:

- (i) la venta de cada unidad del videojuego creado por el editor, sea que el producto sea vendido o no, en forma de regalías/retribución por licenciamiento;
- (ii) la venta de su *hardware*, aunque en general, en un principio esta venta es a pérdida,²⁷³ ya que el FC subsidia el precio para ayudar a incrementar la venta de *software*;
- (iii) una parte de todas las ventas del contenido digital efectuadas en su red en línea;
- (iv) la venta de videojuegos desarrollados por el FC, sea con equipos internos o mediante la contratación de terceros con un acuerdo de desarrollo; y
- (v) la venta de retribuciones por licenciamiento de cualquier periférico compatible con el *hardware*.²⁷⁴

La tasa de licenciamiento/regalía es uno de los aspectos comerciales más importantes entre las partes, dado que algunos fabricantes de consolas exigen pedidos mínimos de bienes listos para su venta en cada región o territorio y, por lo tanto, el editor debe comprometerse a un cierto pago mínimo. Estos pedidos

mínimos de bienes listos para su venta habitualmente incluyen una retribución por el licenciamiento del uso del nombre del FC, la información propietaria y la tecnología, como así también una retribución por la fabricación, impresión y embalaje, que deben ser pagadas antes del envío de los bienes.²⁷⁵ Por lo tanto, si el editor no pudiera colocar las unidades en las tiendas de venta al por menor, sea en virtud del pedido mínimo exigido por el FC o porque el editor realizó una previsión incorrecta de las unidades a vender, deberá de todos modos pagar al FC por la totalidad de las unidades requeridas y no tendrá derecho a reembolso.²⁷⁶ Es por ello que antes de comenzar siquiera a desarrollar un videojuego, el editor debe determinar si la venta esperada de bienes listos para su venta combinada con la venta digital generará un negocio económicamente viable.

La retribución por licenciamiento/regalías puede ser unilateralmente revisada por el FC²⁷⁷ y varía en base a ciertos factores que pueden incluir pero no se limitan al FC, la región en la que se venderá el producto, la cantidad de unidades requeridas por el editor²⁷⁸ y el precio del videojuego.²⁷⁹ En algunos casos, los editores reciben descuentos de fábrica para bienes listos para su venta cuando los videojuegos forman parte de los grandes éxitos del FC o algún programa similar.²⁸⁰ El videojuego ha alcanzado así cierto nivel de ventas definido por el FC y cierta vida útil,²⁸¹ y es relanzado y reempaquetado más adelante a un precio reducido, pero bajo un programa de ventas especiales del FC. El programa de grandes éxitos extiende el reconocimiento del videojuego y ayuda a que los usuarios lo identifiquen como un juego histórico de máxima categoría, lo que genera un incentivo adicional para comprarlo a un precio reducido. Además, permite al editor vender el producto más tarde en el ciclo de distribución y a un precio reducido, con menos compromisos de regalías, mientras que al FC puede ayudarlo a vender consolas, e incluso a atraer nuevos consumidores, que tentados por los precios bajos decidan probar videojuegos que habían ignorado.

En el caso del contenido distribuido digitalmente, la cuestión vinculada con la distribución de ingresos entre las partes es mucho más simple, dado que la fabricación, envío y los pedidos mínimos no son relevantes. Los ingresos generados por contenidos del editor o desarrollador son recibidos directamente por el FC, quien luego, en base a un cronograma acordado, les remite los montos correspondientes.

Fuera de los costos de desarrollo y fabricación, uno de los gastos más significativos en el presupuesto de un videojuego es la promoción. En un mercado altamente competitivo, un videojuego puede tener una ventana muy corta de tiempo para atraer a los consumidores, por eso lo que se “gaste” en promoción puede generar un mayor reconocimiento.²⁸² Por lo tanto, el desarrollador debe procurar negociar un compromiso de promoción por parte del FC, aunque puede ser difícil. Una alternativa que podría facilitarlo es que el editor celebre un acuerdo de distribución exclusiva, por un tiempo, con el FC.



6.5 Aspectos legales

Todos los contratos con FC contienen disposiciones legales claramente beneficiosas para el FC, que solo en raras ocasiones dependen del editor o desarrollador.

Habitualmente hay muy poco margen, si es que hay alguno, para negociar estos términos. Si bien los contratos diferirán entre fabricantes de consolas, y variarán dependiendo del tipo de negocio acordado con el FC, todos tratarán, como mínimo, cuestiones como las declaraciones y garantías, indemnización, confidencialidad, limitaciones en la recolección de datos del usuario final, terminación y limitaciones a la responsabilidad.²⁸³ En esta sección se analizarán algunos de los términos legales que pueden aparecer en los contratos de licenciamiento entre el editor y el FC, aunque seguramente también aparezcan en otros contratos que involucren al desarrollador.

6.5.1 Declaraciones y garantías; indemnización, limitación de la responsabilidad

Como es esperable, en sus distintos negocios los fabricantes de consolas han limitado tradicionalmente sus declaraciones y garantías y, por consiguiente, su responsabilidad. En general, la única declaración y garantía que formulan, aunque puede variar levemente entre los fabricantes de consolas, es que tienen el derecho de celebrar el contrato y que cumplirán de modo íntegro con sus obligaciones, que son extremadamente limitadas.²⁸⁴ Como otros fabricantes de *hardware*, los fabricantes de consolas no solo limitan sus declaraciones y garantías sino que también rechazan expresamente otorgar cualquier garantía de que su plataforma y los materiales que provean al editor o desarrollador puedan infringir los derechos de terceros como así también cualquier garantía implícita de comercialización.²⁸⁵ En consecuencia, los materiales son generalmente provistos al editor o desarrollador “en el estado en el que están”, hasta el máximo permitido por la ley aplicable.²⁸⁶

Los fabricantes de consolas también limitarán su responsabilidad mediante la limitación del monto de potenciales daños monetarios en caso de incumplimiento de su parte, como también la exclusión de los daños inmateriales e indirectos, incluyendo lucro cesante, pérdida de chance, pérdida de buena voluntad, y daños a la reputación que podrían ser reclamados por el editor o el desarrollador.²⁸⁷ Por ejemplo, la caída de la red en línea de un FC resultaría en una pérdida potencial de ventas para el editor o el desarrollador.

Por otra parte, el editor o desarrollador probablemente deban formular una cantidad de declaraciones y garantías para reducir los riesgos y responsabilidades del FC lo más posible. También para indemnizar al FC ante cualquier pérdida, responsabilidad o gasto resultante de cualquier reclamo contra el FC basado en los bienes y servicios del editor o desarrollador,²⁸⁸ lo que comprende el desarrollo, promoción, venta o uso del videojuego.²⁸⁹ Además, dependiendo de la extensión de un reclamo comprendido

en la cláusula de indemnización, un FC puede sostener que no solo tiene derecho de aprobar al abogado seleccionado por el editor o desarrollador y cualquier acuerdo al que se arribe, sino que tiene el derecho de tomar control del litigio. Puede pensarse que, en ciertos casos, los intereses de las partes podrían ser diferentes, lo que complicará el modo en que se maneje la indemnización.

La declaración y garantía más importante del editor estará seguramente vinculada con el contenido incorporado y las herramientas usadas para el videojuego o cualquier otro material creado asociado con el videojuego, como el contenido descargable (DLC, por sus siglas en inglés) o materiales de promoción. En este caso, el editor debería declarar y garantizar que los materiales y contenidos (con excepción de las herramientas de desarrollo provistas por el FC) son de su titularidad o están debidamente licenciadas y no infringen ningún derecho de terceros. Por lo general, se trata de derechos sobre nombres comerciales, marcas, derechos de autor, patentes, secretos comerciales, imagen comercial (*trade dress*), derechos de publicidad y privacidad, derechos morales y cualquier otro derecho de propiedad intelectual en todo el mundo.²⁹⁰ Esta es una declaración y garantía crítica y esperable, dada que el FC podría ser codemandado -justificadamente o no- en un juicio que involucre un videojuego del editor que podría infringir los derechos de terceros.

Otras declaraciones y garantías incluyen: i) que el videojuego estará libre de errores importantes o virus; ii) que el videojuego distribuido será clasificado y no será alterado de modo tal que pueda invalidar su calificación;²⁹¹ y iii) que el FC no tendrá ninguna responsabilidad económica por el contenido usado en el videojuego (por ejemplo, actores o música).²⁹² En caso de que alguna de estas declaraciones y garantías fuese violada y el editor o el desarrollador no enmienden el incumplimiento, entonces el FC tendría el derecho a resolver el contrato.

6.5.2 Confidencialidad

Aunque el editor o desarrollador hayan firmado un acuerdo de confidencialidad independiente, la cláusula de confidencialidad habitualmente estará presente en los contratos subsiguientes y, en general, prevalecerá por sobre el acuerdo de confidencialidad previo, dado que la relación entre las partes se habrá expandido desde esa comunicación inicial. Se exigirá que cada parte mantenga la confidencialidad de lo que la otra le hubiera manifestado, dado que tanto el editor como el FC habrán intercambiado -oralmente, por escrito o en lenguaje máquina- información extremadamente crítica sobre aspectos centrales de sus negocios.

Desde el punto de vista del editor, el FC habitualmente recibirá información que puede incluir: i) el estado financiero del editor, para confirmar que tendrá la capacidad económica para pagar por las unidades físicas fabricadas y las regalías debidas; ii) propuestas de productos; y iii) diseños y otra información sobre el videojuego que



se pretende desarrollar. Luego, las partes pueden intercambiar planes de negocio y promoción, eventualmente seguidos de *software* y materiales promocionales que no se hubieran hecho públicos. Al mismo tiempo, el FC proveerá información sobre el *hardware* y *software* incluyendo herramientas de desarrollo, como así también estrategias promocionales y comerciales.

Dada la importante naturaleza de la información confidencial intercambiada, se exigirá que cada parte mantenga la confidencialidad por un plazo determinado, y que tome los recaudos necesarios para mantener la confidencialidad. Además, se permitirá a ambas partes compartir la información confidencial con empleados, desarrolladores y subcontratistas en caso de que esas personas necesiten conocerla, y sujeto a la firma de un acuerdo de confidencialidad y no divulgación. Sin embargo, en ciertas circunstancias la información confidencial puede ser comunicada públicamente, como por ejemplo frente a una orden judicial o administrativa del gobierno.²⁹³

6.5.3 Cesión

De un modo similar a como ocurre en las relaciones entre licenciatario-licenciatario, dado que el FC está celebrando el contrato específicamente con el editor, y en general lo hace basándose en una cantidad de factores que incluyen la experiencia y la solvencia económica de la empresa, se prohibirá al editor ceder el contrato a otra parte; salvo que ello fuera autorizado por el FC. En consecuencia, el editor no puede transferir sus derechos y obligaciones a otra parte sin la aprobación previa del FC.

6.5.4 Plazo y terminación

La duración de los contratos la establece el FC, y pueden terminar por el cumplimiento del plazo o anticipadamente, en caso de verificarse un incumplimiento sustancial del editor que no sea enmendado.²⁹⁴ La regulación de los supuestos de incumplimiento generalmente será muy amplia y puede afectar cualquier contrato entre el editor y el FC. Esto significa que el incumplimiento de un contrato puede derivar en la resolución de otros contratos.²⁹⁵ En consecuencia, las repercusiones pueden ser enormes.

Aunque los incumplimientos pueden ser ligeramente diferentes, dependiendo del contrato y del FC, es esperable que se incluyan como tales, entre otros, los siguientes:

1. Falta de pago de sumas adeudadas al FC;
2. Falta de enmienda de una violación a una declaración y garantía o a otro término sustancial del contrato;

3. Incumplimiento de los lineamientos para el envío y aprobación de los videojuegos y cualquier otro material;
4. Incumplimiento de la obligación de seguridad respecto materiales tales como las herramientas de desarrollo provistas al desarrollador o editor;
5. Uso inadecuado de las marcas del FC;
6. Uso de materiales no aprobados por el FC;
7. Incumplimiento de regulaciones y normas vinculadas con la clasificación; y
8. Quiebra o insolvencia.²⁹⁶

Si un editor o desarrollador incurre en incumplimiento, generalmente se le otorga un plazo para enmendarlo, que dependerá del tipo de incumplimiento y de que sea enmendable. Por ejemplo, podría no haber plazo para enmendar una presentación en quiebra o una cesión a los acreedores. Además, en determinados momentos el FC puede tener derecho a requerir protección cautelar en caso de incumplimiento.²⁹⁷

En ciertos casos, cuando expira el plazo del contrato, el editor puede ser autorizado a liquidar el inventario remanente dentro de un término que puede variar entre 90 y 180 días, dependiendo del contrato.²⁹⁸ Si quedara alguna existencia luego del período de liquidación, debería ser destruida en un plazo determinado.²⁹⁹ También deberían restituirse al FC o destruirse -según lo requiera el FC- todos los materiales del FC que estuvieran en posesión del editor, sean kits de desarrollo o información confidencial, y puede requerirse a los editores que mantengan la prestación del servicio de soporte para funcionalidades en línea.

6.5.5 Elección de la ley aplicable; jurisdicción

En esta sección del contrato se determinará qué ley deberá aplicar el tribunal o árbitro, en su caso, y dónde deberán ser dirimidas las controversias entre las partes. Dada la posición de negociación de los fabricantes de consolas, el editor o desarrollador deberán acordar la ley aplicable y jurisdicción elegidas por el FC. Este aspecto es muy significativo para los editores y desarrolladores, y especialmente para las empresas más pequeñas, ya que los gastos de traslado, la posibilidad de requerir de un abogado local y otros gastos pueden ser una carga enorme. Por ejemplo, una empresa de Florida podría tener que viajar a Washington para litigar un asunto en el que se aplicaría la ley estatal de Washington.



6.6 Perspectiva

El papel de los fabricantes de consolas cambiará en los próximos años con el giro que dio la manera en que los consumidores pueden jugar videojuegos. Muchos consumidores que jugaron en dispositivos portátiles y consolas ahora pueden pasar la mayor parte de su experiencia utilizando plataformas alternativas en dispositivos móviles y tabletas. Aunque algunos consumidores pueden cambiar sus hábitos de juego, muchos continuarán jugando en consolas. Otros, introducidos en el juego por los propios dispositivos móviles, comenzarán a jugar en plataformas de consolas, sea mediante la compra de juegos en comercios o jugando en línea. Si bien en la actualidad existen más barreras económicas y procedimentales para desarrollar y publicar videojuegos en plataformas de consolas, comparadas con otras plataformas y métodos de distribución, las recompensas pueden ser enormes, especialmente para los títulos exitosos. Por lo tanto, debería ser una opción a considerar para los desarrolladores que planifican desarrollar videojuegos. Sin embargo, antes de emprender cualquier desarrollo, el desarrollador y el editor deben conocer cómo opera cada FC, qué les requerirá, qué lineamientos deberán seguir y qué obligaciones, incluyendo las financieras, deberán asumir.

CAPÍTULO 7

DISTRIBUCIÓN DIGITAL

7.1 Introducción a la distribución digital para PC

Con los avances en tecnología, la reducción del espacio en los comercios, el crecimiento del ancho de banda y el incremento del uso de internet, la distribución digital se ha convertido en la principal forma de distribución de los videojuegos de PC en los últimos años.³⁰⁰ Este cambio significativo impactará en la industria los próximos años, y ha impulsado el lanzamiento de una cantidad de videojuegos de editores y desarrolladores independientes³⁰¹ sin precedentes.

La distribución digital es otra forma de distribución en la que el contenido es entregado a través de Internet o la consola de videojuegos, sin utilizar medios físicos, y permite a los usuarios finales comprar³⁰² y/o adquirir licencias de videojuegos, contenido descargable adicional (“DLC”, por sus siglas en inglés),³⁰³ actualizaciones y mejoras en forma instantánea.³⁰⁴ La transición de los comercios a la distribución digital ayudó a expandir las oportunidades de los desarrolladores³⁰⁵, quienes tienen un acceso directo y mayor a los usuarios finales en todo el mundo y, a su vez, no deben afrontar los mayores costos asociados con el comercio en tiendas. Además, mientras el espacio en los estantes de muchos comercios continúa achicándose³⁰⁶, la distribución digital constituye una alternativa relevante y potencialmente más barata para el lanzamiento de nuevos productos y, a la vez, una fuente de ingresos para los más viejos.³⁰⁷ Sin embargo, estos beneficios también han derivado en una abundancia de videojuegos, por lo que distinguir un videojuego de otro se ha convertido en un desafío para muchos desarrolladores.³⁰⁸ Además, los desarrolladores deben saber que algunos videojuegos pueden no ser aceptados para distribución en una plataforma particular de PC.³⁰⁹

En este capítulo se examinarán algunos de los desafíos que enfrentan los desarrolladores y la relación entre el distribuidor y el desarrollador, como así también los aspectos legales y comerciales más importantes entre las partes, incluyendo los principales términos de un contrato en el que el desarrollador licencia sus videojuegos para ser distribuidos en su plataforma de distribución.

7.2 El contrato detallado: introducción

En la mayoría de los casos, el contrato de distribución digital (referido como “el contrato” en este capítulo) será redactado por el distribuidor, como titular de la plataforma, y tenderá a incluir términos a su favor. Sin embargo, aunque cada acuerdo puede variar, el desarrollador debería poder negociar algunos términos del contrato



basándose en la capacidad de negociación de las partes, las alternativas del mercado para el desarrollador, y la demanda y calidad del videojuego.³¹⁰

7.2.1 Derechos otorgados

En esta sección del contrato se describen los derechos otorgados por el desarrollador al distribuidor, que habitualmente comprenderán tres aspectos: i) las propiedades licenciadas al distribuidor, incluyendo cualquier videojuego, contenido descargable, actualizaciones, demos, etc. ("productos"); ii) el territorio en el que las propiedades pueden ser explotadas; y iii) los derechos del distribuidor para explotar los productos, incluyendo la venta y promoción. Generalmente, el desarrollador otorgará una licencia no exclusiva y no transferible que permitirá al distribuidor vender, licenciar, publicitar, promover, comercializar, modificar³¹¹ y distribuir de cualquier otro modo los productos a través del sistema del distribuidor, durante un plazo y dentro de un territorio. El plazo y el territorio pueden variar entre distintos productos si hay restricciones en los derechos subyacentes. El otorgamiento de derechos no exclusivos es importante, dado que permite al desarrollador otorgar derechos a otros distribuidores durante el plazo y en el territorio. Cuando el desarrollador no recibe otra retribución más que la regalía, cualquier acuerdo debe ser estructurado sobre la base de la no exclusividad. Además, el licenciamiento también incluirá una licencia no exclusiva para que el distribuidor use las marcas del desarrollador en la promoción y venta de los productos del desarrollador, lo que deberá estar sujeto a su aprobación previa.

7.2.2 Entrega de materiales

En esta sección se resalta en qué materiales y formatos debe ser entregado al distribuidor el videojuego o cualquier otro contenido, como así también cuándo deben realizarse las entregas. Estas cuestiones deben ser abordadas por ambas partes, dado que el desarrollador debe entregar los productos y el contenido en base a las especificaciones del distribuidor para poder arribar a la fecha de lanzamiento recomendada.

El desarrollador debe enviar al distribuidor el código fuente del videojuego (es decir, la versión final). El desarrollador puede decidir si incluye o no protecciones de tipo DRM (Gestión de derechos digitales, por sus siglas en inglés), y tanto el desarrollador como el distribuidor pueden añadirlas a la versión final, aunque algunos distribuidores solicitan que el videojuego se deje sin protección por DRM. En algunos casos, el desarrollador también puede decidir implementar un SDK³¹² (Kit de desarrollo de software, por sus siglas en inglés) específico para un distribuidor. Además, se puede requerir al desarrollador que entregue ciertos activos promocionales tales como descripciones del videojuego, íconos con logos, capturas de pantalla y videos, que el distribuidor usará para promover el juego en su plataforma. Luego de recibir la versión

final, el distribuidor determinará si el videojuego es técnicamente aceptable para su distribución.

Aunque muchos videojuegos de PC son lanzados solo digitalmente, si existe una versión digital y una para venta en comercios, el distribuidor exigirá que exista una paridad en la fecha de lanzamiento. En otras palabras, tener la oportunidad de lanzar la versión digital del videojuego el mismo día que la versión que se comercializará en tiendas, para evitar una desventaja competitiva. Para ello, el distribuidor requerirá que se le entregue la versión final,³¹³ conjuntamente con la documentación y activos correspondientes al videojuego, con tiempo suficiente como para poder lanzar el videojuego en simultáneo con la versión de venta en tiendas.³¹⁴ Además, el distribuidor no querrá publicar los videojuegos licenciados después de otro distribuidor.³¹⁵ Si el videojuego ya ha sido publicado, la entrega no constituye una preocupación tan grande, dado que ya no está el problema del lanzamiento en igual fecha que la versión de venta en tiendas, pero todos los distribuidores querrán tener la oportunidad de publicar el videojuego al mismo tiempo.

¿Qué ocurre cuando el desarrollador no puede entregar los materiales al distribuidor? La respuesta dependerá del tipo de negocio estructurado entre las partes y de si se pagó al desarrollador por los derechos de distribución. Si el problema surge porque el desarrollador no puede cumplir con los requerimientos técnicos establecidos por el distribuidor, el desarrollador debería poder eliminar el videojuego del contrato sin repercusiones. Sin embargo, si se hubiera pagado un adelanto por ese videojuego, la situación es más complicada y las soluciones varían. A modo de ejemplo, el desarrollador podría restituir el adelanto, o reemplazar el videojuego por otro acordado con el distribuidor.

7.2.3 Obligaciones continuas

Durante la vigencia del contrato, el desarrollador deberá proveer cualquier actualización, ampliación, versión localizada (si existiera), complementos, cambios o arreglos y mejoras para cualquier videojuego creado y puesto a disposición de los usuarios finales (“actualizaciones”). Es importante que el desarrollador negocie con el distribuidor, a fin de clarificar qué requerirá específicamente cada pedido, incluyendo la corrección de errores, y si esos pedidos implicarán un trabajo adicional no previsto para el desarrollador, que pueda imponerle una inesperada carga financiera. Está claro que si el videojuego tiene errores significativos será en el mejor interés del desarrollador corregirlos, para evitar que se vean afectadas las ventas y se dañe la reputación de la empresa. Sin embargo, el desarrollador no quiere verse contractualmente obligado a solucionar errores costosos, si ello no se justifica económicamente para el videojuego. Adicionalmente, si un desarrollador decide publicar una actualización para terceros o para el público, el distribuidor querrá recibir ese material al mismo tiempo, para asegurarse un trato igualitario respecto



de otros distribuidores y vendedores, salvo que el distribuidor hubiera asumido una promoción.³¹⁶

Como parte de sus obligaciones continuas, podrá exigirse a cada parte que preste servicios de atención al cliente.³¹⁷ Habitualmente, el distribuidor prestará a los usuarios soporte técnico y de otro tipo, con relación a la descarga del videojuego desde el sitio del distribuidor, y también con relación a cuestiones de facturación. El desarrollador, por su parte, será responsable del servicio técnico al distribuidor, respecto de problemas específicos del videojuego, que pueden incluir problemas operativos o que se susciten al jugar el videojuego. Ambas partes querrán asegurarse de que la asistencia será de buena calidad, y no menor que la que se ofrece para otros juegos del mismo segmento, y que las respuestas sean dadas de forma oportuna.

7.2.4 Plazo

Las partes acordarán una cantidad de años en los cuales el distribuidor tendrá el derecho de distribuir el videojuego, habitualmente de modo no exclusivo. En el supuesto de que las partes hubieran celebrado un acuerdo que comprenda múltiples títulos, el plazo correspondiente a cada videojuego se iniciará habitualmente con la firma del contrato, y continuará por un término computable desde la aceptación de los materiales por parte del distribuidor, o desde la publicación del videojuego en la plataforma.³¹⁸ Adicionalmente, en los contratos que incluyen múltiples videojuegos, los plazos pueden variar debido a las diferentes fechas de entrega.

En algunos contratos se prevé la renovación automática de plazos,³¹⁹ habitualmente por períodos de 1 año, cuando ninguna de las partes se encuentra en incumplimiento. En caso de que alguna de las partes decida terminar el contrato deberá notificar su decisión dentro del plazo previsto (por ejemplo, 30 días antes de que expire el plazo de renovación). Es importante que la parte esté en conocimiento de este requisito porque, en caso contrario, perderá la oportunidad de terminar el contrato, salvo que tenga el derecho de rescindir sin expresión de causa. Adicionalmente, el plazo puede ser extendido por un período adicional en virtud de un hecho de fuerza mayor.³²⁰

El plazo también puede reducirse como resultado de un incumplimiento no enmendado del contrato, o a causa de la rescisión sin expresión de causa.³²¹ Además las partes deben decidir si un incumplimiento del contrato que involucre un solo videojuego habilitará la terminación del contrato completo, o solo respecto del videojuego afectado.³²²

7.2.5 Aspectos vinculados con el marketing

Con el incremento en la cantidad de videojuegos en plataformas digitales, resulta cada vez más desafiante su diferenciación para el consumidor. Aun cuando hayan

creado un videojuego exitoso, la percepción del consumidor implica un desafío para la mayoría de los desarrolladores. Para atacar este mercado superpoblado, los desarrolladores deben procurar negociar algún tipo de compromiso de promoción mínimo por parte del distribuidor y/o el posicionamiento favorable del videojuego por un plazo. En algunos casos, el desarrollador puede preferir trabajar con un editor, dado que éste podría tener una posición más ventajosa para negociar con distribuidores y, por lo tanto, conseguir mejores compromisos promocionales y de comercialización.³²³

Algunos videojuegos, como los grandes títulos, tendrán un posicionamiento destacado en el sitio web del distribuidor, porque ayudarán a mejorar sus ventas. Para los videojuegos que no tienen esa posibilidad, la exposición -aunque mínima- es crítica para sus ventas, por lo que deberán negociarse compromisos de promoción. La exposición del videojuego en la página principal del sitio web del distribuidor puede derivar en una inmensa cantidad de tráfico a la página del videojuego, lo que redundará en un tremendo incremento de las ventas.

Generalmente, el distribuidor estará autorizado para promocionar el videojuego, a su costa, sujeto a la aprobación previa del desarrollador. El desarrollador querrá tener derecho de aprobación pero, al mismo tiempo, procurará evitar un procedimiento de aprobación extenso que pueda afectar que el videojuego se destaque. Dado que las oportunidades son limitadas, el desarrollador deberá poder resolver el procedimiento de aprobación cuidadosamente y, en algunos casos, rápidamente. Para reducir la preocupación sobre las aprobaciones, muchos contratos prevén tiempos de respuesta extremadamente cortos y/o la entrega de materiales previamente aprobados que, si no son modificados, pueden ser utilizados por el distribuidor sin otra aprobación. En este último caso, la única preocupación que el desarrollador puede tener es el contexto en el que serán utilizados los materiales previamente aprobados. En caso de que la promoción se lleve a cabo y el desarrollador no esté de acuerdo, podrá notificarlo al distribuidor para corregirla o eliminarla.

Una interesante forma en que el desarrollador puede atraer consumidores es permitiendo al distribuidor implementar una promoción especial, por tiempo limitado, en la que los videojuegos del desarrollador sean ubicados en un lugar destacado de la página de inicio del distribuidor con un precio reducido respecto del precio sugerido al público ("SRP", por sus siglas en inglés). Por ejemplo, el distribuidor podría elegir reducir el precio de un videojuego por un tiempo limitado, como durante un feriado u otro evento especial, siempre sujeto a la aprobación del desarrollador. En este caso, el distribuidor no tendría que realizar un pago mínimo por cada juego vendido basándose en el precio sugerido al público, sino que pagaría la regalía acordada en el contrato, pero teniendo en cuenta el precio reducido vigente durante la promoción. Si el desarrollador contratara este tipo de promociones por tiempo limitado, debe asegurarse de no estar obligado a hacerlo con otros distribuidores, salvo que ofrezcan un beneficio similar en contraprestación (por ejemplo, una ubicación destacada).



La promoción puede ser beneficiosa para ambas partes, ya que ayuda a derivar tráfico a un sitio y también proporciona la exposición -quizás necesaria- para que un título sea reconocido, aunque en algunos casos los ingresos de las partes por cada videojuego resulten menores. Por otra parte, en muchas situaciones el pico en las ventas es tan alto que la reducción de ingresos por cada venta individual se ve superada por el incremento en el volumen de ventas.

7.2.6 Distribución de los ingresos y precio

Los aspectos comerciales más importantes para el desarrollador serán el porcentaje de ingresos que obtendrá por la venta de sus productos y la base sobre la que se aplicará ese porcentaje (es decir, los ingresos netos y/o el precio sugerido al público). Tanto el desarrollador como el distribuidor reciben una participación en los ingresos basada en un porcentaje de los ingresos netos obtenidos por el distribuidor. Se ha reportado que en algunos acuerdos de distribución digital de PC el desarrollador recibe una participación del 70%, siendo el porcentaje remanente retenido por el distribuidor.³²⁴

Luego, los distribuidores dividen los ingresos obtenidos por la explotación del producto, de acuerdo con el criterio de participación en los ingresos. Cuánto gane el desarrollador dependerá del éxito de los productos y del monto cobrado por el distribuidor, salvo que la participación en los ingresos se base en un precio sugerido al público por el desarrollador. El precio de los videojuegos en la plataforma del distribuidor puede ser determinado por cualquiera de las partes, según lo indique el contrato.

Si el precio es determinado por el distribuidor, ¿cómo hace el desarrollador para protegerse contra la reducción del precio de un videojuego que podría potencialmente socavar su valor y las ventas proyectadas? En esta situación, el desarrollador debería requerir un pago mínimo por cada venta, basado en el precio sugerido al público, e independiente del precio efectivamente cobrado al consumidor; aunque esto puede ser difícil de negociar. En tal escenario, el distribuidor fija el precio, pero debe pagar al desarrollador lo más alto entre: i) un porcentaje fijo basado en el precio real de venta del videojuego y cualquier otro contenido; o ii) un pago mínimo, que podría estar basado en un porcentaje del precio sugerido al público. El pago mínimo por cada producto vendido ofrece cierta protección al desarrollador, dado que garantiza como mínimo una suma fija por la venta de cada producto que se descargue. Si el desarrollador tiene algún problema con el precio, siempre puede decidir rescindir el contrato sin expresión de causa.³²⁵

A diferencia de la relación de distribución entre editor y desarrollador para ventas en comercios, aquí el distribuidor realiza menos deducciones, ya que no hay cuestiones de inventario a tener en cuenta (es decir, la protección de precio y la fabricación no son relevantes en la distribución digital). Antes de remitir los ingresos al desarrollador,

el distribuidor primero deducirá su retribución de los ingresos recibidos y, luego, deducirá los costos aprobados. Entre las deducciones más clásicas en la mayoría de los contratos estarán los costos reales resultantes de: devoluciones, descuentos, reembolsos, fraude, impuestos y devolución de cargos de las compañías de tarjetas de crédito.³²⁶

Cuadro 5: Canal tradicional de venta en comercios

El canal tradicional de venta en comercios sigue siendo una fuente principal de ingresos para los editores que han construido relaciones e infraestructura para dar soporte a la distribución de contenido físico. Generalmente, salvo que hayan firmado un contrato con un editor para distribuir sus videojuegos de PC, los vendedores de comercios tradicionales no serán una opción viable para los desarrolladores independientes, debido a los costos y la logística necesaria para sostener la distribución.

Hay costos muy importantes asociados con la distribución de videojuegos físicos en el canal de comercios tradicionales, incluyendo la fabricación, envío, almacenamiento y riesgo de inventario, devoluciones de publicidad cooperativa y protección de precios.

Algunas ventajas de la venta de videojuegos en comercios incluyen que son una alternativa para los consumidores que no tienen acceso a Internet de alta velocidad o a tarjetas de crédito. Además, en la mayoría de los casos genera, durante un cierto tiempo, un reconocimiento adicional del videojuego por parte de los consumidores.³²⁷

Si el desarrollador ha celebrado diversos acuerdos no exclusivos, todos los distribuidores esperarán recibir el mismo tratamiento respecto del precio, de modo tal que ninguno quede económicamente en desventaja respecto de los demás. Consecuentemente, el precio sugerido al público publicado será el mismo para todos los distribuidores, pero la participación en los ingresos que reciban puede diferir.

Adicionalmente, el desarrollador puede también distribuir un videojuego gratuitamente, en el que los ingresos se generen por la aparición de bienes virtuales y publicidad, y no por la venta del videojuego. Las partes también deberán negociar el modo en que dividirán los ingresos; que puede variar dependiendo de la fuente del ingreso (es decir, las compras dentro del videojuego) como también las deducciones permitidas.

7.2.7 Liquidaciones y auditorías

En cualquier contrato que involucre el pago de regalías, la parte que recibe el pago debería recibir liquidaciones y tener el derecho de auditar. El desarrollador debería requerir liquidaciones trimestrales o mensuales, ya que aunque algunos distribuidores podrían proveer información diaria sobre las ventas, solo asumirán el compromiso de una liquidación trimestral y emitir el pago con la entrega de cada liquidación. Al lidar con diferentes territorios y posiblemente diferentes videojuegos, el desarrollador debería solicitar lo siguiente:



- (i) liquidaciones segmentadas por producto y por territorio, indicando los ingresos brutos recibidos por todas las formas de explotación del videojuego;
- (ii) deducciones permitidas;
- (iii) ingresos netos del desarrollador;
- (iv) precios por producto; y
- (v) cantidad de unidades vendidas.

Además, los montos de las ventas netas deberán ser expresados en la moneda de dicha venta, seguidos de su conversión a la moneda en la que se realizará el pago final.³²⁸

7.2.8 Terminación

Tal como ocurre con el resto de los contratos respecto de los que se ha analizado este punto, la cláusula de terminación otorgará a cada parte el derecho, pero no la obligación, de resolver el contrato si la otra parte incumple una obligación sustancial y no enmienda tal incumplimiento en el plazo estipulado para ello. Este derecho puede ser desencadenado por cualquiera de las partes en caso de incumplimiento sustancial del contrato.³²⁹

Un incumplimiento sustancial de las obligaciones del distribuidor puede involucrar:

1. La falta de pago de sumas adeudadas al desarrollador;
2. La falta de emisión de la liquidación;
3. La distribución de un videojuego antes de la fecha de lanzamiento;
4. La distribución de un videojuego fuera del territorio acordado o más allá del plazo;
5. La violación de una declaración y garantía;
6. La falta de alguna aprobación; o
7. La falta de atención adecuadamente a los clientes.

Un incumplimiento sustancial de las obligaciones del desarrollador puede involucrar:

1. La violación de una declaración y garantía;
2. La falta de entrega de materiales para un videojuego, mientras se entregan materiales a otros distribuidores, incluyendo cualquier actualización; o
3. La falta de atención al cliente.

Además, cualquiera de las partes generalmente tendrá el derecho de terminar inmediatamente el contrato cuando un incumplimiento sustancial no es susceptible

de ser enmendado, o si una parte deviene insolvente o no puede pagar sus deudas exigibles o realiza una cesión a sus acreedores.

Cualquier parte también puede tener el derecho de rescindir el contrato sin expresión de causa, siempre que no se hubieran pagado adelantos para extender el plazo.³³⁰ En este escenario, una parte puede rescindir sin expresión de causa, siempre que notifique a la otra parte dentro de un plazo determinado (usualmente 30 a 60 días). La causa de la terminación no es relevante, salvo que sea para evitar alguna obligación (por ejemplo, el pago), y ciertas cláusulas permanecerán vigentes después de la terminación, como también los pagos que puedan tornarse exigibles, las declaraciones y garantías y la indemnización, por nombrar algunas.

Luego del vencimiento o la terminación del contrato, todos los derechos otorgados al distribuidor terminan y el distribuidor debe frenar toda venta, distribución y promoción de los juegos licenciados, lo que puede hacer casi inmediatamente. Cualquier material en posesión del distribuir debe ser o bien restituido al desarrollador o bien destruido, a opción del desarrollador. Sin embargo, el distribuidor debe tener derecho de procesar cualquier orden pendiente y continuar prestando el servicio de soporte al cliente para usuarios finales, como también cualquier actualización para corregir errores en el videojuego. Otras obligaciones deberían incluir:

- (i) Que el distribuidor realice un pago final respecto de las regalías y emita una liquidación final;
- (ii) El derecho del desarrollador a auditar;
- (iii) Declaraciones, garantías e indemnización;
- (iv) Limitaciones a la responsabilidad;
- (v) Confidencialidad;
- (vi) Ley aplicable y jurisdicción; y
- (vii) Remedios acumulativos.³³¹

7.2.9 Limitación de responsabilidad

En muchos contratos las partes habitualmente convienen limitar su responsabilidad y esto se hace básicamente de tres formas. Una, las pueden limitar el monto de los daños que cada una puede reclamar como resultado de la terminación del contrato causada por un incumplimiento. Si se acuerda así, las partes deben determinar una fórmula para establecer el tope. En algunos casos, el distribuidor pretenderá que el tope esté atado al monto pagado al desarrollador, incluyendo cualquier regalía y adelanto. Sin embargo, una fórmula así podría no resultar conveniente para los intereses del desarrollador, especialmente cuando la gravedad del incumplimiento no coincida con los daños que el desarrollador hubiera sufrido (también puede ser un problema para el distribuidor, pero los distribuidores suelen querer que el tope sea ese monto). En consecuencia, puede ser más beneficioso para el desarrollador requerir que el tope se calcule como un porcentaje de las regalías ganadas (como el 200% o más) o que esté atado al tope del seguro de E&O contratado por el



distribuidor. Por ejemplo, el distribuidor podría tener un tope de US\$1.000.000 en su cobertura de seguro. Es importante destacar que suelen quedar excluidos del tope en los daños los reclamos de indemnización, la violación de la confidencialidad y usualmente culpa grave.

En segundo lugar, las partes pueden acordar limitar los tipos de daños que serán excluidos de cualquier reclamo entre las partes, tales como el daño punitivo, causal, especial y especulativo.

En tercer lugar, las partes pueden pretender limitar la responsabilidad respecto de sus productos, mediante la exclusión de todas las garantías reglamentarias, expresas o implícitas, excepto las que surjan expresamente del contrato (por ejemplo, la infracción de la propiedad intelectual de terceras partes). Esto incluye pero no se limita a las garantías de comercialización, adecuación para una finalidad determinada y cualquier otra garantía que surja del curso de los negocios, los usos o prácticas comerciales y se refiera al producto o al *software* utilizado para distribuirlo.³³²

7.2.10 Cesión

Una preocupación adicional que las partes deberán negociar es si alguna de ellas podrá ceder sus derechos en los términos del contrato. Es ese caso, la parte transfiere sus derechos y obligaciones a otra. En algunos contratos, la parte podrá ceder sus derechos sujeta a la aprobación de la otra parte, la que no podrá ser negada irrazonablemente. Una justificación válida para rechazar una cesión podría ser evitar que el desarrollador deba trabajar con una empresa que podría ser su competidora, o con la que podría haber tenido una relación deficiente en el pasado.

En otros contratos, el desarrollador debería procurar obtener el derecho de aprobar una cesión sin limitaciones y a su sola discreción, salvo que los derechos sean cedidos a una sociedad controlante o vinculada. En muchos casos, el desarrollador celebra el contrato con un distribuidor basado en su relación particular y, por lo tanto, cualquier cambio podría afectar la relación entre las partes.

En caso de que la cesión sea permitida, la parte cedida debería requerir que el cesionario asuma y acepte todas las obligaciones y responsabilidades del distribuidor original, y en caso de que el cesionario incumpla el contrato, el distribuidor original sería responsable por cualquier daño.

7.2.11 Otros términos

Otros términos importantes que aparecerán en el contrato incluyen:

1. Previsiones respecto de que todos los nuevos materiales que cree, o contribuciones que realice el distribuidor basadas en el videojuego serán

consideradas como obras por encargo y, por lo tanto, de titularidad del desarrollador y no del distribuidor.

2. Declaraciones y garantías e indemnidades, que incluirán entre otras cosas que:

- (i) el distribuidor querrá garantías de que el desarrollador es el titular o controla todos los derechos de y para el videojuego y sus actualizaciones;
- (ii) la explotación del videojuego y las actualizaciones permitidas en el contrato no violan ningún derecho de terceros; y
- (iii) el videojuego y sus actualizaciones no contienen virus, bombas de tiempo, gusanos u otros elementos contaminantes que puedan modificar, dañar o inutilizar los sistemas informáticos del distribuidor o de cualquier otra parte.

Para el desarrollador, es importante también recibir declaraciones y garantías e indemnidades que cubran las acciones del distribuidor. Por ejemplo, el distribuidor debería garantizar que i) la plataforma de distribución y cualquier material promocional que no esté sujeto a la aprobación del desarrollador no violará los derechos de terceros, incluyendo derechos de autor, marcas y patentes, y ii) cumplirá con todas las leyes y regulaciones, sean internacional, nacionales, estatales o locales, que resulten de aplicación a sus obligaciones.

Por último, el contrato suele abarcar los siguientes aspectos:

- (i) confidencialidad;
- (ii) aprobaciones respecto de los materiales creados por el distribuidor y el contexto en el que el videojuego y los materiales serán vendidos y comercializados a los usuarios finales;
- (iii) créditos, uso de los logos del desarrollador y advertencias legales, y dónde aparecerán;
- (iv) comunicados de prensa;
- (v) contratos de licencia para usuarios finales (EULA, por sus siglas en inglés, *end user license agreements*);³³³
- (vi) procedimientos y precauciones a tomar al lidiar con infractores; y
- (vii) clasificaciones.³³⁴



CAPÍTULO 8

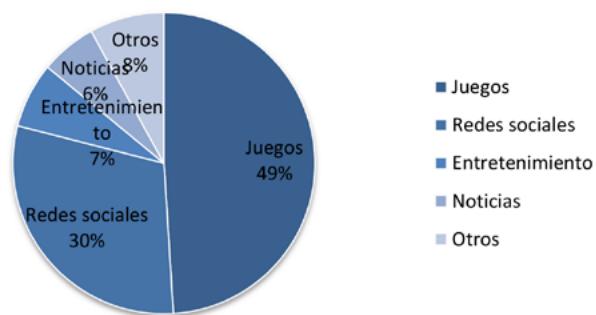
EL MERCADO DE LOS VIDEOJUEGOS MÓVILES

8.1 Introducción

El sector de los videojuegos móviles, que incluye dispositivos tales como teléfonos inteligentes, teléfonos celulares tradicionales³³⁵ y tabletas,³³⁶ se ha convertido en el de mayor crecimiento en la industria del videojuego.³³⁷ Más aún, los videojuegos constituyen el uso singular más común para los teléfonos inteligentes. Por ejemplo, en diciembre de 2011, la empresa de análisis de datos móviles Flurry estimaba que los videojuegos ocupaban el 49% del consumo de aplicaciones en los Estados Unidos:

Gráfico 5: Consumo de aplicaciones móviles

Consumo de aplicaciones móviles en EEUU, tiempo dedicado por categoría



Además, este es un mercado verdaderamente global. Por ejemplo, mientras que en la actualidad los principales mercados móviles son países relativamente ricos como los Estados Unidos, el Reino Unido, Japón y Corea del Sur, la tasa mayor de crecimiento en la adopción de teléfonos móviles puede verse en países como China, Vietnam, Colombia y Turquía.³³⁸

El mercado móvil ofrece a los desarrolladores beneficios que parecen inalcanzables en otras áreas del mercado de videojuegos, gracias a las barreras de entrada relativamente bajas, que incluyen costos de desarrollo más reducidos que otras plataformas,³³⁹ facilidad para publicar en todo el mundo, disponibilidad inmediata en redes móviles, y una facilidad de acceso a las aplicaciones de videojuegos ("apps") sin precedente, debido a la mayor disponibilidad de dispositivos móviles a lo largo del mundo.³⁴⁰

Al mismo tiempo, para algunos desarrolladores en la industria de videojuegos móviles generar dinero puede ser un desafío, dado que se trata de un mercado caracterizado por la abundancia de productos³⁴¹ de diferentes calidades, el ingreso constante de nuevos dispositivos y tecnologías,³⁴² diferentes sistemas operativos,³⁴³ regulación³⁴⁴ y modelos de negocios³⁴⁵ nuevos y evolucionados. Sin embargo, para muchos desarrolladores y editores el mercado móvil se ha vuelto extremadamente rentable. Todos estos elementos coadyuvan a que sea el sector que cambia más rápidamente en la industria de los videojuegos, como así también extremadamente competitivo en tratar de distinguir una *app* de otra.

Este capítulo tratará algunas de las cuestiones comerciales y legales asociadas con los videojuegos móviles, incluyendo las que surgen en los distintos contratos que el desarrollador podría celebrar, a fin de obtener la distribución de su *app*. En muchos aspectos, algunos de los temas tratados en este capítulo serán aplicables al desarrollador del mercado móvil. Los mismos incluirán desarrollo, autorizaciones de PI, consideraciones de licenciamiento, relaciones con el editor, clasificaciones, restricciones regulatorias y cláusulas comunes que aparecen en muchos otros contratos vinculados con la edición, distribución y licencia de videojuegos.

8.2 Negociación con distribuidores (la “tienda de aplicaciones”)

Las *apps* (aplicaciones) están disponibles para los consumidores mediante el acceso a tiendas de aplicaciones a través de Internet, desde dispositivos móviles o tabletas conectadas a una red de telefonía móvil o inalámbrica. Por lo tanto, en primer término los desarrolladores deberán celebrar contratos con los diversos distribuidores, como la tienda de aplicaciones de Apple, Google Play o Samsung Apps,³⁴⁶ que constituyen las plataformas de distribución. En algunos casos, el desarrollador también puede celebrar un contrato con el fabricante de un dispositivo, para crear o licenciar un videojuego exclusivamente para ser usado en ese dispositivo específico, a través de la tienda del dispositivo (aunque esto es relativamente inusual, salvo que el desarrollador o la PI esté particularmente en crecimiento y la plataforma esté buscando activamente crecer a través de incentivos directos).

Para la mayoría de los desarrolladores, negociar con un distribuidor es un procedimiento sencillo, en el cual el desarrollador acepta el acuerdo cliqueando un contrato de distribución. El contrato no es negociable (salvo en caso de que el desarrollador tenga un poder de negociación extremo, y aun así es muy poco lo que puede negociarse con la plataforma) y establecerá los derechos y obligaciones de las partes. Aunque los contratos varían entre los distribuidores, habitualmente regulan el procedimiento de envío, aprobaciones,³⁴⁷ el licenciamiento no exclusivo de la tecnología de la plataforma,³⁴⁸ la retribución que percibirá el distribuidor,³⁴⁹ cuándo deben hacerse los pagos al distribuidor, el plazo, el territorio, el otorgamiento de derechos por parte del desarrollador, los derechos de titularidad, precios,



notificaciones de remoción,³⁵⁰ límites para la recolección de datos,³⁵¹ requerimientos para las clasificaciones,³⁵² pruebas, seguros,³⁵³ límites para el uso de *software libre* y certificación de la aplicación por parte del distribuidor.

El contrato también requerirá que el desarrollador declare y garantice que la propiedad intelectual asociada con la *app* es de su titularidad, o está debidamente licenciada por un tercero, y que mantendrá indemne al distribuidor de cualquier responsabilidad, pérdida, y cualquier costo resultante de demandas por infracción a derechos de autor, marcas y patentes que pudieran iniciarse contra el distribuidor. Además, al igual que otros contratos analizados en este libro, el contrato regulará una serie de aspectos que incluye pero no se limita a cómo y dónde deberán ser solucionadas las controversias, la terminación, confidencialidad,³⁵⁴ límite a la responsabilidad, derechos del distribuidor para revisar los términos del contrato, exención de garantías y cláusulas tipo.³⁵⁵

En algunos casos, un distribuidor que también es fabricante de un dispositivo móvil podría estar interesado en tener la exclusividad de una aplicación desarrollada y aún no lanzada por el desarrollador. Esto puede tener como finalidad, por ejemplo, promover un dispositivo nuevo o lanzado recientemente. Si bien es una situación poco frecuente, las partes deberían celebrar un acuerdo separado,³⁵⁶ que por lo general modificará el contrato de distribución y especificará los servicios requeridos. Los cuales podrán (dependiendo de los términos del acuerdo) incluir condiciones relativas al desarrollo de la aplicación, fechas de entrega, obligaciones de localización, procedimiento de entrega (incluyendo el procedimiento de aceptación), plazo, territorio, condiciones económicas³⁵⁷ y de comercialización. En la práctica, habitualmente lo más importante aquí será el compromiso de promoción: el desarrollador estará interesado en sacar toda la ventaja posible a las capacidades promocionales de la plataforma, dado que ello puede llevar a un incremento significativo en las ventas.³⁵⁸

8.3 La relación editor – desarrollador

Debido al relativo bajo costo de desarrollo de una aplicación, y la facilidad con la que un desarrollador puede distribuir su videojuego a través de una tienda de aplicaciones, muchos desarrolladores eligen publicar sus propias *apps*, especialmente cuando los costos de desarrollo son bajos. El mayor beneficio para el desarrollador es que no tiene que compartir sus ingresos, ni necesita aprobaciones más que las correspondientes al distribuidor o a los licenciantes que hubieran provisto contenido para ser usado en la aplicación. Por otro lado, el desarrollador asume todo el riesgo del desarrollo, como así también toda la responsabilidad en la publicación del videojuego.

Sin embargo, en algunos casos el desarrollador puede preferir trabajar con un editor. ¿Por qué el desarrollador móvil podría querer trabajar con un editor cuando puede

acordar la distribución de la *app* en la plataforma móvil directamente? Hay dos motivos principales. El primero es que los editores tienden a ser muy solventes y, por lo tanto, pueden aportar fondos para el desarrollo. El segundo es que los editores pueden aprovechar su mayor presencia en el mercado para proveer soporte para la comercialización que, de otro modo, resultaría inalcanzable (o impagable) para el desarrollador. Del mismo modo, los editores también pueden necesitar relacionarse con desarrolladores: muchos tienen considerable experiencia (y estudio propio de talentos) en los mundos de consolas y PC, pero no en móvil. Por lo tanto, podría tener sentido buscar un estudio independiente para ayudar a crear un videojuego móvil (a veces, pero no siempre, usando PI existente del editor).

En consecuencia, en el mundo móvil pueden verse contratos entre desarrolladores y editores en los siguientes supuestos: i) el editor provee financiamiento para ayudar a pagar total o parcialmente el desarrollo y otros costos asociados con la promoción y comercialización de la *app* y, a cambio, adquiere ciertos derechos que incluyen los de distribución; ii) el editor contrata un desarrollador para crear un videojuego que será de titularidad del editor; iii) el editor no se involucra en el financiamiento ni distribución, sino solo en la promoción de la *app*;³⁵⁹ o (iv) el editor distribuye la aplicación y celebra acuerdos con distribuidores (en particular, distribuidores fuera de la zona de operación del desarrollador, como podría ser el lanzamiento de un videojuego europeo en plataformas móviles chinas). En los supuestos i) y ii) el acuerdo involucrará los elementos indicados en el Gráfico 6 de abajo.

Gráfico 6: El proceso de desarrollo móvil

Proceso de Desarrollo Móvil





Las obligaciones del desarrollador y del editor variarán ampliamente dependiendo del tipo de acuerdo al que hayan arribado. Por ejemplo, si el editor está financiando al desarrollador para crear una aplicación que será de titularidad del desarrollador, o si la está creando a modo de obra por encargo para el editor, los principales aspectos a considerar serán los siguientes:

- (i) entrega de la aplicación y cronograma de hitos;
- (ii) formatos que serán entregados (por ejemplo, iOS, Android);
- (iii) cuestiones vinculadas con la entrega tardía o falta de entrega de una app, que pueden incluir la terminación o la reducción de pagos o regalías;
- (iv) obligaciones de actualización;³⁶⁰
- (v) prueba de los envíos para diferentes dispositivos;
- (vi) localización de la aplicación;
- (vii) portabilidad de la aplicación a dispositivos adicionales;
- (viii) responsabilidades de atención al cliente;
- (ix) cuestiones sobre la titularidad;³⁶¹
- (x) distribución de los ingresos (ver más abajo);
- (xi) obligaciones de distribución y promoción;
- (xii) liquidaciones y derechos de auditoría; y
- (xiii) posibles aprobaciones.

De estos diferentes aspectos, en general el que será negociado con más vehemencia será el vinculado con la distribución de los ingresos. Como ocurre con la mayoría de contratos de edición en el mundo de los videojuegos, en la edición móvil, editor y desarrollador suelen ser retribuidos a través de algún tipo de participación en los ingresos. Al igual que en el resto de los contratos que se han analizado en este libro, el monto exacto a pagar al desarrollador y al editor, como así también cómo y cuándo serán pagados, será objeto de negociación. Esta negociación estará afectada por una gran cantidad de factores, tales como el poder de negociación de las partes, y si el editor ha financiado el desarrollo y quiere recuperar su inversión. Sin embargo, en los contratos de edición móvil, las partes tomarán su participación de los ingresos después de que la plataforma de distribución (por ejemplo, Apple iOS o Google Play) haya deducido su retribución.³⁶² Más aún, dependiendo del modelo de negocios de la aplicación, podría ser necesario negociar respecto de qué se consideran ingresos y cómo. Por ejemplo, si el videojuego tiene elementos virtuales, el editor y desarrollador

deberán acordar cómo reconocer y compartir los ingresos de esos elementos dentro del videojuego, como así también cualquier ingreso resultante del precio de venta de la aplicación, si existiera.

En general, independientemente del tipo específico de contrato entre el editor y el desarrollador, se incluirán ciertas cuestiones legales similares a las que se regulan en los contratos de distribución estándar de la industria del videojuego, tales como declaraciones y garantía, indemnidad, cómo y dónde deben ser solucionadas las controversias, terminación, confidencialidad, limitaciones a la responsabilidad, seguros y cláusulas tipo.

8.4 Modelos de monetización para usuarios finales

Con una multiplicidad de aplicaciones en el mercado móvil, costos crecientes, y muchas aplicaciones gratuitas, obtener ingresos se ha convertido en el mayor desafío para muchos desarrolladores y editores. En consecuencia, diversos modelos de negocios han evolucionado o se han adaptado de otras áreas de la industria del videojuego (notablemente juegos en línea y de navegador), variando desde un pago fijo para comprar la aplicación completa (por ejemplo, Premium), hasta juegos gratis que se sostienen por la publicidad o las compras dentro del videojuego.³⁶³

En algunos casos los modelos de negocios de una aplicación varían dependiendo de la reacción inicial de los usuarios finales; y en otros, el modelo de precios puede variar dependiendo de la tienda de aplicaciones, el territorio y la marca. Una marca fuerte, por ejemplo, puede exigir diversas retribuciones porque la aplicación ha sido bien recibida y es popular entre los consumidores. Algunos modelos de negocio han funcionado bien para ciertos desarrolladores, mientras que para otros, esos mismos modelos han fallado; aunque los factores que contribuyen al éxito o al fracaso de un videojuego son muchos. Como resultado, los desarrolladores deben considerar cuidadosamente qué modelo de negocio les funciona mejor, dado que una vez que han elegido uno, puede ser difícil cambiarlo, dadas las expectativas de consumidores y distribuidores, o las restricciones técnicas.

Si bien los modelos de negocios pueden seguir evolucionando, los modelos de monetización más populares siempre involucrarán o bien alguna forma de pago y/o tarifa para los elementos del juego o una combinación de ambas.³⁶⁴ La tabla 8 de más abajo ilustra las posibles formas en que un desarrollador o editor pueden ganar dinero en las diferentes etapas de juego bajo los distintos modelos de negocio.

En la “fase inicial” del juego, las alternativas son que el usuario final pague para acceder a la aplicación o que lo haga gratuitamente. En la fase siguiente, “durante el juego”, el usuario podría seguir jugando gratuitamente o elegir pagar para mejorar su experiencia de juego, quizás con nuevos personajes o disfraces, o incrementando habilidades de juego con funcionalidades mejoradas. En general, en la “fase final” del



juego el usuario final no tiene que pagar para completarlo, excepto cuando se trata de una demo desbloqueable, en la cual el usuario final puede jugar una cierta parte gratuitamente pero debe pagar para “desbloquear” el juego completo.

Tabla 8: Posibles formas de ganar dinero en las diferentes fases de juego

Modelo de negocios	Fase inicial	Durante el juego	Fase final	Ejemplo
Premium	Paga	Gratuita	Gratuita	<i>Angry Birds</i>
Soportado por publicidad	Gratuita	Gratuita	Gratuita	<i>Pool Pro Online 3</i>
Gratis³⁶⁵	Gratuita	Paga o Gratuita	Gratuita	<i>Candy Crush</i>
Paymium	Paga	Paga o Gratuita	Gratuita	<i>Infinity Blade</i>
Demo desbloqueable³⁶⁶	Gratuita	Paga/Gratuita	Gratuita/Paga	

8.5 Consideraciones regulatorias

Como cualquier videojuego, los videojuegos móviles deben cumplir con un amplio rango de regulaciones, desde defensa del consumidor hasta protección infantil y cuestiones vinculadas con la privacidad. Analizaremos las áreas principales de regulación en el Capítulo 9.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que estas cuestiones regulatorias son aplicables pero, a la vez, particularmente oscuras en el ámbito de los videojuegos móviles, dado que los videojuegos móviles tienen mayor nivel de llegada (actual y potencial) a consumidores que el resto de las plataformas pero, al mismo tiempo, los dispositivos móviles inteligentes son muy recientes y -por lo tanto- los reguladores están recién comenzando a comprender cómo deberían aplicarse las regulaciones existentes a los videojuegos móviles y qué nuevas regulaciones se requerirán.

Por ejemplo, en los Estados Unidos, la Comisión Federal de Comercio viene publicando desde 2012 una serie de informes respecto de privacidad móvil y el acceso de los niños a dispositivos móviles,³⁶⁷ mientras que en 2013 el influyente Grupo de Trabajo del Artículo 29, de la Unión Europea, publicó un informe recomendando cambios globales al ecosistema móvil en su totalidad, desde plataformas hasta desarrolladores, para cumplir con las regulaciones de privacidad de la Unión Europea.³⁶⁸ Otros países, incluyendo por ejemplo a Australia³⁶⁹ y Canadá,³⁷⁰ han publicado informes similares. Todos estos informes enfatizan la importancia de asegurar que los dispositivos móviles y las aplicaciones que operan en ellos (incluyendo los videojuegos) cumplan con las leyes privacidad y otras normas, dada

la importancia de los dispositivos móviles en la vida de los consumidores (además de su portabilidad, lo que significa que están con los consumidores todo el tiempo). Sin embargo, hasta ahora ha habido pocas acciones de cumplimiento o avances que brinden a desarrolladores y editores una guía respecto de cómo esas normas, a veces muy distintas entre sí, deben ser implementadas en la práctica.

Otra consideración regulatoria importante para desarrolladores y editores de videojuegos móviles es la dimensión de la regulatoria global: si como regla general una aplicación puede ser distribuida mundialmente, en principio, las leyes de todos los países serán aplicables a esa aplicación. Claramente, esto impondría una carga insopportable para cualquier negocio (incluso para los editores más importantes en el ámbito de los videojuegos). Por lo que el trabajo del abogado en este ámbito es asesorar a su cliente respecto de qué regulación es particularmente relevante y cómo trazar un camino a través de ella.

8.6 Impuestos

Una consideración legal internacional que no puede evitarse es la aplicación de normas impositivas nacionales a las aplicaciones. De acuerdo con las leyes del hombre, en casi todos, si no todos los países del mundo, la venta de una aplicación -o del contenido de una aplicación- estará sujeta a impuestos. Más aún, el editor o desarrollador estará sujeto a impuestos respecto de su participación en dichas ventas. Esto puede presentar ciertas complicaciones legales y contables en términos de definir y reconocer los ingresos.

Estas consideraciones presentan dificultades no solo para desarrolladores y editores, sino para las plataformas en sí mismas. ¿Cómo debería actuar una plataforma móvil respecto de la incorporación del IVA u otros impuestos a una aplicación? ¿Es responsabilidad de la plataforma, dado que es la fuente desde la que el consumidor baja la aplicación, o debería ser responsabilidad del desarrollador o editor que crearon la aplicación y/o la hicieron disponible para su distribución en primer término? ¿Qué debería hacer el consumidor? Dada la dimensión global de estas preguntas, contestarlas rápidamente involucra aspectos de tributación internacional que exceden ampliamente el ámbito de esta publicación y que, en cualquier caso, cambian todo el tiempo.

No obstante, al momento de escribir esta publicación, puede decirse lo siguiente respecto de las dos principales plataformas, Apple iOS y Google Play. En general, Apple iOS provee una cierta ayuda respecto de los impuestos. Por ejemplo, provee asistencia a los estados de Estados Unidos que perciben un impuesto a las ventas en línea. En la Unión Europea, Apple estructura todas las ventas de aplicaciones a través de su subsidiaria en Luxemburgo, que aplica una tasa de IVA muy baja comparada con otros países de la Unión Europea (aunque esto es esperable que se modifique debido



a los cambios en las leyes fiscales de la Unión Europea del 2015, que impedirán a una empresa elegir una única tasa de IVA en toda la Unión Europea, y exigirán que se aplique el IVA correspondiente al domicilio del consumidor y no al de la empresa). En contraste, con Google Play, parece que Google ha dejado el tema impositivo enteramente en manos del desarrollador o editor, quienes deben asegurarse de que se paguen los impuestos correspondientes a las autoridades competentes. Sin embargo, cabe destacar una vez más que la aplicación de las leyes fiscales a los videojuegos móviles todavía no está resuelta, y puede haber cambios significativos en el futuro.

8.7 Consideraciones de PI

Al igual que el resto de los videojuegos, los videojuegos móviles estarán sujetos a los principios básicos de la legislación sobre propiedad intelectual descritos en el Capítulo 3. Sin embargo, corresponde realizar tres consideraciones en particular.

La primera es que la copia de los videojuegos para plataformas móviles es endémica y las soluciones legales para ello pueden ser difíciles. La copia o “clonación” es muy común en videojuegos móviles, porque es muy fácil. Como se mencionó anteriormente, los costos de desarrollo son relativamente bajos y los costos de distribución están atados a las ventas, facilitando que un desarrollador copie elementos de un videojuego (tales como el nombre, modo de juego, aspecto y comportamiento, o personajes) o incluso el videojuego completo (de allí lo de “clonación”) y lo haga pasar como propio, a fin de obtener ingresos baratos a expensas del creador original.³⁷¹ Dada la enorme cantidad de aplicaciones en circulación, las plataformas móviles habitualmente sostienen que resulta impráctico revisar cada una para asegurarse de que se apropiada para ser añadida y, por lo tanto, corre por cuenta del desarrollador o editor proteger sus aplicaciones contra la copia/clonación. Esto último se logra generalmente mediante una combinación de monitoreo de las tiendas de aplicaciones para verificar la existencia de productos similares (manteniendo el contacto con la comunidad de videojuegos para las advertencias) y, una vez identificados, la emisión de solicitudes de retiro a través de la plataforma móvil.

La segunda cuestión clave de PI con relación a los videojuegos móviles es que la piratería es un problema cada vez más serio. Especialmente en Android, debido a sus controles relativamente laxos respecto de lo que el *software* puede realizar. La piratería usualmente funciona con un usuario que elude las medidas de seguridad del *software* en su teléfono inteligente (el denominado “jailbreaking” o evasión), lo que le permite luego bajar aplicaciones gratuitamente, en vez de pagarlas. Sin embargo, aún no existen investigaciones autorizadas sobre el impacto de estos desarrollos en la comunidad de aplicaciones o de videojuegos móviles en particular. La evidencia sugiere que es un problema cada vez mayor para los desarrolladores

móviles,³⁷² para quienes la mejor solución hasta ahora parece ser la innovación en los modelos de negocios (sobre todo, el uso del modelo de juego gratuito, en el que no hay que pagar un precio y, por lo tanto, no hay diferencia si el usuario que está usando un teléfono regular o con “jailbreak”). No obstante, en sí mismo esto no parece ser una solución suficiente (sobre todo si los piratas pueden eludir los aspectos gratuitos del videojuego también), por lo que resta ver qué impacto tendrá la piratería en los videojuegos móviles en el futuro.

La tercera y última consideración que vale la pena realizar con relación a la IP en videojuegos móviles es que se hicieron populares en un contexto de crecientes batallas de patentes entre los principales jugadores del mundo móvil, incluyendo fabricantes de teléfonos inteligentes, plataformas móviles, compañías de *software*, entidades no practicantes (denominadas “trols de patentes”) e incluso, en algunas ocasiones, pequeños desarrolladores.³⁷³ Hasta ahora, este amplio rango de batallas sobre patentes parece no haber afectado significativamente a los desarrolladores o editores de videojuegos móviles, salvo casos aislados,³⁷⁴ pero deberá verse qué impacto, en su caso, tendrán estas batallas en el terreno de la industria móvil y, por lo tanto, en los videojuegos móviles.

8.8 Cumplimiento de las reglas de las plataformas móviles

Un aspecto crítico, aunque muchas veces poco recordado, respecto de los requisitos para publicar una aplicación es que debe cumplir con los términos y condiciones de la plataforma móvil. En caso contrario, será rechazada su admisión o, lo que es quizás peor, será retirada luego de haber sido lanzada. Sobre todo, es fundamental comprender los requisitos de admisibilidad de Apple, dado que se trata no solo de una de las plataformas preeminentes para los videojuegos, sino que también ha sido muy estricta en la aplicación de sus normas a las aplicaciones. Se supo que removió o rechazó la admisión de aplicaciones basándose en su contenido, por considerarlo inapropiado,³⁷⁵ o por romper sus reglas respecto de la promoción de otras aplicaciones.³⁷⁶ La experiencia indica que otros desarrolladores han enfrentado preguntas sobre aspectos tan diversos como los derechos de titularidad de la PI para pasar el cumplimiento de la ley, al intentar que se admita su videojuego en la Apple App Store. A la luz de lo expuesto, una buena práctica será revisar, durante el proceso de diseño, los términos y condiciones de las tiendas de aplicaciones relevantes, para asegurarse de que los principales temas se hayan resuelto durante el proceso de desarrollo, en vez de tener que rediseñar la aplicación por haber sido rechazada una vez desarrollada (con los costos y el tiempo que ello implica).



8.8 Futuro: el escenario constantemente cambiante

Las posibilidades que involucran videojuegos móviles son inmensas, debido a los bajos costos relativos, el más fácil y rápido acceso para los consumidores alrededor del mundo, el crecimiento de la popularidad de dispositivos móviles con una gran variedad de aplicaciones, y los bajos costos para jugar. Pero al mismo tiempo, estas ventajas han generado un mercado con la mayor cantidad de juegos disponibles para cualquier plataforma, con modelos de negocios que varían para atraer consumidores, y desafíos para distinguir un producto de otro que hacen difícil generar dinero. Aun así, para algunos desarrolladores se ha convertido en un negocio increíblemente rentable y les ha dado una oportunidad de crear y vender sus videojuegos que hubiera sido inalcanzable en otras plataformas. Esto solo continuará en la medida en que aumente la cantidad de gente en el mundo que use teléfonos inteligentes (en particular, en los países en desarrollo), y que aparezcan y se desarrolleen nuevas tecnologías y formas de usar teléfonos móviles (y, por lo tanto, videojuegos móviles); desde aplicaciones basadas en la ubicación, hasta aplicaciones que se integren con la televisión y otras tecnologías.

Al mismo tiempo, el crecimiento de la plataforma móvil presenta desafíos legales y comerciales únicos y, por lo tanto, el desarrollador y editor advertirán que resulta muy conveniente considerar estos temas antes de realizar una inversión sustancial en un sector de la industria del videojuego mundial tan rentable, pero crecientemente complejo y rápidamente cambiante.

CAPÍTULO 9

LA REGULACIÓN DE LA INDUSTRIA DEL VIDEOJUEGO

9.1 Introducción

A medida que cualquier industria se desarrolla, resulta objeto de crecientes regulaciones, derivadas no solo de la legislación sino también de la jurisprudencia, de regulación administrativa y estándares de autorregulación de la propia industria. La industria del videojuego no es una excepción, pero su inusual condición de ser una industria tanto creativa como tecnológica significa que la aplicación de la regulación existente muchas veces resulta poco clara. Más aún, estamos comenzando a ver la creación de regulaciones que aplican específicamente a la industria del videojuego. Este capítulo brinda una breve reseña de las áreas clave de la regulación, que desarrolladores y editores deben conocer al crear un videojuego: privacidad y protección de los datos personales, protección al consumidor, publicidad y promoción, y otras regulaciones.

9.2 Privacidad y protección de datos personales

Muchos juegos modernos -particularmente en los sectores móvil, social y en línea- están creados sobre la recolección y explotación de datos.³⁷⁷ El rápido crecimiento del uso de datos en la industria moderna del videojuego se debe a una serie de factores relacionados. Surgieron nuevas plataformas, que incluyen a los teléfonos inteligentes y a los modernos navegadores de Internet, que hacen relativamente más fácil recolectar datos de todo tipo, desde direcciones de correo electrónico hasta cuántas veces un usuario ha “cliqueado” en un determinado botón durante un determinado tiempo. Los usuarios se acostumbraron (al menos potencialmente) a brindar su información de una forma antes desconocida. Los estudios de videojuegos crearon modelos de desarrollo que no solo permiten, sino que alientan activamente la recolección regular de información, a fin de rediseñar el videojuego y adecuarlo a lo que los usuarios quieren. Todo esto fomenta la recolección, almacenamiento y explotación de datos de un modo regular y creciente.

Al mismo tiempo, la privacidad y la protección de los datos personales se está convirtiendo en un ámbito cada vez más regulado, respecto del cual la industria del videojuego no está exenta. Si bien desde hace muchos años que existen regulaciones sobre privacidad y datos personales en los Estados Unidos,³⁷⁸ en la actualidad la Unión Europea tiene posiblemente el sistema regulatorio más completo y estricto en la materia; aunque Estados Unidos está desarrollando y haciendo evolucionar rápidamente sus propias reglas de privacidad (que se explican más abajo). Para simplificarlo, los desarrolladores necesitan información para crear la mayoría, sino todos, los videojuegos en estos días, pero para obtener esa información sin



dificultades legales necesitan tener un conocimiento básico sobre la normativa de privacidad.

El sistema de la Unión Europea deriva primariamente de la Directiva de Protección de Datos (DPD)³⁷⁹, aprobada en los años noventa, aunque fue complementada por otra normativa, incluyendo la Directiva de Privacidad Electrónica.³⁸⁰ La DPD se estructura alrededor del concepto de dato personal, que es básicamente un dato que, tomado en forma individual o en combinación con otros, puede ser usado para identificar a una persona. Impone ocho obligaciones para cualquier persona responsable de la recolección y control de datos personales (conocido como el “controlador de datos”). Los datos personales deben: ser tratados legítima y justamente; ser obtenidos solo para uno o más fines legítimos y específicos; ser adecuados, relevantes y no excesivos en relación con la finalidad o finalidades para las cuales son tratados; ser exactos y, en caso de ser necesario, ser actualizados; no ser mantenidos por más tiempo del necesario para esa finalidad o finalidades; ser tratados en cumplimiento con los derechos de los titulares de los datos; adoptar las medidas técnicas y organizativas apropiadas para prevenir tratamientos no autorizados o ilegales de datos personal y también contra la pérdida accidental, destrucción o daño a los datos personales; y finalmente no transferirlos fuera del Área Económica Europea excepto bajo ciertas circunstancias. Lamentablemente, el significado concreto de estas obligaciones y su cumplimiento varía en los distintos Estados Miembros, por lo que la legislación sobre privacidad y datos personales en la Unión Europea tiene (mala) fama por su incapacidad de proveer una simple guía de cumplimiento para los 28 Estados Miembro. No obstante, la privacidad y la protección de los datos personales sigue siendo un asunto serio, como lo descubrió Sony luego de una serie de violaciones de seguridad de su PlayStation Network, que resultaron en filtraciones de datos significativas en la Unión Europea.³⁸¹

En Estados Unidos, en comparación, puede verse un sistema menos prescriptivo, que cada vez es más amplio, pero que se está desarrollando asimétricamente.

La legislación sobre privacidad y datos personales en Estados Unidos se deriva en parte de una normativa federal, pero también significativamente de leyes estatales, parcialmente de la jurisprudencia y crecientemente de las decisiones y guías de la Comisión Federal de Comercio. En consecuencia, podría decirse que aunque Estados Unidos tiene menos legislación que la Unión Europea sobre privacidad y protección de los datos personales, la que tiene la tiene dispersa, lo que presenta sus propias complejidades. No obstante, las leyes sobre privacidad y protección de datos personales deben ser tomadas seriamente: en 2011, por ejemplo, la Comisión Federal de Comercio y la empresa de videojuegos Playdom llegaron a un acuerdo transaccional de US\$3 millones, por la supuesta violación de la Ley de Protección de la Privacidad Infantil en Internet³⁸² (una norma que desde entonces ha sido

desarrollada y en la actualidad presenta un desafío aún más grande para las empresas de videojuegos).

El punto de inicio en Estados Unidos es si los datos en cuestión constituyen una “información personalmente identificable” (IPI), cuyo significado es, en principio, similar al de “dato personal” de la Unión Europea, pero en la práctica abarca menos categorías de datos que aquellos regulados en la Unión Europea.

La posición fuera de Estados Unidos y de la Unión Europea es tan variada como se puedan imaginar; desde países que no tienen ningún sistema de protección de la privacidad y los datos personales, hasta otros que tienen sistemas relativamente bien establecidos. En consecuencia, salvo que un desarrollador tenga algún lazo que lo ate a un país en particular (por ejemplo, porque está constituido en ese país o es uno de sus mercados principales), es común que el desarrollador se enfoque en cumplir con la normativa de Estados Unidos y de la Unión Europea primero (siendo la prioridad habitualmente Estados Unidos, salvo que el desarrollador tenga un foco especial en Europa).

El cumplimiento de la regulación en materia de privacidad y protección de los datos personales constituye un área en la que el asesoramiento legal es particularmente recomendado, dada la gran diferencia de legislación entre Estados Unidos, la Unión Europea y el resto del mundo, sumada al uso de datos a medida y las necesidades de cada negocio de videojuegos. El abogado experto en esta área será capaz de aconsejar qué debería y qué no debería hacer el desarrollador, mientras equilibra las consecuencias prácticas del cumplimiento con los riesgos que implica no cumplir. A pesar de ello, a continuación se incluyen algunos disparadores para procurar brindar a los desarrolladores un punto de inicio para el cumplimiento de la regulación en materia de privacidad y protección de datos personales:

1. Sólo deben recolectarse los datos necesarios.
2. Debe considerarse el mejor modo de recolección.
3. Los datos deben ser almacenados solo por el tiempo en que sean necesarios.
4. Debe pensarse dónde y cómo almacenarlos.
5. Deben adoptarse medidas razonables para protegerlos.
6. Deben preverse mecanismos necesarios que permitan actuar frente a requerimientos de los usuarios respecto de sus datos.
7. Debe obtenerse el consentimiento para la recolección, almacenamiento y explotación de los datos.



8. En caso de duda sobre si algún tipo de dato está regulado o no, debe adoptarse la posición más conservadora.
9. Todo esto debe incluirse en una política de privacidad.
10. Es posible que en algunas jurisdicciones deban cumplirse pasos adicionales (por ejemplo, la necesidad potencial de incluir una política de uso de *cookies* en la Unión Europea).

9.3 Defensa del consumidor

Desde hace tiempo los consumidores tienen ciertos derechos y remedios para los productos que compran o usan, la mayoría de los cuales aplican -desde la teoría legal- a los videojuegos del mismo modo que aplican a películas, libros o a un nuevo artefacto para la cocina. En algunos casos, la aplicación práctica de estas reglas a los videojuegos no resulta clara, y mucho menos con la naturaleza evolutiva de los videojuegos. Para complicar más las cosas, tal como ocurre con las leyes de privacidad y protección de los datos personales, no existe consistencia en los distintos sistemas legales y, por lo tanto, las leyes de defensa del consumidor varían ampliamente entre un país y otro.

En Estados Unidos, las leyes de defensa del consumidor son una mezcla de normas estatales y federales, combinadas con jurisprudencia y regulación administrativa. Del mismo modo, en la Unión Europea estas leyes derivan de la normativa de los Estados Miembros y también de la legislación amplia de la Unión Europea, jurisprudencia y regulación administrativa. La mayoría, sino todos los países tienen sus propios sistemas de protección al consumidor (aunque muchos están orientados hacia los bienes y servicios físicos más que a los digitales). Una vez más, el desarrollador de videojuegos promedio se enfrenta a un desafío cuando trata de protegerse en un ámbito en el cual el cumplimiento total y mundial es efectivamente imposible, e incluso un cumplimiento sustancial resulta difícil. Ante ello, resulta fundamental combinar el asesoramiento legal de un experto focalizado inicialmente en el país en el que se encuentra registrado el desarrollador, y luego en sus principales operaciones y de dónde provienen sus ingresos. No obstante, pueden usarse los siguientes consejos de alto nivel:

1. Hay que pensar como el consumidor: ¿cómo respondería uno, como consumidor, frente a una característica, desarrollo o cuestión particular respecto del videojuego? Pensar como el consumidor puede ayudar a resolver muchos problemas antes de que se vuelvan cuestiones legales.
2. La mayoría de los países tienen ciertos requerimientos mínimos para el cumplimiento de las obligaciones del desarrollador respecto de los consumidores. Por ejemplo, en muchos de los países de la Unión Europea

se exige que los bienes o servicios vendidos a consumidores deban efectivamente ser de calidad satisfactoria -por ejemplo, en el caso de un *software*, que efectivamente funcione. (Esto puede y ha causado controversias cuando un videojuego es lanzado con errores o con menos funcionalidades que las asociadas al videojuego).

3. La mayoría de los reclamos de consumidores pueden ser arreglados directamente con los consumidores, siempre que se adopte un enfoque sensible.
4. Sin embargo, en algunas situaciones puede ocurrir que los consumidores se unan para iniciar una acción contra el desarrollador (por ejemplo, por vía de una demanda colectiva en Estados Unidos), o que el regulador presente un reclamo contra el desarrollador o la industria en su conjunto.

Una buena manera de lidiar con los asuntos derivados de defensa del consumidor, es tener una licencia de uso para usuario final (EULA, por su sigla en inglés) y/o términos y condiciones de uso que establezcan claramente lo que el consumidor puede o no puede hacer con un videojuego, y qué pasa si se violan esos términos. Es importante aclarar que estos documentos son bilaterales: establecen qué pueden hacer y qué no pueden hacer los consumidores, como también qué puede hacer la empresa y qué no. Más aún, dado que se trata de documentos de consumo, deben ser entendibles para el consumidor, lo que significa que debe mantenerse el lenguaje técnico y legal al mínimo. De hecho, en algunos países el desarrollador debe localizar los términos completamente si pretende que sean ejecutables. Por ejemplo, si un desarrollador pretende ejecutar una EULA en Francia o China puede encontrar muchas dificultades si el documento no está en Francés o Chino, respectivamente. Más allá de lo que la ubicuidad de la industria de los videojuegos podría sugerir, tener estos documentos legalmente y rentablemente adecuados resulta muy complejo.

1. Una vez más, los diferentes países tienen diferentes enfoques para los distintos problemas del consumo. Por ejemplo, en la Unión Europea los consumidores tienen derecho a devolver los videojuegos físicos no usados, durante un plazo desde su compra. Más aún, la Unión Europea está avanzando hacia permitir a los consumidores vender sus videojuegos físicos y digitales usados. En contraste, no hay normas de este tipo en Estados Unidos, y puede decirse que Estados Unidos se está moviendo en sentido contrario a la Unión Europea en este tema. Por otro lado, muchos mercados de videojuegos que se están desarrollando rápidamente, como China o Brasil, no tienen reglas similares en la actualidad.



9.4 Publicidad y promoción

El gasto de promoción de un videojuego habitualmente es una parte significativa del presupuesto general del mismo (incluso en la industria de videojuegos móvil, que por un tiempo tuvo gastos de promoción proporcionalmente más bajos comparados con los de consolas y PC). Desde una perspectiva legal, la publicidad y promoción de un videojuego debe cumplir con las normas locales (una vez más, sobre una base de “país por país”), focalizando en el país del desarrollador y luego en otros territorios en los que opera y genera sus principales ingresos. Sin embargo, es importante tener presente que las normas locales que regulan la promoción de un videojuego, como así también el contenido del videojuego en sí, son más un producto de la cultura que de la ley y, por lo tanto, existe una diferencia mayor entre países. Por ejemplo, Alemania es reconocida por lo estricto de sus requerimientos respecto del contenido de los videojuegos y la promoción, mientras que ciertos países del oriente asiático y del Medio Oriente tienen normas muy fuertes, habitualmente influenciadas moralmente, respecto de qué puede ser publicitado en términos generales (incluyendo videojuegos).

Es conveniente realizar una aclaración especial respecto de los niños. La promoción de productos para niños está particularmente regulada de un modo profuso, desde comida hasta juguetes, y estos requerimientos legales afectan también a los videojuegos. Por ejemplo, existe un amplio consenso legal y regulatorio en el mundo respecto de que niños de menos de 13 años no deberían ser sujetos de promociones (o en algunos casos solo con el previo consentimiento de los padres). La promoción de videojuegos para niños es un tema legal en evolución que todavía está siendo explorado. Por ejemplo, mientras escribíamos este libro dos autoridades en la Unión Europea (la Oficina de Comercio Leal, en el Reino Unido y el Corte Federal, en Alemania) estaban llevando a cabo investigaciones respecto de la promoción de juegos gratuitos para niños.³⁸³ Del mismo modo, en Estados Unidos, la Comisión Federal de Comercio sigue de cerca la promoción y el uso de productos digitales por parte de niños.³⁸⁴

La regla básica es que la promoción de un videojuego debe ser veraz y susceptible de verificación fáctica, no debe inducir a error a los consumidores y debe estar dirigida a los consumidores adecuados. El incumplimiento de estos recaudos puede determinar que tanto las autoridades de derecho del consumidor, como las de promoción inicien acciones contra los desarrolladores de videojuegos.

9.5 Otra regulación

La regulación de la industria del videojuego avanza a paso acelerado en muchas otras direcciones que están más allá del alcance de este libro. Por ejemplo, las leyes diseñadas para la industria de las apuestas afectan cada vez más a los videojuegos

(en particular con la convergencia que comenzará en algunos trimestres entre estas dos industrias), aunque hay diferencias muy claras entre Estados Unidos, los países Europeos y el resto del mundo respecto de la legalidad de apostar (que puede ser un delito en muchos países). Los productos físicos (tanto los videojuegos como las mercancías) están sujetos a las leyes de responsabilidad por productos. Algunas cuestiones de la legislación antimonopolios (también conocida fuera de Estados Unidos como “defensa de la competencia”) pueden ser aplicables con relación los jugadores más grandes de la industria de los videojuegos. El crecimiento de las exportaciones podría hacer aplicable la regulación de algún deporte respecto de algunos aspectos de videojuegos. La interacción entre juegos y transmisiones en plataformas tales como YouTube con el tiempo puede hacer que la regulación de transmisiones impacte en los juegos. El crecimiento de la nube como mecanismo de distribución, como así también como un factor en la producción de los videojuegos hará surgir otras cuestiones, dado que la nube está siendo objeto de cada vez más regulaciones. Esto está ocurriendo, fundamentalmente, debido al creciente éxito y protagonismo de la industria del videojuego, como así también su convergencia con otros medios creativos y digitales.

Todavía no sabemos cuán regulada estará la industria del videojuego, con el tiempo, aunque existe una tendencia clara a incrementar su regulación. Lo que puede decirse con seguridad, es que se acerca un momento (si es que no está aquí ya) en que desarrolladores y editores deberán tener cuidado con sus emprendimientos y procurar mucho asesoramiento legal, a medida que la industria del videojuego se vuelve un ámbito cada vez más complejo en el que operar.

Cuadro 6: ¿Cómo funciona el sistema legal de la Unión Europea?

La Unión Europea (UE) es una asociación política y económica de 28 países europeos soberanos. Cada país (un “Estado Miembro”) tiene su propio sistema legal y crea las leyes domésticas para ese país. Sin embargo, la Unión Europea también aprueba legislación. Esta legislación en algunos casos se convierte en parte del sistema legal de cada Estado Miembro en forma automática, pero más frecuentemente establece principios, que los Estados Miembros deben implementar a su manera. Como resultado, aunque en muchas cuestiones legales hay al menos un grado de similitud entre los 28 Estados miembros, en otros existen considerables diferencias (que son clarificadas y algunas veces exacerbadas por el Estado Miembro y el sistema judicial de la Unión Europea). Por lo tanto, es a veces difícil determinar cuál es la posición legal de la Unión Europea sobre un tema determinado.

9.6 Clasificaciones

9.6.1 Clasificación por edad y descriptores de contenido

En los principales mercados de videojuegos, el desarrollador o editor (“remitente”)³⁸⁵ deberá obtener una clasificación para su videojuego antes de su lanzamiento, sea que se venda en comercios, o que sea descargado digitalmente o liberado en dispositivos



móviles. Con diversas partes posiblemente involucradas en el procedimiento de clasificación -especialmente si un videojuego es lanzado mundialmente-, seguir los distintos pasos puede constituir un desafío la primera vez. Sin embargo, es fundamental obtener la clasificación de edad correcta, no solo porque en algunos países es un requisito legal, sino para asegurar que los niños están protegidos y que los consumidores no serán inducidos a error (ambas cuestiones podrían causar un daño reputacional grave para un negocio de videojuegos). Esta sección describirá brevemente y en términos generales las diversas cuestiones vinculadas con la obtención de una clasificación para el videojuego.

La clasificación de un videojuego indica su adecuación para varios grupos etarios³⁸⁶ y, dependiendo de las juntas de clasificación, también podría proveer una guía a los consumidores (habitualmente, padres) respecto de si el videojuego es adecuado para un consumidor de cierta edad.³⁸⁷ Además, las clasificaciones de videojuegos estarán suelen ir acompañadas de descriptores de contenido que indican las razones por las cuales un videojuego recibe una clasificación particular. Por ejemplo, un descriptor de contenido podría indicar que el videojuego contiene violencia intensa y por ello se lo clasifica de determinada manera.

En los países europeos, por ejemplo, que han adoptado el sistema de clasificación denominado Información paneuropea sobre videojuegos (PEGI, por sus siglas en inglés), utilizado por 30 países en la actualidad,³⁸⁸ hay cinco categorías de edades. Éstas se describen en la Tabla 9 (abajo).

En el sistema PEGI, la clasificación de un videojuego como PEGI 7 indica que solo es apto para niños a partir de los 7 años, mientras que una clasificación PEGI 18 indica que es solo apto para adultos a partir de los 18 años.

Tabla 9: Clasificación de la Información paneuropea sobre videojuegos (PEGI)

 www.pegi.info PEGI 3	El contenido de los videojuegos clasificados de este modo es considerado apto para todos los grupos etarios. Es aceptable alguna violencia en un contexto cómico (como la violencia que puede verse en los dibujos animados de Bugs Bunny o Tom & Jerry). El niño no debe ser capaz de asociar el personaje de la pantalla con personajes de la vida real; deben ser completamente imaginarios. El videojuego no debe contener ningún sonido o imagen que pueda asustar o aterrorizar a los niños. No debe utilizarse lenguaje soez.
 www.pegi.info PEGI 7	Cualquier videojuego que habitualmente estaría clasificado como 3 pero contiene alguna escena o algún sonido posiblemente atemorizantes puede ser considerado en esta categoría.

 www.pegi.info PEGI 12	Videojuegos que muestran violencia de una naturaleza levemente más gráfica hacia personajes de fantasía, y/o violencia no gráfica hacia personajes con aspecto humano o animales reconocibles; como así también videojuegos que muestran desnudez de un modo levemente más gráfico. Cualquier palabra vulgar en esta categoría debe ser suave y no tener connotación sexual.
 www.pegi.info PEGI 16	Esta clasificación se aplica cuando las escenas de violencia o actividad sexual representadas podrían ser escenas de la vida real. En esta categoría se acentúa el lenguaje soez y la representación de imágenes sobre el consumo de tabaco y drogas y de actividades criminales.
 www.pegi.info PEGI 18	La clasificación adulta se aplica cuando el nivel de violencia llega a un punto en el que se transforma en una representación de violencia brutal y/o incluye elementos de tipos específicos de violencia. La violencia brutal es lo más difícil de definir, dado que puede ser muy subjetiva en algunos casos, pero en términos generales puede ser identificada como la representación de violencia que podría hacer sentir repulsión al espectador. ³⁸⁹

© PEGI S.A. Todos los derechos reservados

Además, las clasificaciones suelen ir acompañadas de descriptores de contenido, que pueden también estar acompañados por íconos.³⁹⁰ Bajo el sistema PEGI, los descriptores de contenido -Tabla 10 (abajo)- cubren las siguientes áreas: i) Lenguaje soez; ii) Discriminación; iii) Drogas; iv) Miedo; v) Apuestas; vi) Sexo; y vii) Violencia: el videojuego contiene representaciones de violencia.³⁹¹

Tabla 10: Descriptores de contenido de PEGI

	LENGUAJE SOEZ – El videojuego contiene lenguaje soez
	DISCRIMINACIÓN – El videojuego contiene representaciones o material que podría alentar la discriminación
	DROGAS – El videojuego se refiere a o contiene representaciones del uso de drogas
	MIEDO – El videojuego puede aterrorizar o atemorizar a niños pequeños
	APUESTAS – El videojuego promueve o enseña a apostar



	SEXO – El videojuego contiene representaciones de desnudez y/o comportamiento sexual o referencias sexuales
	VIOLENCIA – El videojuego contiene representaciones de violencia
	JUEGO EN LÍNEA – El videojuego puede ser jugado en línea

© PEGI S.A. Todos los derechos reservados.

En Estados Unidos y Canadá, la junta de clasificación, conocida como Junta de Clasificación de *Software* de Entretenimiento (ESRB, por sus siglas en inglés) tiene dos partes: i) símbolos de clasificación, que sugieren cuál es la edad apropiada para los usuarios finales, y ii) descriptores de contenidos. La ESRB utiliza seis categorías, que están representadas en la Tabla 11 (abajo).

Tabla 11: Categorías y descriptores de contenido de la Junta de Clasificación de *Software* de Entretenimiento (ESRB)

	PRIMERA INFANCIA El contenido está orientado a niños pequeños.
	TODOS El contenido es generalmente adecuado para todas las edades. Puede contener una violencia mínima y muy suave del tipo de dibujos animados o fantasía, y/o el uso poco frecuente de lenguaje inapropiado.
	TODOS 10+ El contenido es generalmente adecuado para niños de 10 años en adelante. Puede contener algo más de violencia suave de dibujos animados o fantasía, lenguaje moderado, y/o temas mínimamente sugerentes.
	ADOLESCENTES El contenido es generalmente adecuado para chicos de 13 años en adelante. Puede contener violencia, temas sugerentes, humor crudo, sangre mínima, simulación de apuestas y/o el uso poco frecuente de lenguaje fuerte.

	<p>MADUROS</p> <p>El contenido es generalmente adecuado para chicos de 17 años en adelante. Puede contener violencia intensa, sangre, contenido sexual y/o lenguaje fuerte.</p>
	<p>SOLO ADULTOS</p> <p>El contenido es adecuado únicamente para adultos de 18 años en adelante. Puede incluir escenas prolongadas de violencia intensa, contenido sexual explícito y/o apuestas con dinero real.³⁹²</p>

Los íconos de clasificación de ESRB y otras marcas son marcas o marcas registradas de la *Entertainment Software Association* (Asociación de Software de Entretenimiento).

En el sistema de ESRB hay más de 30 descriptores que cubren diferentes niveles de violencia, sexo, desnudez, apuestas y uso de drogas, alcohol y tabaco. Por ejemplo, un videojuego puede contener descriptores de violencia que van desde la violencia de dibujos animados hasta la violencia intensa.³⁹³

En muchas situaciones, dependiendo de la plataforma, la clasificación será requerida o bien por una autoridad estatal, o por el fabricante del *hardware*,³⁹⁴ o por la tienda de aplicaciones.³⁹⁵ Algunos sistemas de clasificaciones son supervisados por una junta de clasificación gubernamental, y otros por organizaciones autorreguladoras³⁹⁶ o por tiendas de aplicaciones, cada uno con leves diferencias de criterio para definir la clasificación de un videojuego.³⁹⁷

Uno de los desafíos para el remitente³⁹⁸ es lidiar con las distintas juntas de clasificación, debido a los diferentes procedimientos y criterios que emplean para clasificar un videojuego. Las juntas de clasificación pueden tener diferentes:

- i) estándares para arribar a una clasificación en particular;
- ii) políticas de envío, incluyendo qué elementos deben ser enviados para las diferentes plataformas;
- iii) descriptores de contenido y clasificaciones;
- iv) plazos para revisar los materiales;
- v) procedimientos para cuestionar una clasificación; y
- vi) tarifas de envío.

9.6.2 Factores para clasificar un videojuego

Para determinar la clasificación de un videojuego, la mayoría de las juntas de clasificación se centrarán primordialmente en las escenas potencialmente polémicas, que pueden incluir:

- i) violencia,
- ii) lenguaje,
- iii) sexo y desnudez,
- iv) uso de drogas,
- v) un tema de juego,
- vi) actos criminales, incluyendo crímenes de odio, y
- vii) contenido que puede ser considerado culturalmente o de otro modo inapropiado.

Además, muchas juntas de clasificación también focalizarán en las apuestas o la potencial discriminación, y si el usuario final es recompensado por ciertos actos tales como la violencia, el uso de drogas o el sexo.³⁹⁹



Aunque las diferentes juntas de clasificación listan los factores que usan para determinar una clasificación, el modo en que algunas de las amplias limitaciones pueden ser aplicadas, hacen que a veces resulte difícil para un remitente determinar qué será o no será aceptable dentro de una cierta categoría etaria, o incluso en el videojuego. Por ejemplo, la junta de clasificación de Corea del Sur puede tomar en cuenta para su decisión si un videojuego incluye mensajes anti sociales o anti gubernamentales.⁴⁰⁰ De un modo similar, la Junta de Clasificación de Software de Entretenimiento de la República Islámica de Irán clasifica los videojuegos de acuerdo con (entre otras cosas) la existencia de “violaciones a los valores religiosos” o “violaciones a las normas sociales”.⁴⁰¹ Más aún, varios países pueden tratar una cuestión particular, como la violencia, de un modo diferente y, como consecuencia, cierta violencia que puede ser aceptable en un país podría no serlo en otro.⁴⁰²

9.6.3 Envíos y revisión

Aunque el envío de videojuegos físicos varía dependiendo del país o región, habitualmente el remitente deberá proveer: i) una solicitud completada que requerirá una descripción del videojuego y de las escenas, que involucren los aspectos más polémicos como violencia y sexo; ii) un DVD que capture una visión general del videojuego, como así también todo el contenido correspondiente incluyendo la modalidad de juego, escenas eliminadas, contenido escondido, conjuntamente con los ejemplos más extremos de cómo aparece el contenido en el videojuego; iii) las tasas de envío correspondiente; y iv) un contrato de términos y condiciones firmado. Además, algunas juntas de clasificación requieren el envío de una versión *beta* o casi final del videojuego para su revisión. Luego de recibir la información enviada, los materiales son revisados y se determina la clasificación para el videojuego, como así también los descriptores de contenido.

Para los videojuegos a los que solo se accede por descarga, como en el caso de las plataformas digital y móvil, algunas juntas de clasificación como la ESRB proveen clasificaciones inmediatas y descriptores de contenido determinados por las respuestas a un cuestionario (al que se hace referencia como “formulario corto”),⁴⁰³ y ningún miembro de la junta revisa inicialmente el videojuego. Sin embargo, algunos videojuegos son revisados en una etapa posterior, para confirmar la precisión de la clasificación y que la información provista por el remitente fue veraz.⁴⁰⁴ Por el contrario, PEGI revisa los videojuegos en línea/digitales del mismo modo que lo hace con los físicos/de venta en comercios.

En caso de que el contenido enviado -sea que el videojuego se venda en comercios o se descargue digitalmente- no sea preciso o completamente revelado, puede haber repercusiones significativas para el remitente, que incluyen: i) multas; ii) remoción del videojuego para su venta; iii) revocación de una clasificación; iv) exigencia de que el videojuego sea re etiquetado para reflejar la nueva clasificación.⁴⁰⁵ En consecuencia,

resulta crítico que el remitente entienda y siga los procedimientos y regulaciones impuestas por las diversas juntas de clasificación.

Cuando un videojuego es clasificado, el remitente generalmente puede: i) aceptar la clasificación; ii) modificar el videojuego o eliminar escenas polémicas, para recibir una clasificación menos restrictiva; o iii) cuestionar la clasificación. Es importante que el remitente se dé un tiempo suficiente, no solo por el proceso de envío, sino también para realizar cualquier modificación que pueda ser requerida para acceder a la clasificación deseada en un país o región en particular.

El remitente debería comprender las diferentes normas y regulaciones al planificar videojuegos, para poder tener una idea general respecto de qué clasificación quiere obtener y qué materiales pueden significar un problema. Los remitentes también deberían considerar si por una escena que puede contener algo polémico (por ejemplo, el disparo a una persona o un personaje haciendo algo obsceno) vale la pena correr el riesgo de no obtener la clasificación deseada, sino una más restrictiva que podría resultar en una demora en el lanzamiento del videojuego o en minimizar su potencial audiencia.

Cuando un videojuego recibe una clasificación, el remitente debe asegurar que la clasificación, como así también cualquier descriptor de contenido, sea exhibido en los lugares apropiados, como en el videojuego, en los materiales de promoción y envoltorios, en su caso; siguiendo las guías establecidas por la junta de clasificación. Además, los remitentes deberán regirse por las normas que restringen dónde pueden aparecer publicidades en ciertas categorías y qué tipos de contenido se puede mostrar.⁴⁰⁶ Dependiendo de las circunstancias, puede existir un poderoso incentivo para procurar obtener una clasificación particular. Por ejemplo, si una clasificación más elevada que la esperada puede evitar que el videojuego llegue a una audiencia significativa (aunque los videojuegos todavía deben alcanzar los esfuerzos habitualmente realizados por las principales películas para llegar a la mayor cantidad de usuarios posible).

Respecto del contenido descargable adicional, generalmente no debe ser revisado, siempre que sea consistente con la clasificación del videojuego y los descriptores de contenido. En este caso, la clasificación que recibió el videojuego será aplicable al contenido descargable adicional. ESRB y PEGI solo requieren que el material sea enviado si el contenido excede el que está en el videojuego existente.⁴⁰⁷ Por ejemplo, si hay más violencia o si la violencia es más intensa en el contenido descargable adicional que en el videojuego, por lo que el contenido descargable adicional tendrá una clasificación distinta que la del videojuego.



9.6.4 Clasificaciones para videojuegos en línea

Por lo general, las juntas de clasificación han procurado asegurarse de que los videojuegos de PC y consolas obtengan clasificaciones (en parte porque solían constituir la proporción más importante de la industria de videojuegos). Sin embargo, como se trató en otro lugar de este libro, los últimos años han visto un incremento significativo de los videojuegos en línea, usualmente con jugadores interactuando entre ellos, a través de funcionalidades multijugador.

En términos generales, se ha vuelto muy común que los juegos tradicionales de PC y consolas, por ejemplo los juegos multijugador masivos en línea como el *World of Warcraft*, de Activision-Blizzard, sean clasificados bajo ESRB, PEGI y otros estándares. Esto es relativamente directo en un sentido, dado que esos videojuegos son muy similares a los videojuegos tradicionales, que fueron clasificados por las autoridades. Sin embargo, la metodología suele ser algo diferente: mientras que un videojuego tradicional como *Super Mario* puede ser jugado autónomamente por un evaluador, si fuera necesario muchas veces para explorar su contenido; un juego totalmente en línea como el *World of Tanks*, de Wargaming, depende de la existencia de mucha gente jugando simultáneamente y, por lo tanto, el contenido visual que se ve en una sesión cualquiera puede variar significativamente.

También hay otra categoría de videojuego en línea: los videojuegos basados en navegadores. Estos son videojuegos como el *Farmville*, de Zynga, que habitualmente no están sujetos a las autoridades de clasificación. Por lo general, si son alojados en una plataforma de terceros (como la versión de navegador de Farmville está alojada en *Facebook*) están sujetos a las reglas de clasificación de edad de esa plataforma. Pero en caso contrario, en la actualidad no están regulados más allá de algún sistema de autorregulación que decidan implementar. Sin embargo, es de todos modos importante para desarrolladores o editores que los videojuegos basados en navegadores u otros videojuegos en línea respeten los requerimientos de las clasificaciones de edad (es decir, la protección a los niños y la explicación del contenido del videojuego a los consumidores).

9.6.5 Clasificaciones para dispositivos móviles

Las clasificaciones para dispositivos móviles son tratadas de un modo diferente a las de videojuegos de consolas o PC, dado que ellas son primera y primordialmente regidas por los requerimientos de clasificación de edad establecidos por las mismas plataformas. Las tiendas de Apple, Google Play, Barnes & Noble y Samsung, para mencionar algunos ejemplos, utilizan cada una su propio sistema de clasificación, aunque todas clasifican los videojuegos basándose en su adecuación para diferentes categorías de edades. La clasificación es habitualmente determinada en forma inmediata, basada en una guía completada por el remitente para cada tienda.

En el caso de Apple, por ejemplo, los videojuegos son clasificados sobre la base de cuatro diferentes categorías que incluyen lo siguiente:

- 4+ Las aplicaciones en esta categoría no contienen material objetable.

9+ Las aplicaciones en esta categoría pueden contener alguna situación poco frecuente de violencia leve en dibujos animados, fantasía o leve violencia realista, y poco frecuente, o leve contenido para mayores, sugerente o de terror que podría no ser apropiado para niños de menos de 9 años.

12+ Las aplicaciones en esta categoría también pueden contener lenguaje levemente inapropiado, violencia frecuente en dibujos animados, fantasía o violencia realista y temas para mayores o sugerentes leves o poco frecuentes, como así también simulación de apuestas que podrían no ser adecuadas para niños de menos de 12 años.

17+ El usuario final debe tener más de 17 años para adquirir la aplicación. Las aplicaciones en esta categoría pueden contener frecuente e intenso lenguaje ofensivo; frecuente e intensa violencia de dibujos animados, fantasía o realista; y frecuente e intensos temas para mayores, de terror y sugerentes; más contenido sexual, desnudez, alcohol, tabaco y drogas que pueden no ser adecuados para niños menores de 17 años.⁴⁰⁸

El sistema de clasificación de Google Play consiste en 4 categorías:

Todos

Baja Madurez

Madurez Media

Alta Madurez

Todo el contenido de la aplicación, incluyendo el modo de juego, los productos dentro de la aplicación o la publicidad, deben ser analizados para determinar la clasificación.

Los diferentes niveles de contenido particular determinarán la clasificación de la aplicación. Para ilustrar, las aplicaciones que contienen violencia leve de dibujos animados o fantasía deben ser clasificadas como “baja madurez” o más arriba.

Sin embargo, las aplicaciones que contienen violencia realista o violencia de fantasía intensa deben ser clasificadas como “madurez media” o “alta madurez”, y los que contienen violencia gráfica deben ser clasificados como “alta madurez”. Google Play no permite violencia real gratuita. Adicionalmente, otros factores más allá de la modalidad de juego pueden determinar la clasificación. Por ejemplo, una aplicación que publica o comparte la ubicación del usuario con otros debe ser clasificada como “madurez media” o “alta madurez”. Un remitente puede modificar una clasificación, pero si Google Play considera que la clasificación fue otorgada incorrectamente, tiene derecho a reclasificar la aplicación basándose en sus lineamientos. Si se advierte que un remitente asignó una clasificación incorrecta, puede ser objeto de acciones disciplinarias, incluyendo la terminación de su cuenta.⁴⁰⁹

En la práctica, todo esto puede imponer cargas a desarrolladores y editores, dado que son quienes deben cumplir con diferentes clasificaciones de edad para una misma



aplicación, si desean distribuirla en múltiples plataformas. Se han realizado intentos para consolidar el procedimiento de clasificación de videojuegos móviles,⁴¹⁰ aunque en la práctica hasta ahora no se ha progresado mucho, especialmente porque los principales actores de sistemas operativos de teléfonos inteligentes (Apple y Google) conservan sus propios sistemas. Para complicar aún más las cosas, en algunos países, los videojuegos/aplicaciones que aparecen en un dispositivo móvil tienen que ser también clasificados por la junta y, por lo tanto, la clasificación de la plataforma (como Google Play o Apple iOS) no será suficiente.

Las clasificaciones se han convertido en una parte importante del desarrollo y edición de videojuegos, pero determinar qué debe hacer un remitente para cumplir con las diversas normas y regulaciones puede ser un desafío a asumir. Como resultado, es crítico que el remitente de un videojuego entienda cuándo debe ser clasificado, cómo es clasificado y qué factores son considerados en el procedimiento de clasificación en cada país o región, como así también para cualquier dispositivo; para ayudar a reducir costos y potenciales demoras en el lanzamiento del videojuego.

CAPÍTULO 10

ACUERDOS DE CONFIDENCIALIDAD

Acuerdos de no divulgación (NDA, por sus siglas en inglés) y Memorándum de entendimiento

10.1 La finalidad de los acuerdos de confidencialidad

El acuerdo de confidencialidad, también referido como contrato de no divulgación (NDA), en la mayoría de los casos será el primer contrato al que se verá expuesto el desarrollador cuando considere iniciar una relación comercial con un tercero, sea que se trate de: i) el editor interesado en distribuir o financiar el videojuego, o ii) un licenciante que controla propiedad o *software* en la que el desarrollador puede estar interesado para su videojuego, o iii) un nuevo fabricante de consola o dispositivos móviles que está interesado en distribuir el videojuego en desarrollo. En esta situación, una parte -o ambas- proveerá información que no es públicamente conocida a la otra, y la parte reveladora querrá mantener la confidencialidad de la información, dado que ello le genera una ventaja competitiva. Por lo tanto, la parte reveladora solo proveerá información confidencial a la parte receptora bajo la condición de que dicha información se mantenga confidencial, excepto en específicas y limitadas circunstancias.

La parte que provee la información confidencial determinará algunos de los puntos a negociar en el NDA. En la mayoría de los casos entre el desarrollador y el editor, será el desarrollador quien provea la información más crítica, como el diseño del videojuego; pero el editor también podría proveer información confidencial que no quiere que se conozca públicamente, incluyendo información sobre su negocio y futuras ventas y planes promocionales.

Para poder determinar si está interesado en editar el videojuego del desarrollador, el editor necesitará obtener información del videojuego, incluyendo el tipo de videojuego que el desarrollador pretende analizar con el editor, como así también la trama, la modalidad de juego, el cronograma de lanzamiento proyectado, y el presupuesto. Al mismo tiempo, el desarrollador querrá conocer cierta información sobre el editor, para estar tranquilo con su solvencia y para conocer los anteriores compromisos de edición que pudieran ser relevantes. Por ejemplo, el desarrollador podría querer conocer cierta información financiera sobre el editor que puede no haber sido revelada públicamente, dependiendo de si la empresa cotiza en la bolsa o no. Si las partes negocian un acuerdo en el que el editor financiará el videojuego, el desarrollador necesita estar tranquilo de que el editor tendrá los recursos económicos para financiar, promover, explotar y vender el videojuego.



En una situación de licenciamiento, generalmente el licenciante (el titular de la propiedad intelectual objeto de la licencia) querrá obtener información sobre el licenciatario (la parte interesada en licenciar la propiedad de un producto, por ejemplo un videojuego), para confirmar que tiene los recursos y la capacidad para distribuir el producto mediante la licencia.

Otro ejemplo de cuándo deben firmarse acuerdos de confidencialidad, es con la introducción de nuevas plataformas y dispositivos entre el fabricante de consolas y el editor que está creando un videojuego. Dado el tiempo que demora desarrollar un videojuego, el editor querrá comenzar tan pronto sea posible, para que el lanzamiento del videojuego coincida con la salida al mercado de la consola o sea cercano. Como resultado, el fabricante de la consola o del dispositivo móvil deberá compartir especificaciones de diseño y otra información sobre el dispositivo antes de su lanzamiento público, para permitir al editor desarrollar el videojuego. Simultáneamente, el editor deberá compartir información no pública sobre el videojuego con el titular de la plataforma, incluyendo su diseño y lanzamiento proyectado. Habitualmente, cuando el fabricante de consola libera información sobre una nueva plataforma o dispositivo, el NDA será muy favorable a su posición, dado que es crítico que ninguna de las funcionalidades sea revelada antes de cualquier anuncio público sobre el dispositivo.

Los NDA son generalmente temporarios, dado que luego son reemplazados por cláusulas de confidencialidad en un contrato subsiguiente entre las partes. En algunos casos, el NDA será referenciado e incorporado en el contrato.

10.2 Principales cuestiones en un acuerdo de confidencialidad

Las principales cuestiones a discutir en un acuerdo de confidencialidad incluyen los nombres de las partes, qué consideran confidencial las partes, para qué podrá utilizarse la información confidencial, qué información no será considerada confidencial, el nivel de cuidado para tratar la obligación de confidencialidad, las circunstancias en las que la información confidencial podría tener que ser revelada, qué pasa en caso de que la información sea revelada en violación del acuerdo, y la constancia de que el hecho de que las partes estén negociando no significa que hayan celebrado ningún otro acuerdo más que el de confidencialidad.

Quizás el aspecto más controvertido respecto de un acuerdo de confidencialidad entre el editor y el desarrollador, o el fabricante de consolas y el desarrollador, sea el pedido del editor para que el desarrollador reconozca que el editor recibe otros envíos para videojuegos y quizás pueda estar trabajando en proyectos similares al del videojuego que se le está revelando. Dado que los editores pueden estar trabajando en diferentes videojuegos y comunicándose con terceros sobre otros potenciales, el editor querrá asegurarse de que el desarrollador que le provee información

confidencial no lo demandará por apropiación ilegítima de su concepto, en caso de que las partes decidan no unirse y se lance un juego que el desarrollador considere similar al que él armó. La redacción del acuerdo puede aclarar que el desarrollador reconoce que el editor recibe numerosos envíos de conceptos similares por parte de terceros, que podría estar trabajando en un proyecto similar, y que no se deberá ninguna contraprestación en caso de que el editor lance un videojuego similar.

Éste es un punto difícil, porque el desarrollador necesita ver si hay partes interesadas en distribuir y/o financiar su videojuego y aun así también deberá reconocer que el editor puede lanzar un videojuego con elementos similares. Pero si el desarrollador acepta esta redacción -y en la mayoría de los casos quizás deba hacerlo-, debe asegurarse de que el editor esté obligado a acreditar que los materiales y diseños del videojuego en cuestión fueron creados antes de iniciar la relación confidencial con el desarrollador.

Otro asunto potencialmente controversial involucra el pedido de la parte que recibe la información de que la parte que la revela reconozca que las personas que reciben la información confidencial pueden retenerla, porque se mantiene en su memoria (el residuo de una negociación).⁴¹¹ Aunque la parte receptora aceptará no usar la información prohibida por un NDA, siempre existe la posibilidad de que una persona pueda usar esa información residual en un proyecto no relacionado. A veces es difícil determinar qué información podría estar comprendida en esta excepción residual. Para los desarrolladores esta redacción es problemática y debería ser evitada, aunque dependiendo de la capacidad negociadora de las partes puede ser difícil eliminarla de un NDA.

10.3 Principales términos del acuerdo de confidencialidad

10.3.1 Preámbulo

La primera sección suele incluir un preámbulo que introduzca a las partes en el acuerdo y que podría también incluir el domicilio del principal lugar de negocios de la empresa, como así también la fecha en la que el acuerdo es firmado por las partes. Generalmente, esto será completado por la segunda parte que firma el acuerdo. Además, es aconsejable incluir, si fuera aplicable, el estado en el que se registró la empresa o en que la empresa fue formada. Esto podría ser útil si hubiera una controversia respecto del acuerdo.

Adicionalmente al preámbulo, algunas partes también incluirán información sobre el contrato y por qué están iniciando la relación. Por ejemplo, la redacción puede incluir que las partes declaran su interés en el posible inicio de una relación comercial y, por lo tanto, han decidido celebrar un acuerdo de confidencialidad según el cual una o ambas intercambiarán información confidencial. El preámbulo posiblemente también



incluya alguna previsión respecto de lo que hace cada empresa. En una relación editor-desarrollador, el acuerdo podría decir que el editor se dedica a editar, distribuir, promocionar y vender videojuegos y que el desarrollador ha desarrollado o está desarrollando un videojuego.

El preámbulo puede ser muy útil para determinar la intención de las partes al discutir un acuerdo de confidencialidad. Sin embargo, los tribunales de Estados Unidos se encuentran divididos respecto de si la información que se refiere a las razones de celebración del acuerdo en el preámbulo tiene algún efecto para determinar la intención de las partes. Como mínimo, cada parte debería asegurarse de que la redacción del preámbulo sea precisa, para evitar cualquier problema potencial más adelante, en caso de controversia.

10.3.2 ¿Qué es confidencial? Exclusiones. Usos permitidos de la información confidencial

Otra sección que debe negociarse es la que se refiere a qué consideran confidencial las partes, y esto variará dependiendo del tipo de acuerdo entre las partes.

La información confidencial generalmente incluye información provista por la parte reveladora, sea oral o escrita, que es etiquetada como confidencial o que, dadas las circunstancias, debería ser reconocida como tal por la parte receptora. En los NDA entre desarrolladores y editores, los términos del acuerdo de confidencialidad y las discusiones entre las partes, como así también los diseños del videojuego, la historia, presupuesto, información técnica y de programación, serán considerados como información confidencial. El editor querrá incluir como parte de la información confidencial la información sobre promoción y ventas, pronósticos comerciales e información sobre los negocios de la empresa, que el desarrollador podría querer conocer para estar seguro acerca de la solvencia del editor. Adicionalmente, el editor debería considerar que cualquier información creada por la parte receptora en base a la información confidencial, también debería ser considerada confidencial y de titularidad de la parte reveladora. Un ejemplo de esto serían las sugerencias respecto del diseño del videojuego que realice el editor en base a la información confidencial del desarrollador.

Cierta información que podría ser considerada confidencial, puede ser revelada si queda comprendida en una de las excepciones habitualmente previstas por las partes. Estas excepciones suelen incluir:

- (i) Información que puede probarse por escrito que ha sido desarrollada independientemente antes de que las partes inicien sus conversaciones;
- (ii) Información confidencial que ya ha sido revelada públicamente, sin responsabilidad de la parte receptora;

- (iii) Información confidencial revelada por un tercero a la parte receptora, sin obligación de mantener su secreto;
- (iv) Información confidencial revelada por la parte que la emitió.

Aunque cada parte puede querer incluir información como confidencial y, por lo tanto, evitar su divulgación, existen situaciones en las que las partes acuerdan que, bajo ciertas circunstancias, la información confidencial puede ser divulgada. Una de estas situaciones podría ser un procedimiento legal que involucre a las partes del acuerdo; o que un tercero envuelto en un litigio y una de las partes involucrada en este procuren la divulgación de la información confidencial como parte del procedimiento legal o regulatorio. En estos casos se permite la revelación de información confidencial, sujeta a que la parte obligada a revelarla notifique a la otra parte con antelación razonable, de modo que esta última pueda requerir una orden judicial que impida o limite la divulgación.

El NDA también regulará qué se permitirá hacer a las partes con relación a la información confidencial. Por lo general, en el texto se indica que la información solo puede ser utilizada para ayudar a determinar si las partes deciden avanzar en su relación comercial. En consecuencia, el NDA impondrá limitaciones respecto de quién puede recibir y revisar la información confidencial, que habitualmente será solo la gente que “deba conocerla”. Estas personas serán quienes estén involucradas en la toma de decisiones respecto de una eventual relación comercial.

10.3.3 Nivel de cuidado y extensión del plazo

En este contexto, las partes se comprometen a manejar la información confidencial con un cierto nivel mínimo de cuidado. Esto garantiza que el nivel de cuidado será, como mínimo, equivalente al nivel de cuidado que la parte receptora aplica para proteger su propia información confidencial. Si las partes acuerdan una redacción de este tipo, cada parte debe asegurarse de conocer exactamente qué incluirá ese nivel de cuidado.

Dependiendo de la importancia de la información confidencial, la parte reveladora también podría requerir que se adopten ciertas medidas, que incluyen:

- (i) limitar el acceso a empleados de la parte receptora, de modo tal que solo puedan acceder a la información los involucrados en la toma de decisiones respecto de un potencial acuerdo;
- (ii) requerir que los empleados que tienen acceso a la información confidencial firmen un acuerdo de confidencialidad por separado; y
- (iii) que la información deba ser mantenida en un lugar seguro con acceso restringido (por ejemplo, gabinetes cerrados).



Las partes también deberán acordar el plazo para la obligación de confidencialidad. Esto varía bastante y usualmente depende del tipo de información que se intercambie y del acuerdo potencial entre las partes. En algunos casos, este plazo puede ser varios años, mientras que otros acuerdos pueden requerir que sea perpetuo, aunque el plazo debe ser razonable en relación al tipo de información. El desarrollador debe considerar el tipo de información que proveerá. Si se trata del diseño y cronograma de desarrollo de un videojuego que el desarrollador quiere armar con un editor, o con un desarrollador fabricante de plataformas, el plazo puede ser algunos años, dado que el potencial negocio -sea con la parte que se celebre el acuerdo de confidencialidad o con otra- puede efectivamente darse, y una vez que el videojuego es publicitado y eventualmente lanzado, la información que era confidencial pasa a ser pública.

Las partes deben establecer los procedimientos según los cuales la información confidencial será restituida o destruida -a opción de la parte reveladora- luego del vencimiento del NDA. En caso de que se hubieran entregado muchos documentos u otros materiales, podría ser más fácil y económicamente eficiente para la parte receptora destruir el material y entregar una constancia de dicha destrucción (habitualmente mediante un certificado de destrucción firmado por un representante de la parte receptora que verificó la destrucción).

10.3.4 Incumplimiento; Protección cautelar

¿Qué pasa si una parte revela información confidencial? En este caso, la parte cumplidora procurará primero evitar que la información confidencial se siga distribuyendo. En algunas ocasiones, la parte reveladora podría tener que requerir una orden judicial para evitar que se extienda la difusión de la información confidencial. Por ejemplo, la parte reveladora podría buscar protección cautelar, según la cual la corte podría emitir una orden para impedir que se siga distribuyendo la información confidencial. En Estados Unidos, para obtener esta medida judicial la parte que la requiere debe acreditar que el daño es irreparable y que su valor monetario no podría ser determinado. Dado que el valor de la información confidencial se basa en su secreto, puede ser difícil calcularlo si la información es revelada, por lo que hay mérito para la protección cautelar. Como resultado, las partes habitualmente acordarán que la parte que revele información confidencial en violación del acuerdo reconoce que los requisitos indicados previamente estarán satisfechos sin necesidad de que un tribunal deca decidirlo, por lo que será más sencillo obtener la protección cautelar. Además, no se requerirá a la parte cumplidora que deposite una fianza.

Además del derecho de buscar protección cautelar en los términos del acuerdo, la parte cumplidora podrá también perseguir cualquier otro remedio que esté disponible legalmente o en equidad.

10.3.5 Sin contrato de licencia

En la redacción del acuerdo de confidencialidad, habitualmente se deja aclarado que su celebración no implica que las partes celebrarán luego otro tipo de contrato de distribución, licencia o edición, y que las partes no tengan expectativas de firmar otro contrato. Además, aunque una o ambas partes serán las titulares o contralarán la información confidencial que comparten con la otra, la parte reveladora no formulará declaraciones y garantías respecto de la precisión de la información, y dejará asentado que se provee “tal como se encuentra”. Ello con la finalidad de evitar futuros reclamos de la parte receptora, quien no podrá alegar que confió en declaraciones y garantías formuladas por la parte reveladora para firmar el acuerdo de confidencialidad.

10.3.6 Términos adicionales

El acuerdo de confidencialidad también incluirá cláusulas generalmente denominadas “cláusulas tipo” y algunos de los términos descritos en el Capítulo 11. Aunque el término “cláusulas tipo” se usa para describir cláusulas estándar de cualquier contrato, es muy importante que el desarrollador revise estas previsiones y se asegure de que resulten aceptables. En la mayoría de los casos, será necesario hacer muy pocos cambios, excepto en lo que respecta a cuestiones sobre la ley aplicable en caso de controversias (por ejemplo, la ley de un país o estado en particular), donde serán solucionadas las controversias (es decir, en qué estado o país) y cómo serán (es decir, mediante arbitraje o procedimientos judiciales).

Para un desarrollador estos son temas importantes, porque el lugar donde se litiga un caso puede afectar sustancialmente los costos del litigio. Los costos tendrán un gran impacto incluso en la decisión de la parte sobre avanzar con el litigio. Sin dudas, las principales empresas son conscientes de que la carga de los costos puede ser mayor para las empresas pequeñas, incluyendo desarrolladores, y saben que pueden ser reacios a iniciar demandas. Una cláusula significativa que debe ser añadida por el desarrollador es que, en caso de controversias, la parte que resulte ganadora tendrá derecho a las costas judiciales y otros gastos en que hubiera incurrido por el reclamo. Habitualmente, esto está limitado a los gastos “razonables”, pero comprende los costos judiciales y honorarios de testigos expertos.

10.4 Memorándum de entendimiento: finalidad y potenciales problemas

“Me tomó más tiempo terminar un contrato con Mary Pickford que hacer una película con ella”.⁴¹² Esto dijo Sam Goldwyn, jefe de un gran estudio en las décadas de 1930 y 1940, respecto de la negociación de un acuerdo con la famosa actriz Mary Pickford, quien luego se convirtió en una de las fundadoras de Artistas Unidos.

Aunque Sam Goldwyn se refería a negociar un acuerdo con una estrella de la industria cinematográfica, la cita puede resultar aplicable a otras áreas de la industria



del entretenimiento, incluyendo videojuegos, música y licencias. En muchos casos, debido a la urgencia de comenzar con el desarrollo del videojuego, su distribución, o adquirir una licencia, las partes no necesariamente tienen suficiente tiempo para negociar un contrato detallado que contenga todo lo acordado y los términos y condiciones. Esto se suele dar, en particular, cuando un desarrollador está tratando de lanzar un videojuego en forma coincidente con el lanzamiento de una película, un evento (por ejemplo, el comienzo de una temporada de deportes) o la temporada navideña. En consecuencia, las partes negociarán lo que se conoce como un memorándum de entendimiento. El memorándum de entendimiento habitualmente será un acuerdo vinculante entre las partes, que abarcará los principales términos de un acuerdo, permitiendo a las partes avanzar en el entendimiento de que más adelante se ejecutará un contrato detallado.

Por ejemplo, un editor está interesado en lanzar un videojuego en noviembre y diciembre, que son los meses de mayores ventas.⁴¹³ Con un plazo de desarrollo promedio de entre 18 meses y dos años para videojuegos de consolas y de PC (los videojuegos anuales deportivos toman menos de un año), el editor probablemente querrá firmar algo rápidamente si pretende lanzar el videojuego durante las vacaciones. Y si se firma un memorándum de entendimiento, el desarrollo puede comenzar inmediatamente.

Para un acuerdo editor-desarrollador, el memorándum de entendimiento debería incluir:

1. Una descripción del videojuego a ser desarrollado;
2. Un cronograma con hitos de entrega, que incluiría las sumas que se pagarán al desarrollador y cuándo se deberán ejecutar los pagos, basándose en la entrega de materiales sujetas a fechas pre acordadas;
3. Los derechos otorgados, incluyendo derechos sobre potenciales secuelas;
4. Las cuestiones de titularidad del videojuego, herramientas de desarrollo y código fuente;
5. Montos de regalías y cómo son calculados;
6. Cuándo serán emitidas las liquidaciones;
7. Declaraciones y garantías que al menos abarquen los derechos respecto del videojuego; y
8. Aspectos legales específicos tales como a) dónde se solucionarán las controversias; b) qué ley resultaría aplicable en caso de una controversia; y c) la confirmación de que el memorándum de entendimiento permanecerá vigente hasta que las partes celebren un contrato detallado.

Aunque los memorándums de entendimiento tienen varias finalidades útiles, también existen riesgos potenciales. Dado que habitualmente los memorándums de entendimiento solo abarcan los principales puntos comerciales, habrá algunos términos que pueden no estar cubiertos, y las ambigüedades en el memorándum de entendimiento pueden derivar en problemas futuros para las partes. Por ejemplo, durante el desarrollo es posible que surjan cuestiones no tratadas en el memorándum de entendimiento, y si el contrato detallado no ha sido firmado, estas cuestiones podrían quedar sin resolver, generando conflictos entre las partes, posiblemente.

Dado que la negociación, redacción y ejecución de contratos detallados pueden tomar cierto tiempo, actualmente los memorándums de entendimiento están incorporando más términos, incluyendo declaraciones y garantías, y previsiones contables (por nombrar algunas). Pero cuantos más términos formen parte de las negociaciones, existirá un mayor riesgo de que las negociaciones se demoren, haciendo fracasar la finalidad del memorándum de entendimiento. El contenido puntual de lo que se incorpora en el memorándum de entendimiento puede depender de la relación entre las partes, como así también los montos involucrados en el negocio. Si se trata de una relación comercial nueva y se sabe poco sobre las partes, es muy probable que se añadan términos adicionales al memorándum de entendimiento, para brindar más protección y seguridad a las partes. Si las partes han hecho negocios en el pasado y han establecido una relación, serán necesarias menos previsiones en el memorándum de entendimiento, debido a la confianza existente entre las partes. En cualquier caso, los desarrolladores deberían ser cautelosos y no confiar solo en un memorándum de entendimiento; deben asegurarse de que sus derechos están protegidos y sus obligaciones claramente detalladas, para evitar costos y riesgo innecesarios.



CAPÍTULO 11

CLÁUSULAS COMUNES EN CONTRATOS

11.1 Cláusulas comunes en contratos

En todos los contratos habrá cláusulas comunes, a las que habitualmente se hace referencia como “cláusulas tipo”, que aparecen al final, en una sección titulada “misceláneos”. Sin embargo, no hay que dejarse engañar por el nombre: aunque quizás solo los abogados lean esta sección, hay importantes previsiones que tendrán impacto en ambas partes en caso de inconvenientes con el contrato. Los contratos variarán el ámbito de aplicación en el marco del cual se definen estas cláusulas, y algunos podrían no incluirlas a todas.

11.1.1 Cuestiones jurisdiccionales

En esta sección las partes acordarán cómo solucionar sus controversias; qué ley será aplicable en caso de controversia y dónde se solucionará esta. Las partes primero deben acordar si se someterán a un proceso judicial o al arbitraje⁴¹⁴ para la solución de la controversia. Cada uno tiene sus ventajas y desventajas, con la principal diferencia, dicen algunos, que el arbitraje puede resultar más rápido y con menores costos,⁴¹⁵ aunque esto dependerá de la complejidad de la controversia.⁴¹⁶ El hecho de que el arbitraje pueda costar menos es el motivo por el que algunas partes no lo acepten, en el entendimiento de que los costos más elevados servirán como un disuasivo para los reclamos. Teniendo en cuenta los altos costos del litigio, es importante determinar qué parte pagará los honorarios legales, incluyendo los de los abogados, costos del litigio y gastos para los testigos. En algunos contratos, la parte que pierde debería pagar los costos legales, que podrían limitarse a honorarios razonables, aunque ello puede también crear un problema, ya que puede ser difícil determinar qué es razonable.

Además de decidir cómo deberá ser solucionada una controversia, las partes también deberán acordar dónde será resuelta y qué ley se aplicará. Los diferentes estados dentro de los Estados Unidos podrían interpretar las leyes de un modo distinto, y la ley estatal varía de estado a estado, como también lo hacen las leyes nacionales (de país en país). Dependiendo de dónde están localizadas las partes y dónde conducen sus negocios, acordarán aplicar la ley de uno de los estados donde estén localizadas, pero en muchos casos las partes operan fuera de diferentes estados o países, lo que genera un problema. En la mayoría de las situaciones, la parte con mayor ventaja será la que impondrá la ley que se aplicará, como así también el lugar en el que deberá solucionarse la controversia. Esto es significativo, debido a los costos en que deberá incurrir una de las partes para viajar y/o contratar asesoramiento local para cualquier litigio.

En el supuesto de que las partes tengan igual poder de negociación y existan diferentes alternativas de lugares en los que podría someterse el caso, las partes podrían acordar las posibles opciones. Una posibilidad es que elijan un lugar neutral, una condición de que lleven a cabo actividades comerciales en esa jurisdicción. Por ejemplo, un editor de California y un desarrollador ubicado fuera de Michigan podrían elegir que el litigio se examine en Nueva York. Dado que la industria del entretenimiento ha jugado un papel predominante tanto en California como en Nueva York, hay una ventaja en elegir esas jurisdicciones, debido a la familiaridad con los asuntos relativos al entretenimiento. Un escenario similar se daría entre dos empresas ubicadas en diferentes países, lo cual se está convirtiendo en algo cada vez más común, dado que los desarrolladores ahora están en todo el mundo. Un desarrollador de videojuegos de Europa y un editor de Estados Unidos podrían acordar resolver sus asuntos en Inglaterra. El hecho de que ambas empresas deberían gastar mucho dinero para litigar un asunto podría servir como disuasivo contra litigar.

Otra opción para las partes podría ser acordar que la parte que inicia la demanda debe hacerlo en la jurisdicción de la otra parte. Por ejemplo, si una empresa ubicada en Nueva York demanda a un editor de California, debería iniciar la demanda en California.

11.1.2 Renuncia

En esta sección se deja aclarado que la decisión de una de las partes de no hacer cumplir a la otra en forma estricta cualquier obligación derivada del contrato, no constituye una renuncia a sus derechos para hacerlo más adelante respecto de esa misma obligación o de cualquier otra. Por ejemplo, si el editor considera que un problema puede ser resuelto sin litigar, no pierde por ello su derecho de proseguir una acción contra el desarrollador en el futuro.

11.1.3 Inexistencia de empresas mixtas

Esta sección confirma que el contrato no crea una empresa mixta, sociedad u otro tipo de relación comercial que podría permitir a una de las partes obligar o comprometer a la otra en cualquier negocio.

11.1.4 Divisibilidad

En esta sección se aclara que si una cláusula particular no puede ejecutarse o es considerada inválida por la ley, siempre que no sea tan relevante que pueda cambiar la intención de las partes, el contrato continuará plenamente vigente y ejecutable como si la cláusula no hubiera existido.



11.1.5 Cesión

La cesión confiere el derecho a una de las partes del contrato a transferir sus derechos y obligaciones, total o parcialmente, a otra parte. Es una cláusula significativa, porque la parte que celebra un acuerdo puede querer tratar solamente con la otra parte que firmó el contrato. Por ejemplo, antes de iniciar una relación comercial, la parte que va a hacerlo suele considerar factores tales como la calidad del trabajo y la reputación de la otra parte. En consecuencia, las partes pueden restringir la cesión, o imponer obligaciones adicionales a la parte con relación a las cesiones. Por ejemplo, en caso de que una de las partes desee ceder su derecho, la cesión podría: i) estar sujeta al consentimiento previo y escrito de la otra parte;⁴¹⁷ ii) la parte cedente debe garantizar que el cesionario asuma todas las obligaciones en los términos del contrato; y iii) si el cesionario no cumple, el cedente será responsable por ese incumplimiento.

Si una parte puede ceder o no también dependerá del poder de negociación de las empresas y del tipo de contrato. En un contrato entre editor y desarrollador, por lo general no se autorizará al desarrollador a ceder los derechos, dado que el editor ha celebrado el contrato específicamente por las habilidades del desarrollador para crear el videojuego. Por otro lado, el editor puede ser autorizado para ceder sus derechos con las posibles restricciones listadas más arriba.

En los contratos de licencia, el licenciante generalmente podrá ceder ilimitadamente sus derechos, mientras que los licenciatarios solo podrán ceder sus derechos con la aprobación del licenciante. Además, en algunos casos, el licenciante puede requerir un pago adicional u otras obligaciones para autorizar la cesión, basado en la idea de que la propiedad licenciada puede generar un valor adicional para las partes de la cesión y, por lo tanto, el licenciante debería ser compensado por ello.

Una excepción que generalmente acuerdan las partes con relación a la cesión consiste en que una parte estará autorizada para ceder sus derechos a una afiliada. La afiliada habitualmente se define como una entidad que, directa o indirectamente, controla, es controlada por, o está bajo un control común con la parte que pretende ceder sus derechos.

Es importante que el contrato contenga previsiones que permitan a las partes ceder, dado que en algunas jurisdicciones de Estados Unidos pueden prohibir una cesión si no está especificada en el contrato.

11.1.6 Supervivencia

En esta sección se hace saber a las partes que ciertas secciones del contrato se mantendrán vigentes incluso luego del vencimiento o terminación del contrato.

En general, se incluirán algunas declaraciones y garantías, indemnización, el posible

pago de sumas de dinero debidas luego del plazo, emisión de liquidaciones, período de liquidación, derechos de auditoría y cuestiones vinculadas con las demandas judiciales. Además, para acuerdos en los que los videojuegos están embebidos en dispositivos móviles, o son parte de servicios de suscripción, el derecho del distribuidor para continuar cumpliendo acuerdos anteriores habitualmente sobrevivirá a la terminación o vencimiento del contrato.

11.1.7 Notificaciones

En esta sección se detallarán los procedimientos y el personal que debe ser notificado en caso de que deba cursarse una notificación a la otra parte en los términos del contrato. Por ejemplo, el editor debería enviar una notificación al desarrollador en caso de incumplimiento del contrato. La redacción de la sección especificará en qué situaciones debe realizarse una notificación, tratándose por lo general de un incumplimiento, del cambio de domicilio y de la cesión de derechos. Además, el contrato especificará la persona o partes que deben recibir la notificación para que sea efectiva. Generalmente, deberá notificarse al firmante del contrato, con una copia al departamento legal de la empresa. A veces es más conveniente tener más de una persona listada para asegurarse de que la notificación llegue a la persona correspondiente; además, las personas se van de las empresas y es necesario asegurarse de que cuando una notificación es enviada, la otra parte la reciba.

Esta cláusula también especificará dónde debe ser enviada la notificación, habitualmente el domicilio indicado en el preámbulo del contrato, y cómo debe ser enviada. La notificación debe ser enviada de modo tal que pueda verificarse su recepción o cuándo fue enviada. La mayoría de las empresas acordarán que el servicio de mensajería expreso, la entrega en mano o el envío con aviso de retorno será suficiente como prueba de que la notificación ha sido entregada o recibida. Esto es importante porque el contrato indicará cuándo se perfecciona la notificación, y si una parte debe responder dentro de un plazo determinado, debe existir un reconocimiento de que la notificación ha sido enviada. Finalmente, un contrato puede determinar cuándo la notificación se considerará perfeccionada, lo que habitualmente será algunos días después desde su envío o recepción. Esto resulta importante cuando una parte debe enmendar un potencial incumplimiento dentro de un plazo determinado.

11.1.8 Acuerdo completo. Revisiones

En esta sección se indica que lo expresado en el contrato regirá la relación entre las partes, y que cualquier discusión anterior o posterior respecto del acuerdo no tendrá ninguna relevancia. En consecuencia, cualquier revisión al contrato deberá realizarse por escrito y ser firmada por ambas partes o, al menos, por la parte afectada por la revisión. Esto es importante porque si una parte le promete a otra asumir cierta



obligación, pero ello no queda expresado en el contrato, entonces no es parte del acuerdo.

11.1.9 Derechos reservados

En contratos en los que la propiedad es licenciada o se otorga a un licenciatario, el titular de la propiedad intelectual debería añadir previsiones que indiquen que todos los derechos que no han sido expresamente otorgados al licenciatario han sido reservados por el licenciatante. Esta es una previsión importante, dado que el licenciatario pretenderá obtener los derechos más amplios posibles, mientras que el licenciatante tratará de limitarlos porque el otorgamiento de derechos adicionales debería resultar en una contraprestación adicional. Además, a medida que surgen nuevas formas de distribución y nuevas plataformas, el licenciatante podría no querer otorgar derechos sin comprender los potenciales modelos de negocios para estas plataformas y canales de distribución emergentes.

11.1.10 Fuerza mayor

Esta cláusula protege a una o ambas partes ante el incumplimiento del contrato provocado por un evento que se encuentra fuera del control de la parte incumplidora, y que puede forzar la suspensión del contrato. Por ejemplo, si ocurre un evento de fuerza mayor⁴¹⁸ que afecta sustancialmente la posibilidad de la parte de cumplir con sus obligaciones o enmendar un incumplimiento.

Habitualmente, la cláusula de fuerza mayor comprende los casos fortuitos, desastres naturales tales como terremotos e inundaciones, guerra, epidemias, actos de terrorismo, explosiones y revueltas, siempre que no hayan sido causados por la parte que se ampara en la fuerza mayor. También comprende actos gubernamentales, que pueden incluir el dictado de nuevas leyes. Además, algunos contratos pueden incluir controversias laborales, escasez de materiales y cualquier otra causa razonablemente fuera del control de las partes.

Si ocurre un evento de fuerza mayor, el contrato quedará suspendido mientras dure el evento. En ese tiempo, usualmente se requerirá a la parte afectada que realice esfuerzos de buena fe para procurar cumplir con sus obligaciones o enmendar el incumplimiento. No obstante, la suspensión no puede durar infinitamente y, por lo tanto, habrá una limitación, en general entre 30 y 90 días. Si la parte afectada no puede cumplir o enmendar su incumplimiento antes de que termine el plazo de suspensión, entonces la otra parte tendrá derecho a terminar el contrato.

APÉNDICE

Ejemplo de cronograma de hitos para un videojuego de consola

La siguiente lista destaca sólo alguno de los hitos más importantes, que variarán dependiendo del proyecto que se haya encarado, del tiempo de desarrollo y de la plataforma en la que será lanzado el videojuego. Las partes deberían acordar descripciones de entrega más detalladas para cada hito, y cada uno debería ser definido completamente antes del siguiente. No todos los hitos son listados cuando se firma el contrato, por lo que las partes etiquetarán ciertos hitos como “a ser definido” (ASD). Es crítico que las partes determinen qué será entregado bajo un hito ASD, para evitar confusiones entre las partes cuando el hito sea efectivamente entregado y, eventualmente, deba pagarse. Más aún, los hitos pueden cambiar y, consecuentemente, las partes dejarán aclarado en el contrato que los hitos pueden ser modificados por acuerdo de partes.

Cronograma modelo de hitos

1. Celebración del memorándum de entendimiento, si es aplicable
2. Celebración del contrato
3. Entrega de los documentos de diseño*
4. Revisión técnica del diseño*
5. Prototipo de trabajo
6. Tramo vertical*
7. Versión pre *alfa*
8. Código y contenido completos (“*alfa*”)*
9. Candidata a versión final (“*beta*”)*
10. Localización completa
11. Candidato de control de calidad. Todos los errores resueltos. Comienzo de control de calidad
12. Entrega del candidato a versión final
13. Versión final (versión NTSC)
14. Versión final (versión PAL)



15. Archivo/restitución de materiales prestados (como, por ejemplo, kits de desarrollo), entrega de documentos al editor (por ejemplo, documentos de obra por encargo y páginas impresas del código para registro de derecho de autor en Estados Unidos) y activos del desarrollador (por ejemplo, código fuente y datos del videojuego, si fuera aplicable).

* Por lo general representan hitos particulares cuando un editor decide si va a avanzar hacia la siguiente etapa del desarrollo.

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar quiero agradecer a los otros autores que trabajaron en este proyecto, y cuyas significativas contribuciones fueron fundamentales para hacer posible esta publicación.

También quiero agradecer especialmente la asistencia, dedicación y soporte infinito de la Sra. Donna M. A. Hill, de la OMPI. Su increíble atención y paciencia hicieron posible esta publicación. Las semillas para este proyecto fueron plantadas hace algunos años y fueron su soporte continuo y su visión los que permitieron que este proyecto se convirtiera en realidad.

Estoy extremadamente agradecido con una cantidad de personas que nos aportó su generosa asistencia, tiempo, conocimiento y valiosas contribuciones, incluyendo a:

Adrienne Lauer, una ejecutiva de ventas con más de 22 años de experiencia en videojuegos; incluyendo seis años dedicados a las estrategias globales de distribución digital y desarrollo comercial. Adrienne es actualmente una consultora de ventas que desarrolla y ejecuta ventas y planes de negocios para diversos clientes en el ámbito de los videojuegos. Antes de su función actual, pasó 14 años en THQ, Inc., manejando las ventas al por menor, estableciendo y liderando el negocio global digital de THQ.

Gary Rosenfeld, quien tiene más de 20 años de experiencia administrando desarrollos comerciales, adquisición de productos, licenciamiento, cuestiones comerciales y legales para editores de juegos interactivos y empresas de productos para consumidores y de entretenimiento en general. Gary previamente prestó servicios como alto directivo en 20th Century Fox, THQ, The Endeavor Agency y Playmates Toys.

Patrick Sweeney, un abogado de Los Ángeles con más de 15 años de experiencia en la industria de los videojuegos. En ese tiempo negoció diversas licencias, contratos de desarrollo y otras transacciones que determinaron el lanzamiento de más de 250 títulos. Además de ser un ávido jugador, es miembro fundador de la *Video Game Bar Association* (Asociación de Abogados de Videojuegos) y es profesor adjunto de la Facultad de Derecho de Southwestern, donde enseña “Contratos de videojuegos”.

Justin Lucas, un veterano con 15 años de experiencia en promoción de videojuegos, que trabajó con clásicos de culto independientes como *Vanguard Bandits*, *Eternal Eyes*, *Robotech*, *R.A.D.*, *Armored Core*; y más recientemente lideró los esfuerzos de promoción en Estados Unidos para el título *TEKKEN Revolution*, de PlayStation®3.

Robert Johnson es un productor senior, con más de 18 años en la industria de los videojuegos, ocupando cargos en promoción, desarrollo de negocios y producción.



Robert ha supervisado la producción de más de 150 SKUS (Stock-keeping Units, referencias de almacén), especializándose en administración de proyectos y cuentas para Capcom Entertainment y Namco Bandai Games.

Carlos Martin, un abogado de Estados Unidos, que se especializa en desarrollo de negocios en la industria del videojuego. Trabajó en relaciones con editores, producción de estudio, diseño de videojuegos y desarrollo de negocios para Sony Computer Entertainment, Activision, y Namco Bandai Games America.

Rob Aft, un experto en financiación y distribución de películas, por su aliento y soporte. Su publicación de la OMPI *"From Script to Screen"* sirvió como modelo para este libro y está disponible en el sitio web de la OMPI.

Ron Goldberg, vicepresidente de Manhattan Production Music, con 22 años de experiencia licenciando bibliotecas y sellos de música para videojuegos, películas, televisión, avances, promociones, noticias y deportes. Ron también está involucrado en la contratación de artistas y compositores, como así también en la supervisión de toda la producción musical de las crecientes bibliotecas de Manhattan.

Rudy Medrano, un productor de videojuegos móviles para Namco Bandai Games America, con más de siete años de experiencia trabajando en el ámbito de los videojuegos móviles. Comenzó en la industria de los videojuegos como analista de control de calidad en Vivendi Games en 2005, y ha trabajado para SGN y Disney Playdom.

Lee Jacobson, un ejecutivo del entretenimiento cuya carrera se extiende por más de 20 años en la industria del videojuego. Trabajó para Viacom, Midway Games y, más recientemente, para Atari, en donde prestó tareas como vicepresidente senior de edición y licenciamiento. Actualmente Lee es el CEO de Apmetrix, una empresa de analíticas móviles que ofrece servicios de inteligencia de negocio y analíticas para aplicaciones y videojuegos móviles.

Christopher R. Chase es un abogado de propiedad intelectual y negocios en Frankfurt Kurnit Klein & Selz, en donde asesora diversos clientes en las industrias de medios, mercadotecnia y entretenimiento, en cuestiones que van desde marcas y derecho de autor, hasta contratos de producción, distribución y adhesión para licencias de música, video y otros contenidos.

Finalmente, un agradecimiento adicional para Martin Nguyen, David Wang, Tad Hirabayashi, Kelly Flock, Michael Herz, Lloyd Kaufman, el Profesor Ted Hagelin, David Localio, Jim Kennedy, Dan Mueller, Ivar Posthumus, Maurice Molyneaux, James Shelton, Jerome Markota, Mark Litwak, Brian Pyne, Randy Walker, Eliot Mizrahi, Seth Steinberg, Donald Polden, y a mamá y papá.

David Greenspan

BIBLIOGRAFÍA

Libros de referencia legal y comercial

- [1] Battersby, G and Grimes, C, 2001. *License Agreements: Forms and Checklists*. Aspen Publishers/Wolters Kluwer.
- [2] Battersby, GJ and Simon, D, 2012. *Basics of Licensing: How to Extend Brand and Entertainment Properties for Profit*. Kent Press.
- [3] Boyd, SG and Green, B, 2007. *Business & Legal Primer for Game Development*. Charles River Media/Thomson.
- [4] Brabec, J and Brabec, T, 2006. *Music Money and Success: The Insider's Guide to Making Money in the Music Business* 5th edition. Schirmer Trade Books.
- [5] Brinson, JD and Radcliffe, M, 1994. *Multimedia Law Handbook*. Ladera Press.
- [6] Brown, P, Neuburger, J, Bandon, W and Raysman R, 2012. *Emerging Technologies and the Law: Forms & Analysis*. Law Seminar Press.
- [7] Cannady, C, 2013. *Technology Licensing and Development Agreements*. Oxford University Press.
- [8] Chandler, HM, 2013. *The Game Production Handbook* 3rd edition. Jones and Bartlett Publishers.
- [9] Cohen, JE, Loren, LP, Okediji, RL and O'Rourke, MA, 2006. *Copyright In a Global Information Economy*. Aspen Publishers.
- [10] Conkey, EH and Jones, P (eds), 2010. *Counseling Content Providers in the Digital Age*. New York State Bar Association.
- [11] Dinwoodie, G, Hennessy, W and Perlmutter, S, 2001. *International Intellectual Property Law and Policy*. Lexis Nexis.
- [12] Donaldson, M, 2008. *Clearance & Copyright*, 3rd Edition. Silman James Press.
- [13] Fishman, S, 2012. *The Public Domain: How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. 6th edition. Nolo.
- [14] Hagelin, T, 2011. *Technology Innovation Law and Practice*. LexisNexis.
- [15] Haggard, T and Kuney, G, 2007. *Legal Drafting: Process, Techniques, and Exercises*. Thomson West.
- [16] *IGDA Contract Walk-Through-First Edition* (2003 www.igda.org/biz)
- [17] *IGDA Contract Walk-Through-Release 3: Effects on Quality of Life* (2006 www.igda.org/biz)
- [18] *IGDA Contract Walk-Through-Second Release* (2003 www.igda.org/biz)
- [19] Kuney, G, 2011. *The Elements of Contract Drafting with Questions and Clauses for Consideration* 3rd Edition. West.
- [20] Lipson, A and Brain, R, 2009. *Computer and Video Game Law*. Carolina Academic Press.



- [21] Litwak, M, 1998. *Litwak's Multimedia Producer's Handbook: A Legal and Distribution Guide*. Silman James Press.
- [22] Luton, W, 2013. *Free-to-play: Making Money From Games You Give Away*. New Riders.
- [23] Myers, G, 2008. *Concise Hornbooks: Principles of Intellectual Property Law*. Thomson West.
- [24] Nimmer, R, 2007. *Licensing of Intellectual Property and Other Information Assets* 2nd edition. Lexis Nexis.
- [25] Ramos, A, Lopez, L, Rodriguez, A, Meng, T and Abrams, S, 2013. *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches*. WIPO.
- [26] Scott, M, 2008. *Scott on Multimedia Law* 3rd edition (updated annually). Walter Kluwer.
- [27] Simensky, M, Selz, T, Lind, R, Burnett, B, Palmer, C and Dougherty, F, 2004 with 2010 Supplement. *Entertainment Law* 3rd edition. Lexis Nexis.
- [28] *Technology & Entertainment Convergence 2010: Hot Business & Legal Issues in Technotainment*. Chair: Cydney Tune. Practising Law Institute.
- [29] Weaver, R, Shoben, E and Kelly M, 2007. *Concise Hornbooks: Principles of Remedies Law*. Thomson West.
- [30] Weiler, P and Myers, G, 2011. *Entertainment, Media and the Law* 4th edition. West.
- [31] Welkowitz, D and Ochoa, T, 2010. *Celebrity Rights: Right of Publicity and Related Rights in the United States and Abroad*. Carolina Academic Press.

Libros sobre la industria del videojuego y los videojuegos

- [1] Festinger, J, Metcalfe, C and Ripley, R, 2012. *Video Game Law* 2nd edition. Lexis Nexis.
- [2] Dannenberg, R (ed), 2011. *The American Bar Association's Legal Guide to Video Game Development*. American Bar Association.
- [3] Asakura, Reiji, 2000. *Revolutionaries at Sony*. McGraw-Hill.
- [4] Berens, K and Howard, G, 2008. *The Rough Guide to Videogames*. Rough Guides.
- [5] Demaria, N and Wilson, JI, 2002. *High Score! The Illustrated History of Electronic Games*. McGraw Hill-Osborne.
- [6] Donovan, T, 2010. *Replay: The History of Video Games*. Yellow Ant.
- [7] *Game Development Essentials Series*, 2008. Delmar Cengage.
- [8] Goldberg, H, 2011. *All Your Base Belongs To US: How Fifty Years of Videogames Conquered Pop Culture*. Three Rivers Press.
- [9] Kent, S, 2001. *The Ultimate History of Video Games: From Pong to Pokemon – The Story Behind the Craze That Touched Our Lives and Changed the World*. Three Rivers Press.

- [10] Kent, SL, 2000. *The First Quarter: A 25-Year History of Video Games*. BWD Press.
- [11] Ryan, J, 2011. *Super Mario: How Nintendo Conquered America*. Penguin Group.
- [12] Sheff, D, with new chapter by Eddy, A, 1999. *Game Over Press Start To Continue: The Maturing of Mario*. Cyberactive Media Group Inc/Game Pr.
- [13] Takahashi, D, 2002. *Opening the Xbox*. Prima Publishing.
- [14] *The Economist Special Report: Video Games*. December 10, 2011.
- [15] Wolf, MJP, 2008. *The Video Game Explosion: A History From Pong to PlayStation and Beyond*. Greenwood Press.

Recursos en línea

Hay cientos de sitios web dedicados a los videojuegos. A continuación se listan algunos sitios excelentes que involucran aspectos comerciales, de mercadotecnia y legales, como así también historias y revisiones de juegos.

- Bluesnews.com
- Eurogamer.net
- G4TV.com
- Gamasutra.com
- Game Industry International
- Gamesindustry.biz
- Gameinformer.com
- Gamepolitics.com
- Gamespot.com
- igda.com
- ign.com
- kotaku.com
- metacritic.com
- vgchartz.com



Fuentes de más información sobre el Capítulo 3

- [1] EUROPA: http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/intellectual_property/
- [2] Social Science Research Network (SSRN) Paper, *Copyright Law and Video Games: A Brief History of an Interactive Medium*, by Greg Lastowka, Draft October, 2013, at <http://ssrn.com/abstract=2321424>
- [3] Oficina de patentes y marcas de los Estados Unidos (USPTO): www.uspto.gov/
- [4] Oficina de Derecho de autor de EEUU: www.copyright.gov/
- [5] Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI/WIPO): www.wipo.int/portal/en/

Notas

- ¹ Basado en *Essential Facts About the Computer and Video Game Industry*, publicado en 2011 por la *Entertainment Software Association*.
 - ² www.venturebeat.com/2013/06/06/global-games-market-to-hit-86-1b-by-2016-as-mobile-charges-ahead/; y <http://in.reuters.com/article/2013/06/10/gameshow-e-idINDEE9590DW20130610>
 - ³ Definir en forma precisa el tamaño de la industria es difícil, debido a la definición variable de plataformas, especialmente en la categoría móvil. Los ingresos, en particular para la distribución digital y videojuegos móviles, tienden a ser estimativos, y las estimaciones pueden variar sustancialmente. Aunque el sector móvil es el de más rápido crecimiento de la industria del videojuego, los videojuegos tradicionales todavía generan la mayor parte de los ingresos. Veáse Reuters, *Factbox - A look at the \$66 billion video-games industry*; y *Takahashi, Mobile growth will fuel global game market that hits \$86.1B by 2016*.
- ⁴ VGChartz, www.vgchartz.com
- ⁵ VGChartz
- ⁶ www.gamesindustry.biz/articles/2012-11-22-steam-still-at-50-million-users-500-000-use-big-picture
- ⁷ www.gamasutra.com/view/news/180646/Origin_continues_to_creep_up_on_Steam_with_30M_registered_users.php
- ⁸ Véase Reuters, *Factbox - A look at the \$66 billion video-games industry*
- ⁹ <http://bgr.com/2012/12/04/mobile-market-share-2012-android/>
- ¹⁰ http://en.wikipedia.org/wiki/Category:First-party_video_game_developers
- ¹¹ Informe anual de Microsoft, 2012
- ¹² Informe anual de Nintendo, 2013
- ¹³ Informe anual de Sony, 2012
- ¹⁴ www.forbes.com/sites/oliverchiang/2011/02/15/valve-and-steam-worth-billions/
- ¹⁵ Informe anual de Electronic Arts Inc., 2012; Informe anual de Activision Blizzard Inc., 2012; Informe anual de Ubisoft Entertainment U.A., 2012; Informe anual de Sega Sammy Holdings Inc., 2011; Informe anual de Take-Two Interactive Software, Inc., 2012; Informe anual de Square-Enix Holdings Co. Ltd., 2012; Informe anual de Namco Bandai Holdings Inc., 2012; Informe anual de Konami Corporation, 2012; Informe Anual de Capcom Co. Ltd., 2012.
- ¹⁶ El lanzamiento de la Wii U de Nintendo fue una gran decepción por la falta de títulos atractivos. Véanse www.gamespot.com/news/wii-u-struggling-mightily-says-analyst-6409358; www.nbcnews.com/technology/nintendo-ceo-we-are-blame-poor-wii-u-sales-6C10378098
- ¹⁷ www.gamesindustry.biz/articles/2012-07-09-square-enix-on-next-gen-and-why-the-uncanny-valley-will-always-exist
- ¹⁸ Vgchartz



- ¹⁹ [http://en.wikipedia.org/wiki/History_of_video_game_consolas_\(seventh_generation\)](http://en.wikipedia.org/wiki/History_of_video_game_consolas_(seventh_generation)); www.engadget.com/2012/09/19/sony-announces-a-new-ps3-the-latest-redesign-of-its-gaming/
- ²⁰ <http://business.time.com/2013/02/11/game-over-why-video-game-consola-sales-are-plummeting/>; www.cbc.ca/news/technology/story/2013/05/17/f-video-game-consola-analysis-nowak.html
- ²¹ http://gamasutra.com/view/news/184899/US_retail_software_in_2012_What_you_need_to_know.php
- ²² Los títulos “triple A” son usualmente definidos como videojuegos de gran presupuesto y alta calidad.
- ²³ Wiki invest.
- ²⁴ La Nintendo Wii U tuvo un lanzamiento inicial decepcionante, por el que se culpó fundamentalmente a la falta de software atractivo. www.nbcnews.com/technology/nintendo-ceo-we-are-blame-poor-wii-u-sales-6C10378098 ; Invest, www.theverge.com/2013/2/15/3990934/npd-january-2013-sales-figures-wii-u
- ²⁵ Véase www.vg247.com/2013/07/11/sony-boss-the-steven-spielbergs-of-our-industry-are-indies/;
- ²⁶ www.theverge.com/2013/6/19/4445984/xbox-one-policy-reversal-changes
- ²⁷ www.techradar.com/us/news/gaming/valve-steam-box-release-date-news-and-features-1127072
- ²⁸ Ver: www.pcgamer.com/2012/06/06/ea-senior-vp-comments-on-steam-sales-%E2%80%9Ci-just-think-it-cheapens-your-intellectual-property-%E2%80%9D/, http://business.financialpost.com/2012/04/18/are-steep-discounts-for-online-game-sales-bad-for-business/?_Isa=06aa-4bd7
- ²⁹ Ver: www.gamasutra.com/blogs/DanielMacedo/20121219/183701/Why_Steam_sales_are_good.php, www.eurogamer.net/articles/2012-07-11-valve-counters-eas-steam-sales-cheapen-intellectual-property-accusation
- ³⁰ <http://venturebeat.com/2013/02/15/the-deanbeat-the-state-of-free-to-play-mobile-gaming-by-the-numbers/>
- ³¹ SWTOR, www.forbes.com/sites/erikkain/2012/11/21/star-wars-the-old-republic-goes-free-to-play-but-not-too-free/; Tera, www.eurogamer.net/articles/2013-02-05-fantasy-mmo-tera-goes-free-to-play-with-rousing-new-trailer; Star Trek Online, www.theverge.com/gaming/2012/1/18/2715087/star-trek-online-free-to-play. Never winter, www.ign.com/articles/2011/10/05/big-changes-to-cryptics-neverwinter
- ³² www.gamasutra.com/view/news/191079/At_EA_packaged_games_are_sliding_as_digital_nudges_upward.php
- ³³ Véase *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), julio de 2013; un estudio que involucra el análisis de legislación nacional sobre protección de videojuegos por derecho de autor en las siguientes jurisdicciones: Argentina, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Dinamarca, Egipto, Alemania, India, Italia, Japón, Kenia, Corea, Rwanda, Rusia, Senegal, Sudáfrica, España, Suecia, Estados Unidos y Uruguay. Andy Ramos, Laura Lopez, Anxo Rodriguez, Tim Meng and Stan Abrams. www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/activities/pdf/comparative_analysis_on_video_games.pdf

- ³⁴ En este contexto, se entiende por “errores” (en inglés, *bugs*), las anomalías en el software que causan resultados inesperados durante el juego, o que evitan que el jugador pueda utilizar ciertas funciones. Habitualmente serán clasificados por su gravedad (A, B, C, etc., siendo “A” el más grave) y dependiendo de la gravedad pueden impedir que un videojuego sea lanzado hasta que se corrijan. Un error “A” puede impedir que el jugador juegue, como cuando el videojuego se congela. Un error “B” puede permitir al jugador jugar el videojuego, pero alguna característica importante podría no funcionar y, dependiendo del tipo de error, puede o no impedir que el videojuego sea lanzado. Un error “C” habitualmente es un problema insignificante (por ejemplo, un inconveniente gráfico, una error ortográfico) y no evita que el videojuego sea lanzado. Véase Heather Maxwell Chandler, *The Game Production Handbook*, 241 (Jones & Bartlett Learning 3rd edition 2013).
- ³⁵ En algunos casos, el editor forma su propio equipo interno para desarrollar un videojuego, y en otros adquiere estudios de desarrollo de terceros, con sus empleados y propiedad intelectual. Todos los derechos sobre los videojuegos son de titularidad del editor, salvo que el videojuego incluya propiedad licenciada.
- ³⁶ Aun si el editor actúa solo como distribuidor, puede asistir en la financiación de un videojuego para ayudar a terminarlo. A cambio, el editor podría recibir una tasa más alta por la distribución y/o derechos adicionales. Los desarrolladores pueden autofinanciar videojuegos, pero esto puede ser extremadamente difícil, dependiendo de los costos y plataformas. Es mucho más fácil autofinanciar desarrollos de videojuegos móviles comparados con los de consolas, debido al bajo costo de desarrollo. Algunos desarrolladores han obtenido financiamiento de capitalistas de riesgo, y a través de sitios web de donaciones como Kickstarter. Heather Maxwell Chandler, *The Game Production Handbook* 70-71 (Jones & Bartlett Learning 3rd edition 2013). En casos como Kickstarter, la gente realiza contribuciones y generalmente recibe algo a cambio (por ejemplo, una copia del videojuego). Véase www.kickstarter.com/discover/categories/games?ref=sidebar. Véase también http://gamasutra.com/view/feature/182962/what_do_investors_look_for_in_a_.php regarding venture capitalist.
- ³⁷ Salvo que sea también editor, el desarrollador debe celebrar un acuerdo con un editor que tenga un contrato de licencia con un fabricante de consolas, para poder distribuir sus videojuegos al por menor. Véase www.warioworld.com/apply/ y el Capítulo 6.2.
- ³⁸ Otros servicios que puede proveer el editor incluyen: 1) supervisar el desarrollo del videojuego; 2) depurar y probar el videojuego; 3) trabajar con los comercios para vender el producto en ese canal; y 4) asegurar licencias de terceros tales como marcas registradas, estrellas de cine y música. Trabajar con terceros desarrolladores también trae beneficios al editor, que incluyen: i) experiencia en ciertas categorías de videojuegos, como así también de tecnología; ii) posible reducción de costos de desarrollo y participación en los riesgos; y iii) nueva propiedad intelectual para distribuir. Informe anual de Activision Blizzard Inc., 2012.
- ³⁹ El editor también podría querer: i) entrevistar a otros desarrolladores que estén trabajando o hayan trabajado con el desarrollador; ii) realizar una inspección en las instalaciones del desarrollador.
- ⁴⁰ El editor generalmente creará un documento destacando el potencial de rentabilidad de un videojuego, referido como “Análisis de Ganancias y Pérdidas” (P&L, por sus siglas en inglés). El P&L detalla cuánto dinero espera recibir el editor considerando diferentes escenarios de ventas, y cuánto estima que gastará con la explotación del videojuego, para así determinar si piensa que el videojuego será rentable.
- ⁴¹ A los fines de este capítulo, el uso de un contrato de edición comprende dos situaciones: i) que el editor se involucre en el desarrollo y distribución del videojuego; o ii) que el editor actúe solo como distribuidor. En muchos casos, debido a las restricciones temporales y la cantidad de tiempo que puede tomar la celebración



de un contrato detallado, las partes pueden acordar firmar un memorándum de entendimiento para comenzar con el proyecto tan pronto como sea posible. El memorándum de entendimiento habitualmente incluye los puntos comerciales principales, y quizás algunas declaraciones y garantías. Véase el Capítulo 10.4 para una descripción sobre el memorándum de entendimiento.

- ⁴² En este caso, el editor paga al desarrollador un adelanto recuperable. Los adelantos variarán dependiendo del tipo de videojuego y las plataformas, pero algunos adelantos pueden fácilmente llegar a millones de dólares.
- ⁴³ Si el videojuego se basa en propiedad licenciada, los derechos de titularidad estarán sujetos a las limitaciones que los contratos de licencia impongan al editor. Véase el Capítulo 4.
- ⁴⁴ Una obra se considera como obra por encargo en dos casos. El primero es que la obra haya sido realizada dentro del ámbito de empleo del trabajador. Por ejemplo, un ingeniero crea un código como parte de sus tareas y, consecuentemente, el código sería luego de titularidad del empleador. El segundo caso es cuando una obra es creada por un contratista independiente y se verifican tres condiciones: i) que la obra haya sido específicamente requerida o comisionada (es decir, que al contratista independiente se le paga por crear algo nuevo); ii) que la obra esté comprendida dentro de alguna de las nueve categorías destacadas en la Ley de Derecho de Autor, que incluyen: una contribución a una obra colectiva, a una película u otras obras audiovisuales, una traducción, una prueba, material de respuesta para una prueba, un atlas, texto instructivo, una compilación o material suplementario; y iii) que antes de comenzar cualquier tarea, las partes hayan acordado por escrito (y con la firma de ambas) que la obra sería considerada por encargo. Gary Myers, *Concise Hornbooks: Principles of Intellectual Property Law* 42-47 (Thomson West 2008); www.copylaw.com/new_articles/wfh.html. En caso de que el empleador no hubiera celebrado un contrato antes de que el trabajo comience, entonces debe incluir previsiones en el contrato en el sentido de que la obra le será cedida o, como mínimo, licenciada.
- ⁴⁵ Julie E. Cohen, Lydia Pallas Loren, Ruth L. Okediji & Maureen A. O'Rourke, *Copyright In A Global Information Economy* 126 (Aspen Publishers 2nd ed. 2006). El principio de los "derechos morales" también es relevante con relación a los videojuegos que se originan o tienen vínculos con individuos europeos. Véase el Capítulo 3 sobre derechos de propiedad intelectual.
- ⁴⁶ Al tener todos los derechos sobre el videojuego, el editor podría también tener el derecho -usualmente sin límites- de explotar cualquiera de los elementos contenidos en el videojuego (es decir, personajes, argumento) por cualquier medio, incluyendo obras derivadas, mercadotecnia, películas, etc. Véase www.toynews-online.biz/news/38372/Video-game-toy-sales-rise-28. Para un artículo sobre aspectos interesantes de la mercadotecnia vinculada con videojuegos véase www.toptenz.net/top-10-most-baffling-pieces-of-video-game-merchandise.php. Véase también Encyclopedia of Video Games: *The Culture, Technology, and Art of Gaming* 392 (Mark J. P. Wolf ed., Greenwood 2012).
- ⁴⁷ Las partes deberían listar en el contrato las herramientas específicas y tecnología preexistente del desarrollador. En caso de que existieran herramientas o tecnología preexistente, el desarrollador debería licenciarlas al editor para su uso en el videojuego.
- ⁴⁸ Los derechos otorgados para un videojuego serán muchas veces afectados por el monto de dinero que tal vez deba pagarse al desarrollador, que puede incluir adelantos, una garantía, regalías y posiblemente incluso un compromiso de promoción. Por lo general, cuanto más dinero se pague al desarrollador, más derechos obtendrá el editor. Los editores procurarán la mayor amplitud de derechos posible, para poder recuperar su inversión, especialmente si están aportando algún tipo de adelanto y/o garantía. Para ciertos juegos, como los títulos AAA, el poder de negociación está del lado del editor,

dado que hay pocas partes que pueden proveer el financiamiento y otros recursos necesarios para financiar este tipo de títulos. Además, con menos editores hay menos alternativas para los desarrolladores que quieran trabajar en estos videojuegos.

- ⁴⁹ Dependiendo de la duración del contrato, cuando a un videojuego le va bien en una plataforma, el desarrollador o editor podrían decidir desarrollarlo o adaptarlo para otras plataformas que no habían sido contempladas en el lanzamiento del videojuego. Más aún, el editor podría pretender obtener derechos para todas las plataformas, independientemente de las plataformas para las cuales se hubiera desarrollado el videojuego, dado que el editor podría querer impedir que otras empresas puedan distribuir el mismo videojuego en diferentes plataformas. Si un videojuego es exitoso, el editor puede argumentar que su inversión ayudó a venderlo y, por lo tanto, no debería permitirse que otros editores se beneficien del éxito original. El desarrollador, por su parte, puede no querer otorgar derechos para otras plataformas, dado que el editor podría no tener la experiencia para distribuir en ciertas plataformas. Por ejemplo, un editor que se especializa en distribución de consolas y PC puede no tener suficientes capacidades o relaciones para distribuir los videojuegos a través del mercado móvil.
- ⁵⁰ En algunos casos, un videojuego puede ser vendido conjuntamente con otros, lo que se conoce como paquete. En esta situación, la regalía pagada al desarrollador es habitualmente un porcentaje proporcional basado en la cantidad de títulos incluidos en el paquete. Por ejemplo, si dos títulos se venden juntos por un precio, entonces se asignará a cada uno una regalía del 50% de los ingresos generados. En el acuerdo de distribución, habitualmente, el desarrollador requerirá que cualquier negocio de agrupación potencial deba ser aprobado por el desarrollador, especialmente cuando un videojuego tiene un valor mayor (es decir, que tuvo mayores ventas previas) que otros incluidos en el paquete.
- ⁵¹ Si el desarrollador creó el concepto del videojuego pero el editor tiene los derechos de autor, o si el editor quiere usar el código fuente del desarrollador para una obra derivada sin que éste participe en su desarrollo, el desarrollador puede requerir una regalía pasiva de cualquier ingreso obtenido por la explotación de la obra derivada. En este caso, aun cuando el desarrollador no hubiera trabajado en la obra derivada, de todos modos estaría habilitado a una regalía pre acordada. Por ejemplo, el desarrollador podría percibir una regalía pasiva del 2%.
- ⁵² Siempre y cuando el editor cumpla con los términos y condiciones del contrato y no genere más existencias, puede tener un período limitado y no exclusivo para liquidar las existencias remanentes después del plazo. Por lo general, el período de liquidación es de tres a seis meses.
- ⁵³ Las especificaciones de diseño habitualmente abarcan la apariencia del videojuego, y pueden cambiar durante el curso del desarrollo si lo acuerdan las partes o, en su caso, si lo requiere el licenciatario (por ejemplo, cuando el videojuego está basado en propiedad licenciada). Si el cronograma de hitos se modifica como resultado de la dirección del videojuego, y el desarrollador debe incurrir en gastos adicionales, los pagos pueden tener que ser revisados. Las especificaciones técnicas se refieren a los sistemas de programación y desarrollo y del software utilizado en el desarrollo del videojuego, como así también a los riesgos técnicos y posibles alternativas.
- ⁵⁴ Si el editor financia el videojuego a menudo querrá aprobar el diseño y las especificaciones técnicas, y habitualmente jugará un rol activo en la supervisión del desarrollo. En la mayoría de los casos, tendrá un papel similar al de un estudio financiando la producción de una película y proveyendo recomendaciones y retroalimentación, mientras que en otros puede tener que supervisar menos, dependiendo de la historia del desarrollador. En algunos casos, el editor se siente



más cómodo permitiendo que el desarrollador tome ciertas decisiones respecto del desarrollo del videojuego. No obstante, en la mayoría de las situaciones en que el editor financia el desarrollo y posee la propiedad intelectual, tendrá un total control creativo y de calidad. Además, la magnitud del presupuesto puede determinar el nivel de involucramiento del editor con la supervisión del proyecto. Un título triple A con un gran presupuesto, generalmente será muy supervisado por el editor, pero en un videojuego móvil de US\$50.000 podría tener mucha menos participación después de que el concepto de diseño y el cronograma de hitos han sido acordados. En muchos acuerdos de distribución, el desarrollador entrega un videojuego completo y, por lo tanto, el procedimiento de aprobación del editor puede no ser relevante, aunque los titulares de diversas plataformas como Sony o Valve deberán aprobar los entregables finales para asegurarse de que el videojuego se adapta a sus plataformas. Además, si el editor está pagando un mínimo garantizado o adelantos, para protegerse contra videojuegos inaceptables, debería tener un derecho de revisión durante diversas etapas del desarrollo.

- ⁵⁵ Salvo que el editor provea activos de PI, habitualmente será el desarrollador el responsable de proveer todos los servicios y materiales para desarrollar las versiones y posibles demos del videojuego que hubieran sido acordadas por las partes, para todos los formatos convenidos (es decir, NTSC/PAL). Los servicios incluirán primariamente programación de *software* de diseño gráfico, ilustraciones, animaciones/cinematografía/video, texto, sonido, diálogos, música y algunas pruebas de control de calidad. El desarrollador también puede ser responsable de entregar las versiones localizadas del videojuego para varios países, lo que involucra la traducción y revisión, en caso de ser necesario, para su clasificación y quizás otras costumbres locales (ver Capítulo 9 sobre clasificaciones). Tradicionalmente, los videojuegos han sido localizados en inglés, francés, italiano, alemán y español (conocidos como EFIGS, por sus iniciales en inglés), pero a medida que nuevos mercados evolucionan, más videojuegos pueden requerir ser localizados, asumiendo que los costos de localización se justifiquen para ventas adicionales. La localización puede ser muy cara y consumir mucho dinero, especialmente si los audiotextos y las pantallas son localizados. Por lo tanto, las partes deben presupuestar el costo y tiempo cuidadosamente, para que no demore el lanzamiento del videojuego. Los costos de localización suelen correr por cuenta del editor. Los contratos habitualmente permitirán al desarrollador contratar subcontratistas para realizar algunos aspectos del desarrollo, sujeto a la aprobación del editor.
- ⁵⁶ Las fechas de entrega para cada hito son críticas para asegurar que el videojuego pueda ser lanzado en tiempo. El pago al desarrollador habitualmente estará atado a la entrega de los activos acordados en cada hito. Si un hito se demora debido a una falla del editor (por ejemplo, no entrega la música o activos de localización) o a la falta de aprobación de un tercero licenciante, el desarrollador no debería ser responsable. Las partes deben redactar el contrato para prever qué pasa si la entrega es demorada como resultado de una falla, y quizás deban revisar el cronograma de hitos para reflejar las demoras.
- ⁵⁷ Una posibilidad, aunque poco frecuente, cuando se trabaja con hitos es dividir el pago de los hitos en dos. Un pago se haría contra la aceptación del entregable correspondiente al hito, y el otro podría ser un pago mensual. En este caso, si el desarrollador se demora en entregar un entregable aceptable, de todos modos estará habilitado a recibir un pago que le permitirá continuar con el desarrollo. En caso contrario, el desarrollador puede tener problemas trabajando con el videojuego si la financiación se demora, aun cuando él hubiera ocasionado esa demora. Éste es, quizás, uno de los aspectos más difíciles de resolver, dado que el editor debe sopesar las consecuencias de demorar o suspender el financiamiento de un videojuego basándose en entregables inaceptables.

- ⁵⁸ Véase <http://www.technewsdaily.com/17477-development-costs-crash-industry.html>. Véase también: www.vg247.com/2013/03/27/analyst-tomb-raider-cost-100-million-needs-10-million-sales-to-succeed/; www.gameranx.com/updates/id/13977/article/the-cost-of-making-games-examined/; www.gamespot.com/news/star-wars-the-old-republic-cost-200-million-to-develop-6348959; <http://1985fm.com/blog/2013/1/30/high-cost-of-video-game-development>; <http://leviathyn.com/games/opinion/2013/04/12/the-costs-of-aaa-games-development/>. Véase también los siguientes respecto de los costos para el desarrollo de videojuegos móviles: <http://online.wsj.com/article/SB100014241278873243458045784252956831668.html>; www.forbes.com/sites/terokuittinens/2012/02/14/mobile-game-revenue-math/; www.nytimes.com/2012/03/19/technology/game-makers-give-away-freemium-products.html?pagewanted=all&_r=0.
- ⁵⁹ Todos los contratos deberían precisar claramente los procedimientos de entrega y aceptación para cada entregable. Uno de los principales temas es si, ante la falta de respuesta del editor durante el plazo de revisión, el entregable puede considerarse aceptado. Además, ¿bajo qué estándares se determina la aceptación o rechazo de un entregable? En la mayoría de los contratos los criterios son de algún modo vagos, dejando un amplio margen al editor.
- ⁶⁰ Aunque el contrato generalmente incluye una previsión en el sentido de que si el desarrollador viola el contrato durante el desarrollo debe restituir cualquier pago recibido del editor, puede ser difícil hacer ejecutar los derechos del editor. En muchos casos, el desarrollador puede no tener la capacidad financiera para restituir el dinero, dado que habrá sido utilizado para desarrollar el videojuego. Para verificar que el dinero pagado para el desarrollo fue efectivamente usado con esa finalidad, los editores pueden requerir el derecho de auditar los registros financieros del desarrollador. Esto puede ser un tema muy polémico, dado que el desarrollador puede argumentar que el modo en que gasta su dinero y cuáles son sus costos es información confidencial o un secreto comercial y, por lo tanto, no se le debería exigir que revele esa información al editor.
- ⁶¹ Dependiendo de lo que negocien las partes, el desarrollador puede también ser responsable por la localización del videojuego, por la obtención de una clasificación, y por adelantar ciertos gastos como los de marketing. Véase el Capítulo 2.2.12.
- ⁶² Como los estudios cinematográficos, el editor puede necesitar adquirir un posicionamiento comercial y respecto de los consumidores con meses de anticipación. En algunos casos, no será posible frenar las promociones o publicidades, y por lo tanto el editor será de todos modos responsable por los costos.
- ⁶³ Dependiendo de la plataforma, y con exclusión de los acuerdos de distribución, se puede requerir al desarrollador que provea actualizaciones y contenido adicionales después del lanzamiento inicial del videojuego, aunque el editor podría pagar una compensación adicional por estos entregables.
- ⁶⁴ Un estudio de desarrollo puede estar trabajando en diversos proyectos al mismo tiempo y, por lo tanto, el personal que el editor hubiera esperado que trabaje en el videojuego podría ser asignado a otro proyecto. Esta disposición abordará este tema.
- ⁶⁵ Aunque el editor habitualmente querrá que el personal clave trabaje específicamente en un videojuego, el empleador no puede evitar que un empleado se vaya. Desde ya, el empleado no puede apropiarse ilegítimamente de secretos comerciales u otra información confidencial. Véase el Capítulo 3.1.2.2.
- ⁶⁶ En algunos casos, el editor paga al desarrollador solo una retribución por su trabajo y ningún pago adicional. Este tipo de acuerdos está habitualmente asociado con productos de bajo costo, como los videojuegos móviles. Sin embargo, si el videojuego incluye *software* preexistente del desarrollador, éste puede pedir requerir algún tipo de regalía por los derechos licenciados; aunque el pago no se realizará hasta que el editor haya recuperado los gastos del desarrollo de la participación del desarrollador.



- ⁶⁷ En este caso, un adelanto recuperable es un pago o pagos realizado/s por el editor al desarrollador, que el editor recupera de las regalías debidas al desarrollador.
- ⁶⁸ Las deducciones acordadas serán deducidas de los ingresos brutos y no de la participación del desarrollador, aunque pueden afectar la participación del desarrollador, dado que habrá menos dinero para asignar a las regalías.
- ⁶⁹ Véase en el Apéndice un ejemplo de cronograma de hitos para videojuegos de consola.
- ⁷⁰ Antes de acordar un cronograma de hitos, el editor habitualmente requerirá que el desarrollador acredite cuáles serán sus costos, para confirmar que resultan consistentes con el tipo de desarrollo que está asumiendo.
- ⁷¹ Dependiendo de las negociaciones y de la titularidad de la PI, el desarrollador podría también compartir otras formas de ingresos derivados de la explotación de la propiedad, tales como el licenciamiento de productos basados en el videojuego (por ejemplo, libros de pistas o juguetes).
- ⁷² Las regalías del desarrollador estarán determinadas por los ingresos efectivamente recibidos por el editor, dado que, sea para un dispositivo móvil o digital, el distribuidor habitualmente estará habilitado para deducir un porcentaje como su retribución antes de remitir el dinero al editor. Además, si el editor está usando sub-distribuidores, ellos también podrán deducir su retribución y posiblemente gastos, por lo que el editor usualmente solo computa el dinero que efectivamente recibe.
- ⁷³ Los ingresos brutos incluirían la venta de los videojuegos o contenidos descargables (DLC), compras dentro del videojuego, suscripciones, alquileres, publicidad dentro del videojuego, ventas secundarias y cualquier otro ingreso generado por la explotación del videojuego.
- ⁷⁴ El desarrollador querrá que el editor gaste dinero en la promoción y distribución del videojuego, dado que se asume que el dinero gastado sabiamente ayudará a las ventas. Al mismo tiempo, el desarrollador querrá tener algún derecho de aprobación respecto de cuánto dinero se gastará, dado que esto afectará los ingresos del desarrollador si luego es deducido de los ingresos brutos. En consecuencia, el desarrollador querría tener el derecho de aprobar o ser consultado sobre el plan de marketing del videojuego, del que surgirá el monto de dinero adelantado y cómo será gastado por el editor.
- ⁷⁵ El costo de los bienes incluiría el costo de la fabricación, ensamble y empaquetado de las unidades de un videojuego (esto no sería aplicable a videojuegos digitales), como así también cualquier regalía debida a los fabricantes de consolas o licenciantes. Generalmente, no se pagarían regalías sobre: i) unidades vendidas por menos del costo de los bienes, dado que el editor no ganaría dinero con esas ventas; ii) copias de reemplazo; y iii) bienes gratuitos, aunque podría establecerse un tope, salvo que sean provistos a la prensa.
- ⁷⁶ Con frecuencia, los grandes comercios requieren un descuento adicional por la cantidad de videojuegos que adquieren. Éste es un gasto que aplicaría a la venta física de videojuegos.
- ⁷⁷ En algunos contratos, dependiendo de las negociaciones, las partes pueden acordar que los costos asociados con la promoción del videojuego sean recuperables para el editor. Los costos serían recuperados de los ingresos brutos y no de la participación del desarrollador. En caso de que los costos fuesen recuperables (si el videojuego tiene un bajo rendimiento es posible que el editor no recupere los costos) el desarrollador debe tener el derecho de aprobar cuánto dinero será gastado, aunque la decisión final seguramente la tendrá el editor. Las partes pueden acordar un tope para los gastos de marketing, y cualquier monto por encima del tope debería ser acordado por las partes. La publicidad "cooperativa", en este caso, involucra la práctica según la cual el

editor paga una aparte de la publicidad del o los videojuego/s creada por los comercios. Habitualmente los costos se asocian con las promociones dentro de tiendas, puntos de ventas, circulares y otras similares que el editor paga al comerciante, o que son descontadas de los montos debidos por el comerciante al editor.

- ⁷⁸ Habitualmente el editor estará autorizado a deducir de los ingresos brutos los reintegros y devoluciones del videojuego, dado que con ello no gana dinero. Esto puede ser particularmente importante en países con leyes fuertes respecto de las devoluciones. Por ejemplo, en Alemania la gran mayoría de los comerciantes tienen un derecho sólido para devolver las mercaderías no vendidas a sus proveedores por el precio total. En consecuencia, los contratos de distribución europeos usualmente deben distribuir este riesgo entre las partes (generalmente en beneficio del editor).
- ⁷⁹ En general, en este caso la protección de precios es dinero pagado o acreditado a un comerciante por parte del editor, cuando este último decide bajar el precio mayorista y paga la diferencia entre el precio original que pagó el comerciante y el nuevo precio mayorista. La protección de precios solo aplicaría a las existencias todavía en poder del revendedor. Por ejemplo, el editor vende un videojuego inicialmente a un precio mayorista de US\$30. Luego, decide bajar el precio mayorista a US\$20 para incrementar las ventas; entonces, el editor debería al revendedor un crédito de US\$10 por cada unidad que aún esté en el inventario del revendedor. Por lo general, para beneficiarse de la protección de precios, el revendedor debe cumplir ciertas condiciones, como el cumplimiento de los plazos de pago y la información de ventas (es decir, la confirmación de los niveles de inventario). Informe anual de Activision Blizzard Inc., 2012; Informe anual de Take-Two Interactive Software, Inc., 2012.
- ⁸⁰ En este caso, el editor le paga a un tercero para proveer servicios que involucran la distribución de un videojuego y también la tarifa por el servidor en Internet, la tasa de transporte en el caso de videojuegos móviles y la publicidad dentro del videojuego.
- ⁸¹ Si el desarrollador tiene la obligación contractual de prestar ciertos servicios (por ejemplo, corregir los errores, localización, música) y no puede hacerlo, los gastos en que incurra el editor para proveérselos con un tercero suelen extraerse de las regalías del desarrollador, o de los ingresos brutos.
- ⁸² Pueden resultar aplicables diferentes impuestos a las ventas o al consumo alrededor del mundo. Por ejemplo, los estados de Estados Unidos tienen diferentes niveles y reglas para impuestos a las ventas, y del mismo modo la Unión Europea tiene un sistema de impuesto al valor agregado con diferentes tasas en los diferentes países. Por lo tanto, el mismo videojuego puede venderse con aproximadamente 10% de impuesto a las ventas en California, pero con 20% de impuesto a las ventas en el Reino Unido. También existen diferentes reglas en el mundo respecto de la tributación empresarial y el reconocimiento de ingresos. Es útil, entonces, tener un conocimiento práctico de las reglas fiscales y financieras aplicables al negociar un contrato de desarrollo.
- ⁸³ La tasa de regalías también puede fluctuar, si el desarrollador se demora en la entrega del videojuego. Por ejemplo, dependiendo de cuán demorado esté, la regalía podría ser reducida.
- ⁸⁴ Las tasas de regalías pueden variar dependiendo de las plataformas en las que sea vendido el videojuego. Por ejemplo, un videojuego de PC que se vende al por menor en comercios, puede tener una regalía ligeramente superior porque no es necesario pagar regalías a la primera parte fabricante de consola. Además, las tasas de regalías pueden variar dependiendo del elemento vendido. La tasa de regalía para productos secundarios podría ser más alta para el desarrollador que la correspondiente al videojuego o contenido descargable.



- ⁸⁵ El editor debe ser cuidadoso al proyectar los números, para evitar prometer de más; pero al mismo tiempo no debería proyectar ventas muy bajas, dado que el desarrollador podría no tener confianza en las capacidades del editor, si el número no cumple sus expectativas.
- ⁸⁶ Gregory J Battersby & Danny Simon, *Basics of licensing: How to Extend Brand and Entertainment Properties for Profit* 84 (Kent Press 2012).
- ⁸⁷ Don Thornburgh, "The Reserve," en *IGDA Contract WalkThrough* 34 (International Game Developers Association 2003), disponible en http://legacy.igda.org/sites/default/files/IGDA_Contract_Walk-Through_v1.pdf Los editores deben ser cuidadosos cuando requieren productos para venta en comercios, para reducir los riesgos por devoluciones, protección de precios y COGS.
- ⁸⁸ El porcentaje de la reserva puede variar, con una reserva más alta durante los primeros 6 meses desde el lanzamiento, y luego bajando. Además, los editores pueden pedir una mayor flexibilidad, y establecer una reserva razonable basada en sus expectativas, en vez de hacerlo en base a un porcentaje.
- ⁸⁹ Thornburgh, supra at 88.
- ⁹⁰ La mayoría de los contratos utilizará el puntaje en Metacritic como base para determinar la puntuación de los revisores. Éste se llama así por una empresa que acumula revisiones de videojuegos. La empresa acumula las revisiones de los que entiende son los más respetados revisores de videojuegos, y asigna valores ponderados a sus revisiones (algunos revisores reciben más importancia debido a su trayectoria y a la publicación para la que trabajan), resultando un puntaje promedio. Véase <http://www.metacritic.com/about-metascores>. Sin embargo, esto puede ocasionar problemas. ¿Qué pasa si el desarrollador se ubica un punto por debajo de la clasificación acordada?
- ⁹¹ El marketing del consumidor usualmente comprende la publicidad (en línea, fuera de línea y televisiva), relaciones públicas, avances de videojuegos, ferias comerciales y creatividad para consumidores.
- ⁹² El marketing comercial/del canal usualmente comprendería materiales que aparecen en los comercios y en lugares internos. Los revendedores promueven videojuegos a través de sus tiendas y marcas, a las que en este negocio se hace referencia como el "canal." En la industria existe consenso respecto de que la promoción dentro de las tiendas (sea en una tienda dedicada exclusivamente, como GameStop, o una tienda general con una sección dedicada, como Wal-Mart o Target) es valiosa, porque las personas que reciben la publicidad se han identificado a sí mismas como interesadas en videojuegos simplemente por su presencia en las tiendas, y por lo tanto es más posible que compren un videojuego.
- ⁹³ Este concepto también es conocido como garantía cruzada. El editor estaría autorizado a recuperar cualquier adelanto o costo del desarrollo contra cualquier regalía, independientemente de la plataforma. La garantía cruzada también puede ser autorizada si el editor está financiando varios videojuegos, ya que le permitiría recuperar todos los adelantos pagados al desarrollador de los ingresos combinados de todos los videojuegos. En consecuencia, si a un videojuego no le va bien y está en una posición negativa respecto del recupero, la diferencia puede compensarse con otros videojuegos. La garantía cruzada permite al editor recuperar los costos más rápidamente. Sin ella, el editor solo estaría autorizado a recuperar los costos de un videojuego específico con los ingresos generados por el mismo.
- ⁹⁴ Se requerirá que el auditor firme primero un acuerdo de confidencialidad.

- ⁹⁵ Algunos de los registros que un auditor puede requerir podrían involucrar costos de bienes, gastos en marketing, incluyendo los incurridos por vendedores externos, y provisiones para protección de precios. Además, si un videojuego se subdistribuye, el auditor podría querer revisar las liquidaciones enviadas por el subdistribuidor. Sin embargo, el editor quizás solo pueda proveer la liquidación y no la información de respaldo necesaria, dado que podría no haber sido provista por el subdistribuidor.
- ⁹⁶ Usualmente un editor realizará este pedido, dado que cuando el auditor trabaja sobre una base contingente tiende a perder más tiempo en la auditoría y planteando conflictos, dado que se le pagará sobre la base de los que encuentre.
- ⁹⁷ Las partes también deben acordar qué costos serían reembolsados. Debe tratarse de gastos reales y razonables en que pueda incurrir el auditor. Además, deben considerar si los gastos incluyen no solo los costos de realizar la auditoría, sino también los viáticos y gastos de alojamiento del auditor, en su caso.
- ⁹⁸ En algunos acuerdos de distribución que involucran productos de venta minorista, el desarrollador puede elegir tratar con la primera parte respecto del proceso de aprobación, pero recurrirá a los editores para ayudar a financiar los costos de fabricación.
- ⁹⁹ Salvo en los casos en que el editor posee la PI del videojuego o contrata a un desarrollador para crear un videojuego basado en PI de un tercero, el desarrollador puede requerir que el editor provea los servicios acordados de un modo similar a como lo hace con otros videojuegos que también distribuye.
- ¹⁰⁰ Dada su gran inversión económica en el videojuego, en los acuerdos de distribución el desarrollador habitualmente tendrá una voz mucho mayor con relación a los planes de marketing y los aspectos creativos.
- ¹⁰¹ Un “huevo de Pascua” es un elemento o funcionalidad escondido en un programa, al que se accede ejecutando ciertos comandos extraordinarios.
- ¹⁰² La única obligación que habitualmente resultaría aceptable es un reconocimiento de créditos. Respecto de la discusión sobre software de código abierto, véase Raymond T. Nimmer, *Licensing of Intellectual Property and Other Information Assets* 808-825 (LexisNexis 2nd edition 2007).
- ¹⁰³ Véase también el Capítulo 4.3.9, respecto de la indemnidad involucrada en el licenciamiento de propiedades.
- ¹⁰⁴ Véase también el Capítulo 4.3.9.
- ¹⁰⁵ La solicitud del E&O procurará obtener información para ayudar al asegurador a determinar los riesgos de asegurar un videojuego. Alguna de las preguntas incluirán: i) ¿es el videojuego original y se obtuvieron derechos de terceros?; ii) ¿se han firmado contratos con terceros a fin de proveer los derechos necesarios para que el desarrollador explote el videojuego?; iii) ¿se han obtenido todas las autorizaciones?; iv) ¿la música es original o se han obtenido licencias?; v) ¿ha sido demandado en el pasado el desarrollador por algún reclamo?; vi) ¿cuál es el ingreso estimado de la explotación del videojuego?; y vii) ¿qué pasos dio el desarrollador para asegurar la inexistencia de posibles infracciones?
- ¹⁰⁶ Si bien una franquicia alta resultará en una prima más baja, existe la posibilidad de que si la franquicia es demasiado elevada el desarrollador no pueda cubrir ese monto si se verifica un reclamo.
- ¹⁰⁷ Pocos desarrolladores piensan en los seguros y, dependiendo del presupuesto, pueden no tener recursos disponibles para contratar una póliza. Es muy común, especialmente para desarrolladores más pequeños, no tener una póliza, o bien porque no están al tanto, o bien porque no tienen el dinero para adquirirla.



- ¹⁰⁸ Para un excelente análisis sobre cómo lidiar con concursos y quiebras, véase Cynthia Cannady, *Technology Licensing and Development Agreements* 208-213 (Oxford University Press 2013).
- ¹⁰⁹ Por S. Gregory Boyd y Jas Purewal. Gregory Boyd – Socio y Presidente del Departamento de Entretenimiento Interactivo en Frankfurt Kurnit Klein & Selz; Jas Purewal es un abogado de Osborne Clarke y autor del blog Gamer Law - <http://www.gamerlaw.co.uk/>
- ¹¹⁰ Los grandes presupuestos ¿están matando a la industria del videojuego? 25 de octubre de 2012, Nachiket Mhatre, <http://tech2.in.com/opinions/gaming/are-big-budgets-killing-the-video-game-industry/536622>
- ¹¹¹ Para una descripción más amplia, e información sobre leyes específicas de propiedad intelectual, dirigirse al sitio web de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) <http://www.wipo.int/portal/es/>
- ¹¹² Para una introducción al trabajo de la OMPI en videojuegos véase http://www.wipo.int/copyright/en/activities/video_games.html
- ¹¹³ Véase *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, julio de 2013: www.wipo.int/copyright/en/activities/video_games.html
- ¹¹⁴ Habitualmente no se requiere una licencia para incorporar obras arquitectónicas públicamente visibles como parte general de un escenario en un videojuego, dadas las excepciones normativas. No obstante, hay que tener cuidado de presentar de manera destacada edificios (haciéndolos, por ejemplo, el foco de un nivel de videojuego), destruirlos, usar el interior de un edificio o elementos esculturales distintivos del exterior, dado que todo ello puede generar un inconveniente. Por ejemplo, Sony tuvo un problema cuando usó el interior de la Catedral de Manchester para un combate en un videojuego http://en.wikipedia.org/wiki/Controversy_over_the_use_of_Manchester_Cathedral_in_Resistance:_Fall_of_Man
- ¹¹⁵ En Estados Unidos, la Oficina de Derecho de Autor mantiene un sitio web útil en www.copyright.gov, para ayudar a las personas durante el procedimiento de registro de derechos de autor, y tiene documentos informativos denominados Circulares. Estas Circulares, redactadas en un inglés no técnico, explican el registro del derecho de autor y otros temas para obras creativas. Al momento de escribir estas líneas, la Circular 61, disponible gratuitamente en el sitio web, brinda información detallada sobre el registro de derecho de autor para computadoras y videojuegos.
- ¹¹⁶ Ejemplos de esto incluyen Pandora, la Tierra Media de *Borderlands*, Mos Eisley de *Star Wars* universe, Azeroth de *Warcraft*, y el mundo post apocalíptico y ciudades en *Fallout*.
- ¹¹⁷ Pac-Man originó un caso de violación de derecho de autor contra K.C. Munchkin. *Atari, Inc. v. North American*, 672 F.2d 607 (7th Cir. 1982).
- ¹¹⁸ Para información adicional, véase www.wipo.int/copyright/es/
- ¹¹⁹ Para información sobre registro y documentación de derecho de autor, véase www.wipo.int/copyright/en/activities/copyright_registration/
- ¹²⁰ *Atari Games Corp. v. Oman*, 979 F.2d 242 (D.C. Cir. 1992).
- ¹²¹ <http://www.gamesindustry.biz/articles/2012-10-15-spry-fox-wins-ownership-of-yeti-town-as-part-of-triple-town-settlement>
- ¹²² www.gamespot.com/special_feature/attack-clones/image-feature/?image=3

¹²³ www.copyright.gov/help/faq/

¹²⁴ Para información sobre lo que es la edición, entre otras cuestiones, véase www.copyright.gov/help/faq/faq-definitions.html

¹²⁵ Los ingresos anuales para *Angry Birds* en 2012 fueron aproximadamente US\$200 millones. <http://mashable.com/2013/04/03/angry-birds-2012-earnings-report/>

¹²⁶ www.gamasutra.com/view/news/94949/Midway_Sue_Sony_Ericsson.php

¹²⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/Operation_Buccaneer and www.gamespot.com/news/game-pirate-gets-four-years-jail-time-6089247

¹²⁸ Ver, por ejemplo, el caso del Reino Unido de *Nintendo Company Ltd. & Anor v Playables Ltd. & Anor* [2010] EWHC 1932 (Ch) (28 de julio de 2010) disponible en www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2010/1932.html

¹²⁹ Habiendo dicho que no existe infracción alguna, el tema ha generado alguna polémica en 2012. Electronic Arts demandó a Textron (fabricantes de los helicópteros Bell), procurando un fallo declarativo sobre este tema www.patentarcade.com/2012/07/new-cases-electronic-arts-inc-v-textron.html. El caso fue acordado extrajudicialmente. En mayo de 2013, EA anunció públicamente que no licenciaría ningún armamento para el uso en sus videojuegos. <http://www.reuters.com/article/2013/05/07/videogames-guns-idUSL2N0CS2A220130507>

¹³⁰ Véase el caso *Fort Apache*, en el que se discute una película de Paul Newman. *Walker v. Time Life Films, Inc.*, 784 F.2d 44 (2d Cir. 1986).

¹³¹ P. B. Hugenholtz, Martin Senftleben, *Fair Use* en Europa: En búsqueda de flexibilidades, 14 de noviembre de 2011 disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1959554

¹³² Aunque algunos países, como el Reino Unido, están estableciendo o proponiendo establecer defensas específicas de derecho de autor para la parodia.

¹³³ Con los métodos modernos de química analítica, descubrir la composición de cualquier producto alimenticio roza lo trivial, pero es ejemplo conocido en el campo legal.

¹³⁴ Véase www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm

¹³⁵ Con nivel “esqueleto” nos referimos a una estructura básica que puede ser añadida a y modificada por los desarrolladores, a medida que pulen el nivel.

¹³⁶ Para una lista de marcas más exóticas véase este artículo Wiki: http://en.wikipedia.org/wiki/Sound_trademark and http://en.wikipedia.org/wiki/Tiffany_Blue

¹³⁷ www.theregister.co.uk/2001/06/18/microsoft_buys_xbox_name_off/

¹³⁸ www.seattlepi.com/business/article/Microsoft-ends-development-of-Mythica-game-1137016.php

¹³⁹ Hay empresas que se especializan en buscar infracciones al uso de marcas. Estas empresas pueden realizar búsquedas con regularidad y enviar informes sobre potenciales infractores a la empresa de desarrollo de videojuegos. Como con la mayoría de tipos de PI, uno de los primeros pasos en la vigilancia de la PI es enviar cartas de cese y desistimiento. Los siguientes pasos pueden incluir un litigio sobre la marca.

¹⁴⁰ Esto se logra mediante una solicitud a la Oficina de Armonización para el Mercado Interno (OHIM, por sus siglas en inglés): http://oami.europa.eu/ows/rw/pages/index_en.do



¹⁴¹ Véase <http://www.wipo.int/madrid/en/>

¹⁴² www.inta.org/TrademarkBasics/FactSheets/Pages/CTMMadridComparisonFactSheet.aspx

¹⁴³ Sección 1202.08(b) del Manual de Marcas para Procesos de Examinación (TMEP, por sus siglas en inglés) “Lo que no constituye una obra singular creativa”. Curiosamente, los libros para colorear también permiten a un usuario registrar títulos como marcas para una versión simple.

¹⁴⁴ http://en.wikipedia.org/wiki/History_of_United_States_patent_law

¹⁴⁵ La *America Invents Act* (Ley América Invento) de 2011 fue el primer cambio al sistema de patentes desde 1952. http://en.wikipedia.org/wiki/Leahy-Smith_America_Invents_Act

¹⁴⁶ http://en.wikipedia.org/wiki/Community_patent

¹⁴⁷ 35 § USC. 101

¹⁴⁸ La prohibición deriva de una cláusula en la Convención según la cual los “programas para computadoras” están excluidos de la patentabilidad, si la solicitud se refiere a un programa de computadora “como tal”. Esta frase algo ambigua ha sido interpretada de diferentes formas en el tiempo, aunque al momento de escribir esto la tendencia parece ser hacia disminuir la hostilidad europea hacia las patentes de *software*. Por ejemplo, se han permitido patentes de *software* basándose en que tenían un efecto técnico en el *hardware*, o incluso que el *software* permitía que otro *software* funcionara significativamente mejor.

¹⁴⁹ Las patentes de utilidad derivan del concepto alemán de *Gebrauchsmuster*, o el modelo de utilidad para patentes: <http://en.wikipedia.org/wiki/Gebrauchsmuster>

¹⁵⁰ http://www.gamasutra.com/view/feature/2457/nintendo_entertainment_system__.php

¹⁵¹ <http://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/s2590.html>

¹⁵² http://en.wikipedia.org/wiki/Leahy-Smith_America_Invents_Act

¹⁵³ <http://www.patentlyo.com/patent/2011/12/patents-litigation-and-reexaminations.html> and <http://www.ipwatchdog.com/2011/08/02/patent-litigation-statistics-1980-2010/id=17995/>

¹⁵⁴ En Estados Unidos también varios aspectos de los derechos de publicidad podrían ser protegidos por las leyes federales de marcas y competencia desleal. David Welkowitz & Tyler Ochoa, *Celebrity Rights: The Rights of Publicity and Related Rights in the United States and Abroad* xix, (Carolina Academic Press 2010).

¹⁵⁵ Uno de los mayores obstáculos para obtener los derechos de una persona fallecida, es tratar de encontrar a quien efectivamente controla esos derechos.

¹⁵⁶ Véase *Hart v. Electronic Arts, Inc.*, No. 11-3750 (3d Cir. May 21, 2013) y *Keller v. Electronic Arts, Inc.* No. 1015387 (9th Cir. July 31, 2013) que cubren algunos casos recientes, en los cuales ex atletas universitarios demandaron a una cantidad de personas asociadas con el desarrollo de ciertos videojuegos sobre deportes universitarios editados por EA por, entre otras cosas, violación de su derecho de publicidad. Aun cuando sus nombres no fueron usados jamás en un videojuego, los actores argumentaron exitosamente que el desarrollador usó otras características, incluyendo atributos como el color de la piel, pelo, particularidades faciales, número de camiseta, estadísticas, habilidades atléticas e información biográfica (es decir, el estado de nacimiento del jugador, el equipo, la promoción, el peso y la estatura), que tomadas en conjunto podrían identificar un avatar con un atleta específico, violando

de ese modo su derecho de publicidad, que tiene mayor peso que el derecho de la Primera Enmienda de EA. Véanse también *Kirby v. Sega of America Inc.*, 144 Cal. App. 4th 47 (2006) y *No Doubt v. Activision Publishing, Inc.*, 192 Cal. App. 4th 1018 (2011) referidos a casos de derechos de publicidad respecto del uso de la imagen de músicos en videojuegos.

¹⁵⁷ También pueden incluirse otros factores en la negociación, como la exclusividad y aprobaciones, dependiendo del alcance de los servicios que se requieran de la persona para el videojuego.

¹⁵⁸ SAG y AFTRA fueron dos gremios independientes durante más de 60 años. Se fusionaron en 2012 para crear el gremio combinado, que básicamente representa a todos los actores y celebridades de los Estados Unidos <http://www.sagaftra.org/>

¹⁵⁹ Véanse por ejemplo *Re Pacific Dunlop Limited v Paul Hogan and Ors* [1989] FCA 185 en Australia (el caso de “Cocodrilo Dundee”) o *Robyn Rihanna Fenty v Arcadia* [2013] EWHC 2310 (Ch) (el caso de “las remeras de Rihanna”) en el Reino Unido.

¹⁶⁰ Véanse el artículo 9 del Código Civil francés y el artículo 226-1 del Código Penal francés, que consagran conjuntamente el derecho al “respeto de la vida privada” e imponen sanciones a quienes lo vulneren.

¹⁶¹ En Alemania, la doctrina de los derechos de publicidad es conocida como *Allgemeines Persönlichkeitrecht* y se deriva de la Constitución alemana, del Código Civil y de las decisiones judiciales.

¹⁶² Véase el artículo 99 de los Principios Generales del Derecho Civil de la República de China.

¹⁶³ El Convenio de Berna: <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/>

¹⁶⁴ Los proyectos más grandes suelen tener mayor cantidad de PI protegible, y los desarrolladores más importantes tienen recursos como para protegerla. Una mayor cantidad de registros suele implicar una mayor posibilidad de reclamos si existe algún ilícito en el camino. Por lo tanto, un gran desarrollador con múltiples presentaciones puede litigar diversos registros y tipos de PI en un caso, y tener una protección más granular cuando solo un elemento es quitado (por ejemplo si sólo se quita la música de un videojuego).

¹⁶⁵ La Guía puede descargarse gratuitamente del sitio web de IGDA, www.igda.org/

¹⁶⁶ En la actualidad, para competir en el mercado, ciertos videojuegos deben adquirir licencias de las ligas de deportes y asociaciones de jugadores, de modo tal de poder incluir a los jugadores y equipos acompañados de indicadores tales como logos, diseños de camisetas y estadísticas de cada deporte. Además, los licenciatarios querrán incluir los nombres y diseños de los estadios y cualquier cartel, monumento o imagen que pueda aparecer en los distintos lugares, para hacer sentir al usuario final como si fuera el deportista real o jugara con el equipo real. Supuestamente, la primera licencia de deportes en la industria del videojuego fue la celebrada en 1984 por EA con Larry Bird y Julius Erving (“Dr. J”), dos de los mejores jugadores de básquet del momento. Sus nombres e imágenes (aunque difíciles de distinguir debido a las limitaciones tecnológicas) fueron usados en el videojuego *Dr. J and Larry Bird Go One-On-One*, lanzado para la Apple II y la Commodore 64. *The licensing Game, Next Generation*, julio de 1998.

¹⁶⁷ Teniendo en cuenta los costos asociados con la mayoría de las licencias, los licenciantes habitualmente solo negocian con editores que pueden afrontar las garantías y otros compromisos requeridos. No obstante, dado que los desarrolladores tienen más posibilidades de lanzar sus videojuegos directamente al consumidor, los licenciantes están licenciando su propiedad directamente a desarrolladores independientes, sobre todo en videojuegos móviles y para tabletas.



- ¹⁶⁸ A continuación se listan algunos artículos referidos al licenciamiento de películas. Véanse Chris Kohler, *Why Games Based on Movies Disappeared (And Why They're Coming Back)*, *Wired* www.wired.com/gamelife/2013/02/movie-games/, Robert Levine, *Story Line Is Changing for Game Makers and Their Movie Deals*, *The New York Times*, 21 de febrero de 2005, págs 1B, 5, www.nytimes.com/2005/02/21/technology/21game.html?_r=0. Para creadores de videojuegos, <http://tvropes.org/pmwiki/pmwiki.php/Main/TheProblemWithlicensedGames>.
- ¹⁶⁹ Videojuegos basados en juguetes como Lego o las Tortugas Ninja, por ejemplo, han sido bastante exitosos en las últimas tres décadas.
- ¹⁷⁰ Por ejemplo, logos de equipos deportivos (como ocurre con el videojuego de fútbol americano *Madden*, que está basado en licencias de la Liga de Fútbol Nacional y la Asociación de Jugadores, la *FIFA*, los fabricantes de autos). Además, los licenciatarios pueden licenciar *software* para ayudar en el desarrollo de un videojuego como un *middleware*.
- ¹⁷¹ Habitualmente, el licenciatario pretenderá lanzar el videojuego con el estreno de la película y sacar provecho de la prensa, publicidad y promoción que acompañan el lanzamiento mundial de la película; como así también del reconocimiento de la historia y personajes de la película por parte del consumidor. Además, podría realizarse una promoción cruzada del videojuego con la película, (por ejemplo, colocando avisos publicitarios de la película en el videojuego).
- ¹⁷² Pueden darse situaciones en las que la licencia, además de otorgar beneficios al licenciatario, también genere ventajas para el licenciante, por ser parte del videojuego. Como resultado, otros posibles escenarios de licenciamiento -aunque en menor escala- pueden incluir promoción cruzada y/o la posibilidad de colocación de productos y/o licencias gratuitas. En el caso de la promoción cruzada, el licenciatario incorporará la marca del licenciante en el videojuego y, a cambio, el licenciante promueve el videojuego con su marca. Por ejemplo, una empresa de pelotas de fútbol otorga una licencia para usar su nombre en las pelotas del videojuego y, a cambio, incorpora una etiqueta del videojuego en las pelotas de fútbol que vende en comercios. En la colocación de productos, el licenciante pagaría dinero o retribuiría realmente de otro modo al licenciatario por la inclusión de su marca en el videojuego. Este escenario es similar en las películas y el licenciante puede creer que el valor de incorporar su producto en el videojuego justifica pagar al licenciatario. Por ejemplo, los personajes de un videojuego pueden utilizar una colección de ropa particular. En las licencias gratuitas, el licenciante autoriza gratuitamente al licenciatario a incorporar su marca en el videojuego. Esto se realiza para dotar de realismo al videojuego, a cambio de proveer oportunidades marcas para el licenciante. Por ejemplo, el nombre y diseño de un estadio son provistos a los desarrolladores que crean un videojuego de deportes. El beneficio para el licenciante es que el videojuego puede proveer un reconocimiento demográfico adicional al nombre del estadio, sobre todo si el nombre está inspirado en una marca (por ejemplo, el Parque AT & T, hogar del equipo de béisbol los Gigantes de San Francisco).
- ¹⁷³ Véase www.canada.com/topics/technology/games/story.html?id=2285e0f0-a77a-4536-bec8-6aca99027d7c&k=10775
- ¹⁷⁴ En el caso *Brown v. Entertainment Merchants Association*, 131 S. Ct. 2729 (2011), en el que se cuestionaron los artículos 1746-1746.5 del Código Civil de California (la "Ley") que prohíben la venta o arrendamiento de "videojuegos violentos" a menores, y requieren que el envoltorio sea etiquetado "18"; la Corte Suprema de los Estados Unidos sentenció que los videojuegos, al igual que los libros, juegos y películas, están protegidos por la primera enmienda en los Estados Unidos, con limitadas excepciones tales como obscenidad, provocación y palabras violentas.

La Ley comprende los videojuegos “en los que el rango de opciones disponibles para el jugador incluyen matar, mutilar, desmembrar o atacar sexualmente la imagen de un ser humano, en la medida en que esos actos sean representados” de modo que “[una] persona razonable, considerando el videojuego como un todo, podría encontrar que apela a intereses mórbidos o desviados para menores”. Lo que resulta “patentemente ofensivo a las normas vigentes en la comunidad, respecto de qué es adecuado para menores” y “determinar que el videojuego, como un todo, no tenga un valor literario, artístico, político o científico serio para los menores.”^{1746(d)(1)(A)} La violación de la Ley sería punible con una multa civil de hasta US\$1.000. La Corte rechazó el reclamo de California de que los videojuegos “interactivos” presentan problemas especiales, dado que el jugador participa en las acciones violentas en pantalla y determina su resultado, haciendo notar que la redacción de la ley de California era demasiado amplia y no satisfacía la prueba legal del “escrutinio estricto”. La Corte fue incluso más allá y sostuvo que los videojuegos “comunican ideas a través de funcionalidades y dispositivos literarios familiares, independientes del medio, y que “el principio básico de la libertad de expresión... no varía con un nuevo y diferente medio de comunicación.” *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson*, 343 US 495, 503. Con la reciente protección a los videojuegos por la primera enmienda, es posible que los licenciatarios estén más dispuestos a cuestionar que sean necesarias las licencias en ciertos casos, dado que no son necesarias en otros tipos de entretenimiento. Véase <http://www.gamesindustry.biz/articles/2013-05-08-ea-drops-gun-licenses-will-use-them-anyway>; véase también o http://lsglegal.com/index.php?option=com_content&view=article&id=162&Itemid=60, que se refiere a una controversia respecto del uso de helicópteros Bello por parte de Electronic arts. El caso fue acordado extrajudicialmente.

¹⁷⁵ Informe Anual THQ, 2011

¹⁷⁶ Véase el Capítulo 3.

¹⁷⁷ El licenciatario o bien tendrá personal dedicado al licenciamiento, o estará representado por agentes que negociarán el acuerdo con los potenciales licenciatarios. En caso de que no tenga los recursos o capacidades para participar en un programa de licenciamiento, puede contratar a un agente para que, a cambio de una retribución, negocie el acuerdo, revise las liquidaciones, apruebe materiales y lidie con los asuntos del día a día del licenciatario.

¹⁷⁸ Muchas veces esto puede llevar a una larga discusión entre las partes. El licenciatario habitualmente querrá poder realizar una recreación tan fiel como sea posible de la PI licenciada en el videojuego. El licenciatario querrá tener el derecho de opinar -o de controlar- cómo esa recreación es realizada y terminada desde el punto de vista creativo. Más aún, el licenciatario frecuentemente querrá tener el derecho a opinar, o incluso derecho de veto, respecto de cómo es utilizada en el videojuego la PI licenciada (siguiendo con el ejemplo del auto, es común que los licenciantes pretendan que cualquier daño que se produzca a los autos licenciados sea realista, no desproporcionado, y se acomode a los criterios generales de marketing de la marca).

¹⁷⁹ Las licencias de películas pueden requerir de la opinión del productor, el director y de las estrellas involucradas, como así también de las personas que trabajan en la división de videojuegos. Coordinar los derechos de aprobación puede ser difícil, consumir mucho tiempo, y resultar en respuestas contradictorias.

¹⁸⁰ Puede haber situaciones en las que la propiedad tiene dos licenciantes y, por lo tanto, si el licenciatario no obtiene la licencia de uno de ellos podría tratar de obtenerla del otro, aunque los derechos podrían variar levemente. Por ejemplo, una película basada en un libro de *cómics* podría tener potencialmente dos licenciantes. Uno sería el creador del libro de *cómics* original, mientras que el otro podría ser el titular de los derechos de autor de la película. Sujeto al contrato con el estudio cinematográfico, la empresa de libros de *cómics* podría otorgar licencias respecto de la historia y



personajes, pero podría no estar autorizada a otorgar licencias respecto de los actores reales (es decir, sus nombres e imágenes), o respecto de cualquier revisión realizada a la historia por el estudio cinematográfico. En consecuencia, el estudio cinematográfico podría tener derecho a licenciar la película basada en el libro de *cómics*, lo que podría incluir todos los elementos de la película. Para el videojuego *Walking Dead*, Telltale Games obtuvo los derechos del autor del libro de *cómics*, mientras que Activision obtuvo los del show de televisión de AMC.

¹⁸¹ Si se trabaja con estrellas sindicalizadas, los licenciatarios deberán pagar salarios sindicales, como así también beneficios de salud, y deberán cumplir con las obligaciones y restricciones laborales mínimas. Más aún, el videojuego estará sujeto a una retribución por re utilización. Véase el Convenio Colectivo de Trabajo en <http://www.sagafta.org/production-center/interactive/documents>. Si el licenciatario subscribe el acuerdo SAG-AFTRA (Sindicato de Actores Televisivos y Federación Americana de Artistas de Radio y Televisión), estará obligado a contratar estrellas sindicalizadas en todos los futuros videojuegos que desarrolle. Como consecuencia, muchos licenciatarios contratarán estrellas a través de terceros.

¹⁸² Véase el Capítulo 4.3.10.

¹⁸³ En algunos contratos (habitualmente en acuerdos exclusivos), si el licenciatario no explota ciertos derechos durante un cierto plazo, o quizás en un territorio determinado; o bien pierde la exclusividad, o bien los derechos se revierten al licenciante sin que ello implique reducción de la garantía. Una liga deportiva, como otros titulares de PI muy exitosa (por ejemplo, *Star Wars* o *Harry Potter*) pueden querer otorgar licencias no exclusivas dado que: i) una mayor competencia redundaría en mejores productos; y/o ii) más empresas otorgando garantías a cambio de la licencia puede resultar en más ingresos que una licencia exclusiva; y/o iii) se reduce el riesgo en caso de que un licenciatario tenga problemas con el desarrollo y no pueda lanzar el videojuego o demore su lanzamiento (en cuyo caso, un videojuego creado por otro licenciatario podría de todos modos ser lanzado a término). Por otra parte, el licenciante puede otorgar una licencia exclusiva pensando que las garantías y regalías pagadas serán mayores que las que pagarían varios licenciatarios, y que se requerirá una menor supervisión al trabajar con un único licenciatario.

¹⁸⁴ Al determinar qué plataformas incluir en una licencia, el monto pagado por los derechos será quizás la consideración más relevante; pero el licenciante también querrá considerar la habilidad del licenciatario para desarrollar, vender, distribuir y promocionar el videojuego en diferentes plataformas. Por ejemplo, el licenciante debería investigar la trayectoria del licenciatario para determinar cuán exitosos fueron los videojuegos que lanzó previamente, y cuán exitoso fue el licenciatario en distribuir y promocionar el videojuego en los territorios y plataformas para los que será licenciado.

¹⁸⁵ Además, si existe una cláusula de retención, el licenciante requerirá que exista una fecha de lanzamiento externa para el licenciatario primario, para el caso de que existan demoras en el lanzamiento.

¹⁸⁶ Aunque las ventas decrecen con el tiempo, a un videojuego exitoso puede irle muy bien incluso varios meses después de su lanzamiento inicial, con un precio menor y pasando a formar parte de programas de tipo "Grandes Éxitos" ofrecidos por fabricantes de consolas, que pueden generar ingresos adicionales.

¹⁸⁷ Por ejemplo, un licenciatario interesado en una nueva película no puede prever el éxito de la película, aunque tendrá la esperanza de maximizar su inversión y minimizar sus riesgos mediante la asociación del videojuego con una película con estrellas reconocidas, un presupuesto adecuado, fecha de lanzamiento viable y un compromiso de lanzamiento promocionado y en cines. Además, la retribución que se paga al licenciante puede estar condicionada a los eventuales resultados de taquilla.

- ¹⁸⁸ Gregory J. Battersby & Danny Simon, *Basics of Licensing: How to Extend Brand and Entertainment Properties for Profit*, 84 (Kent Press 2012).
- ¹⁸⁹ Las tasas de regalías variarán dependiendo de una cantidad de factores, pero no hay límites respecto de cuán altos puede ser los costos, salvo los determinados por las condiciones de mercado. Véase Theodore M. Hagelin, *Technology Innovation Law and Practice: Case and Materials* 396 (LexisNexis 2011).
- ¹⁹⁰ En algunos contratos, los licenciantes procurarán que las tasas de regalías sean calculadas no sobre la base de los ingresos percibidos, sino de todos los productos vendidos, enviados o distribuidos por el licenciatario; incluso cuando no hubieran sido cobrados, trasladando el riesgo de incobrabilidad al licenciatario. Otras cuestiones que deberán ser incorporadas para determinar las regalías incluirán las unidades vendidas con descuento y las copias distribuidas gratuitamente a terceros, las que estarán posiblemente sujetas a un límite.
- ¹⁹¹ Aunque puede haber menores costos en algunos aspectos vinculados con el lanzamiento de un videojuego, existen otros que son propios de esta plataforma y que permiten al licenciatario justificar por qué las tasas de regalías no deben incrementarse. Por ejemplo, los costos asociados con la actualización de los videojuegos.
- ¹⁹² Si se usa una escala de regalías móvil, es importante determinar cómo se calcularán los números de ventas. ¿Se incluyen las ventas del videojuego a cualquier precio, o debe venderse a un precio mínimo?
- ¹⁹³ Un escenario posible a considerar es que las partes acuerden dividir los costos de mercadotecnia y permitir que cierto porcentaje sea deducido de los ingresos, con la posibilidad de incrementar el tope por acuerdo de partes.
- ¹⁹⁴ El artículo 101 de la Ley de Derecho de Autor. Véase Gary Myers, *Concise Hornbooks: Principles of Intellectual Property Law* (Thomson West 2008).
- ¹⁹⁵ El licenciatario no puede ceder el código fuente y las herramientas licenciadas por los fabricantes de consolas y por terceros.
- ¹⁹⁶ Habitualmente, constituye una buena práctica adjuntar una liquidación modelo con la que acuerden ambas partes, para evitar controversias respecto de lo que el licenciatario debe informar en una liquidación.
- ¹⁹⁷ Salvo que exista una controversia legítima o de buena fe con relación a una suma adeudada al licenciatario, la omisión del licenciatario de pagar las regalías en tiempo determinará la obligación de pagar intereses respecto del monto adeudado. Pueden darse situaciones en las que el auditor descubra un error favorable al licenciatario. En este caso, el licenciatario deberá restituir cualquier monto pagado en exceso por el licenciatario, o asignarle un crédito contra futuros ingresos, si fuera aplicable.
- ¹⁹⁸ El licenciatario no quiere estar en una situación en la que otra parte reclama derechos sobre la propiedad licenciada, dado que ello puede implicar un litigio y un reclamo para que cese la distribución de un videojuego.
- ¹⁹⁹ Los licenciantes procurarán obtener limitaciones a esta declaración y garantía absoluta, condicionándola a sus derechos de aprobación y excluyendo cualquier alteración a la propiedad licenciada (aprobada o no por el licenciatario).
- ²⁰⁰ Si hay un litigio y puede afectar potencialmente el desarrollo del videojuego, los riesgos podrían no justificar los potenciales beneficios.
- ²⁰¹ Véase el Capítulo 4.3.9.



- ²⁰² En muchos contratos de licenciamiento, el licenciatario también requerirá que el licenciatario acceda a acordar un compromiso de marketing que garantice que el licenciatario gastará una suma de dinero determinada en iniciativas de marketing. El monto puede ser o bien una suma fija, o un porcentaje basado en las ventas proyectadas del videojuego (por ejemplo, el 5% de las ventas netas proyectadas). Las ventas proyectadas pueden generar un problema para el licenciatario, cuando son más elevadas que las reales y no hay suficientes ingresos para recuperar los gastos de marketing.

Las iniciativas de marketing incluyen televisión, gráfica, Internet, eventos, etc. Si el licenciatario está de acuerdo con esto, debería atarlo a la retribución general pagada al licenciatario, aunque el dinero gastado en marketing eventualmente ayudará a ambas partes, dado que al incrementar el conocimiento del videojuego deberían incrementarse las ventas. Por ejemplo, un compromiso de marketing más elevado debería resultar en una tasa de regalías más baja, o bien en una garantía mínima. Las partes deberán negociar en qué oportunidades de marketing se gastará el dinero, cuándo se gastará (habitualmente dentro de los primeros meses desde el lanzamiento del videojuego) y en qué países se gastará. En algunos casos, el licenciatario pretenderá que se asigne algún dinero a programas de marketing iniciados por el licenciatario. Por ejemplo, para auspiciar un evento del licenciatario. Esto solo debería ser acordado si ayudará a hacer crecer las ventas.

²⁰³ Cynthia Cannady, *Technology Licensing and Development Agreements* 171 (Oxford University Press 2013).

²⁰⁴ Véase el Capítulo 4.3.11.

²⁰⁵ En muchos casos los licenciantes también requerirán que el licenciatario mantenga, durante todo el plazo, un seguro de responsabilidad por los productos que cubra la responsabilidad civil general y posiblemente la responsabilidad por publicidad. Dentro de un plazo determinado (habitualmente 30 días), el licenciatario deberá acreditar la contratación del seguro mediante la remisión de la póliza, describiendo la cobertura y designando al licenciatario como coasegurado. Los licenciatarios deberían requerir, además, que los licenciantes también tengan cobertura de E&O.

²⁰⁶ Por lo general, hay dos tipos de límites relacionados con las pólizas de E&O. Uno es por cada reclamo, y el otro es por todos los reclamos combinados. Las pólizas estándar tendrán límites de entre US\$1 y US\$3 millones. El primero es el límite por reclamo y el segundo es el límite por todos los reclamos bajo la póliza. Por lo tanto, la compañía aseguradora no pagará ningún monto que exceda de US\$1 millón, para un reclamo individual bajo una póliza de US\$1 millón/US\$3 millones. Además, la parte asegurada debe comprender cómo está redactada la póliza y si se trata de una póliza de "reclamos formulados" o de "hechos ocurridos", dado que esto genera una restricción adicional. Bajo una póliza de reclamos formulados, solo se cubrirán reclamos formulados durante el plazo de vigencia de la póliza. Por ejemplo, si la póliza es válida del 1 de enero de 2012 al 1 de enero de 2013, y se inicia un reclamo el 1 de febrero de 2013, aunque la infracción de derecho de autor alegada hubiera ocurrido en diciembre de 2012, la póliza no cubrirá el reclamo. En consecuencia, no importa cuándo ocurrió la infracción. En oposición, la póliza de hechos ocurridos se activa no cuando se realiza el reclamo, sino cuando ocurre el evento que da origen al reclamo. En el ejemplo anterior, si el asegurado tiene una póliza de hechos ocurridos, el reclamo por supuesta infracción a derecho de autor hubiera sido cubierto. Véase Ted Gerges, *Providers in the Digital Age, in Counseling Content Providers In The Digital Age* 281-291 (Kathleen Conkey, Elissa D. Hecker & Pamela C. Jones eds., New York State Bar Association 2010).

²⁰⁷ Como parte de la póliza de E&O, las compañías aseguradoras habitualmente querrán orientar a la parte asegurada respecto del estudio jurídico que representará al licenciatario, dado que querrán asegurarse de que dicho estudio tenga conocimientos

y capacidad para defender el reclamo en la jurisdicción en la que se inició, y que sus honorarios estén dentro del rango de la compañía de seguros. Sin embargo, este tema deberá ser discutido con la compañía de seguros, dado que el titular de la póliza puede sentirse más cómodo trabajando con su estudio jurídico.

- ²⁰⁸ En los Estados Unidos, la parte que busca protección cautelar debe acreditar que sufrirá un daño irreparable si le es negada. En caso de que el daño sea reparable con dinero, entonces la protección cautelar no será otorgada. *Delphine Software International v. Electronic Arts, Inc.* United States District Court, Southern District of New York, 18 de agosto de 1999 No. Civ. 4454 AG AS, 1999 WL 627413. El caso Delphine se refiere a la protección cautelar que involucra información confidencial.
- ²⁰⁹ Véase Russell Weaver, Elaine Shoben & Michael Kelly, *Concise Hornbooks: Principles of Remedies Law* (Thomson West 2007).
- ²¹⁰ Véase nota 289.
- ²¹¹ Russell Weaver, Elaine Shoben & Michael Kelly, *supra*, at 224-7.
- ²¹² La música, o mejor dicho cada “canción” contiene dos derechos de autor independientes: i) la composición (que incluye la letra, notas, instrumentación y arreglos) y ii) la grabación maestra (que es la versión efectivamente grabada de una composición particular). Salvo que se indique de otro modo, el uso de “música” en este capítulo se referirá a ambos, la composición y la grabación maestra.
- ²¹³ Puede haber limitaciones de memoria y de espacio en disco, dependiendo de la cantidad de música planificada para el videojuego.
- ²¹⁴ Una vez que el guion del videojuego está terminado, los desarrolladores deberá atravesar lo que se denomina una “sesión de observación” para analizar el guión y determinar qué escenas requieren música, qué tipo de música funciona y dónde, y si las escenas deberían ser marcadas con o “basadas en” música licenciada.
- ²¹⁵ Danny Elfman, el compositor de varias de las películas de Tim Burton y ex miembro del grupo musical Oingo Boingo, también ha compuesto música para videojuegos. www.giantbomb.com/danny-elfman/3040-45016/. Hans Zimmer, quien ha compuesto más de 50 partituras cinematográficas que incluyen *Rain Man*, *El Rey León*, *Gladiador*, y *Batman*, *The Dark Knight Rises*, también lo ha hecho para diversos videojuegos incluyendo *Modern Warfare 2*. Ramim Djawadi compuso la partitura cinematográfica para Iron Man y para el videojuego *Medal of Honor: Warfighter*. <http://herocomplex.latimes.com/games/for-composers-video-games-are-the-surreal-land-of-opportunity/>
- ²¹⁶ Pamela C. Jones & Melinda L. Lee, *Rights and Clearances, in Counseling Content Providers in the Digital Age* (Kathleen Conkey, Elissa D. Hecker & Pamela C. Jones eds., New York State Bar Association 2010).
- ²¹⁷ El desarrollador debería considerar contratar un compositor para crear una canción original para el videojuego.
- ²¹⁸ Las bibliotecas musicales proveerán los derechos maestros y de sincronización para su música, que habitualmente puede ser licenciada para cualquier uso.
- ²¹⁹ Los derechos de sincronización son habitualmente adquiridos del escritor o editor de la composición. Los derechos de uso de máster son generalmente obtenidos del sello discográfico que tiene o controla la grabación maestra original.
- ²²⁰ Usualmente, los derechos de licenciamiento serán no exclusivos.
- ²²¹ Los sellos discográficos generalmente limitarán sus declaraciones y garantías, y quizás sólo otorguen derechos sobre la base de renuncia a reclamos o de que el material se ofrece “como está”, especialmente para música antigua. Esto incrementa el riesgo



del licenciatario de la música. Gary Morris & Richard Beyman, *Licensing Intellectual Property, en Business & Legal Primer for Game Development*, 200 (S. Gregory Boyd & Brian J. Green eds., Charles River Media 2007). En consecuencia, los desarrolladores deben investigar si ha existido algún litigio o alguna cuestión respecto de una canción en particular.

- ²²² Los desarrolladores deberían evitar el pago de regalías y, en cambio, procurar una tarifa plana por los derechos, salvo que el pago de regalías reduzca el costo inicial para obtener los derechos y resulte económicamente ventajoso. Si se pagarán regalías, el desarrollador debería considerar establecer un límite a los pagos en cierto monto. Si el desarrollador acuerda pagar regalías, será necesario que emita liquidaciones y también quizás esté sujeto a auditorías. Otra posibilidad es que las partes consideren una tarifa plana y pagos adicionales en caso de que el videojuego alcance cierto número de ventas. Por ejemplo, si el videojuego vende 500.000 unidades al precio sugerido al público originalmente, entonces deberá realizarse un pago adicional de US\$5.000 al titular de los derechos sobre la música. Si las partes deciden incorporar el pago de un bono, conviene que decidan los precios para los videojuegos que se prestan a formar parte del bono. Vender videojuegos con 50% de descuento respecto del precio al por mayor sugerido originalmente podría no disparar el pago del bono. El desarrollador también necesitará estar en conocimiento de otros posibles pagos por la música, más allá de los correspondientes a obtener el maestro y la sincronización. Por ejemplo ¿debe realizarse algún pago sindical que pueda deberse a los músicos, o pagos por la reutilización o utilización residual? Esto podría darse cuando una partitura original es producida utilizando una orquesta en vivo en los Estados Unidos, o en algunos casos usando una canción existente de un sello discográfico que utilizó una orquesta en vivo.
- ²²³ Frecuentemente el desarrollador deberá declarar y garantizar que, ni el videojuego ni cualquier material promocional que incorpora la música, infringen derechos de terceros y que mantendrá indemne al licenciatario por el incumplimiento de dicha declaración y garantía.
- ²²⁴ Véase Jeffrey Brabec & Todd Brabec, *Music Money and Success: The Insider's Guide to Making Money in the Music Business*, 481-484 (Schirmer Trade Books 5th ed. 2006). Un excelente libro sobre la industria de la música y las diversas cuestiones asociadas con los contratos que involucran música. La 6.a edición fue lanzada en 2009.
- ²²⁵ Algunas de las empresas de bibliotecas musicales en los Estados Unidos incluyen la Associated Production Music ("APM"), Manhattan Production Music, Megatrax, killer Tracks y Opus 1.
- ²²⁶ Véase Dianne Brinson & Mark Radcliffe, *Multimedia Law and Business Handbook* (Ladera Press 1997).
- ²²⁷ Stephen Fishman, *The Public Domain: How to Find and Use Copyright-free Writings, Music, Art and More*, 87-126, 297-314 (nolo 6th ed. 2012). Véase también [www.copyrightfree.blogspot.com](http://copyrightfree.blogspot.com)
- ²²⁸ Tanto Sony como Nintendo fabrican consolas y también dispositivos portátiles, tales como la Nintendo 3DS y la Sony PSPS y Vita. A los fines de este capítulo, el foco estará puesto en las consolas, aunque muchas de las políticas diseñadas por los titulares de plataformas para las consolas serán también aplicables para los sistemas portátiles.
- ²²⁹ El desarrollo de videojuegos de consolas para venta en comercios, puede tomar entre 12 meses y tres años, con un costo promedio para títulos de primera línea de entre US\$10 millones a US\$ 60 millones. Informe anual, Take-Two Interactive Software, Inc., 2012. Unos pocos títulos han excedido el límite de los US\$100 millones. Véase <http://tech2.in.com/opinions/gaming/are-big-budgets-killing-the-video-game-industry/536622>. Pocos títulos de primera línea están listos en menos de un año, excepto en el caso

de los videojuegos de los principales deportes, usualmente asociados con una liga de deportes, que tienden a ser lanzados anualmente para cada nueva temporada.

²³⁰ Hubieron varias razones para la disminución de ventas de videojuegos de consolas durante los últimos años, incluyendo: i) el crecimiento del videojuego móvil, que arrebató la mayoría del mercado “informal”; ii) el crecimiento de la distribución digital para PC; iii) el hundimiento económico mundial; y iv) el fin del ciclo de vida de las consolas con la PlayStation 3, Microsoft X-Box 360 y la Nintendo Wii. En general, las ventas de juegos al por menor tiende a disminuir hacia el final del ciclo de vida de la plataforma. Por lo general, cuando se anuncian nuevas plataformas de consolas, los consumidores tienden a reducir sus compras de videojuegos a la espera de los lanzamientos para las nuevas consolas. Informe anual de Majesco Entertainment Company, 2012; Informe anual de Electronic Arts Inc., 2012.

²³¹ http://www.theesa.com/facts/pdfs/ESA_EF_2013.pdf

²³² Nintendo introdujo su nueva consola, la Wii U, en diciembre de 2012, pero tuvo un comienzo extremadamente difícil, dado que muchos pensaron que no tenía suficientes videojuegos de calidad que pudieran ayudar a incrementar las ventas. Matt Martin, *Nintendo Misses Profits Forecasts by 50% Due to weak Wii U, 3DS Sales* (24 de abril de 2013) <http://www.gamesindustry.biz/articles/2013-04-24-nintendo-misses-profitsforecasts-by-50-percent-due-to-weak-wii-u-3ds-sales>. Sin soporte de terceros para el desarrollo de videojuegos, la Wii U puede enfrentar dificultades, aunque Nintendo ha desarrollado sistemáticamente videojuegos exclusivos que han ayudado en la venta de sus sistemas. Tradicionalmente, cuando una plataforma se desempeña pobremente, los editores y desarrolladores son reacios a comprometerse a desarrollar para ese sistema, dado que los recursos (es decir, el dinero y el personal) pueden ser utilizados para otros videojuegos en diferentes plataformas. Los editores deben comprometer adecuadamente los recursos, anticipando el lanzamiento de nuevo hardware y, habitualmente, los costos para desarrollar videojuegos para nuevas plataformas serán superiores a los de las plataformas actuales, en virtud de las capacidades expandidas y la nueva tecnología. Una nueva plataforma, sea una consola o dispositivo portátil, puede tener éxito o no. En consecuencia, decidir para qué plataformas desarrollar puede ser un desafío para cualquier editor o desarrollador.

²³³ Por ejemplo, en 2012, el 79,5% de los ingresos netos de Take-Two provinieron de ventas para consolas. Informe anual de Take-Two Interactive Software, Inc., 2012. Las ventas de productos para consolas representaron el 45% de los ingresos de Activision Blizzard Inc. en 2012. El 60% de los ingresos de EA provinieron de ventas de productos y servicios para la PlayStation 3 y Microsoft Xbox 360. Informe anual de Electronic Arts Inc., 2012. Han habido dos tendencias significativas respecto de las ventas al por menor: i) la creciente importancia de los títulos “taquilleros” que tienden a ser parte de franquicias y tienen los presupuestos de desarrollo más elevados. Según el *New York Times*, los 20 videojuegos principales en 2012 representaron el 41% de las ventas totales en tiendas norteamericanas, casi el doble de lo logrado hace una década. www.nytimes.com/2013/09/30/technology/a-shrinking-list-of-blockbusters-dominates-video-games.html; y ii) un alto porcentaje de las ventas ocurren durante la temporada de vacaciones de fin de año, en el cuarto trimestre del año. Informe anual de Activision Blizzard Inc. 2012.

²³⁴ Con la introducción de la más reciente generación de plataformas, algunos FABRICANTES DE CONSOLAS han anunciado que la edición para los desarrolladores independientes será más fácil que en el pasado. Véanse www.gamasutra.com/view/news/189271/Sony_kills_concept_approval_makes_moves_to_get_indies_onto_PS4.php; www.gamasutra.com/view/news/189180/; <http://wiiudaily.com/2013/04/wii-u-developers-free-dev-kits/>; www.xbox.com/en-US/developers/faq.

²³⁵ www.gamesindustry.biz/articles/2013-10-03-digital-consola-revenue-to-surpass-pc-this-year.



- ²³⁶ Con la reciente introducción de la PlayStation 4 y la Xbox One, y sus nuevas funcionalidades, la creciente importancia de los videojuegos descargables desde la plataforma de distribución digital de los FABRICANTES DE CONSOLAS, y el reconocimiento de la creciente importancia de los desarrolladores independientes, es esperable que los procedimientos, barreras de entrada, cuestiones legales y lineamientos establecidos por los FABRICANTES DE CONSOLAS sigan evolucionando, para lidiar con el escenario cambiante de los videojuegos.
- ²³⁷ Algunas de las potenciales áreas que tendrán mayor relevancia legal en el futuro son los derechos de privacidad, propiedad intelectual, derechos de publicidad, contenido creado por el usuario final, regulación del contenido y políticas de monetización, incluyendo las que involucran monedas virtuales.
- ²³⁸ Algunos de los comentarios en este capítulo están basados en varios informes 10Q (que son trimestrales), presentados ante la Comisión de Valores y Bolsas de EE.UU. La mayoría de los documentos tienen algunos años, pero son los únicos documentos públicos disponibles que establecen la relación contractual entre los principales fabricantes de consolas y varios editores de videojuegos. Para este capítulo, el autor analizó la redacción de los documentos públicos y aportó supuestos que podrían ser incorporados en nuevos contratos. Se asume que a pesar de que estos documentos pueden haber sido modificados, muchos términos probablemente se mantengan similares a los de los contratos previos.
- ²³⁹ Desde la introducción de la Microsoft X-Box en 2001, los principales fabricantes de consolas han sido Nintendo, Sony y Microsoft, habitualmente designados como las primeras partes. Nintendo, la única de las tres empresas cuyo único negocio son los videojuegos, ha fabricado consolas desde los setenta. Nintendo introdujo lo que muchos consideran la primera plataforma moderna de videojuegos, denominada Nintendo Entertainment System (NES, Sistema de Entretenimiento Nintendo) en 1983 en Japón, y dos años más tarde en Estados Unidos. El dispositivo portátil de videojuegos de Nintendo, el DS, es el más exitoso dispositivo de videojuegos en términos de ventas, y la consola Wii, introducida en 2006, ayudó a expandir la audiencia con su tecnología de sensores de movimiento. www.xbitlabs.com/news/mobile/display/20121219125234_Nintendo_DS_Becomes_World_s_Best_Selling_Video_Game_Console_Ever.html. Nintendo fue también el primero en introducir la última generación de consolas con el lanzamiento de la Wii U en 2012. Sony entró en el mercado de los videojuegos de consolas en 1995, con la introducción de la PlayStation, y revolucionó la industria con su tecnología de videojuegos. En un momento, Sony estuvo en negociaciones para asociarse con Nintendo y crear una unidad de CD-ROM para la Nintendo SNES. http://reviews.cnet.com/2300-9020_7-10015764.html. La PlayStation vendió más de 100 millones de unidades y Sony pronto se convirtió en el fabricante líder de consolas en el mundo. Desde entonces, Sony lanzó la PS2, que se convirtió en la consola más vendida de la historia, con más de 140 millones de unidades vendidas, y la PS3, que fue lanzada en 2006. http://en.wikipedia.org/wiki/Video_game_console. Microsoft ingresó en el negocio de las consolas en 2001 con la Xbox, añadiendo luego Xbox Live, un servicio de videojuegos en línea que permitía a los suscriptores descargar contenido. Cuatro años más tarde, Microsoft lanzó la Xbox 360. En noviembre de 2013, tanto Sony con la PlayStation 4; como Microsoft, con la Xbox One, lanzaron sus consolas de última generación en diversos territorios. Véanse también los capítulos 1.1.1, 1.2.1 y 1.2.2.
- ²⁴⁰ Véase la información para desarrolladores y editores en los siguientes sitios de fabricantes de plataformas:
<http://us.playstation.com/develop>; <http://www.warioworld.com/apply/>; www.xbox.com/en-US/developers?xr=footnav; <http://www.xbox.com/en-us/developers/id>; and
<http://msdn.microsoft.com/en-us/aa937791.aspx>.

- ²⁴¹ En el pasado, los editores debían enviar a los fabricantes de consolas, en forma separada, los materiales para las diferentes regiones (por ejemplo, Estados Unidos, Europa, Japón); y cada FC tenía su propio criterio de aceptación. En consecuencia, un videojuego aceptado en Europa podría no ser aceptado en Japón. Los fabricantes de consolas están actualmente avanzando hacia envíos únicos, y un único candidato a versión final puede contener diferentes versiones del videojuego, para cumplir con los requisitos de diversas juntas de clasificación y costumbres regionales, aunque los consumidores sólo estarán autorizados a jugar la versión para su país.
- ²⁴² Un desarrollador no puede vender su videojuego en un comercio, salvo que se convierta en editor o celebre un acuerdo con un editor para distribuirlo. Véase www.xbox.com/en-US/developers/faq y www.warioworld.com/apply/. Véase también el Capítulo 2 sobre las relaciones entre el desarrollador y el editor.
- ²⁴³ El editor o desarrollador deberán celebrar un acuerdo de confidencialidad con los fabricantes de consolas antes de establecer cualquier relación comercial. Dado que las partes pueden intercambiar información que no es pública y potencialmente representar secretos comerciales, deberán celebrar un contrato que prohíba a la parte receptora comunicar públicamente la información confidencial, salvo bajo circunstancias pre acordadas. Véase www.xbox.com/en-US/developers/faq. Véase también el Capítulo 10 respecto del análisis sobre acuerdos de confidencialidad.
- ²⁴⁴ Los fabricantes de consolas requieren cierto nivel de aprobación y/o imponen obligaciones de confidencialidad, para la contratación de subcontratistas para trabajar en un videojuego. Informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.1 (30 de abril de 2010), Electronic Arts Inc.; Informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.5 (10 de noviembre de 2009), Electronic Arts Inc.
- ²⁴⁵ www.xbox.com/en-US/developers/faq; <http://warioworld.com/apply/> Antes de entrar en una relación con un editor o desarrollador, algunos fabricantes de consolas pueden también querer confirmar que cualquier material que les provean (por ejemplo, kits de desarrollo) será mantenido en un lugar seguro. <http://warioworld.com/apply/>.
- ²⁴⁶ www.xbox.com/en-US/developers/faq
- ²⁴⁷ Por ejemplo, de acuerdo con el informe anual de 2013 de EA, dicha empresa no tiene requerimientos mínimos de compras. Informe Anual de Electronic Arts Inc., 2012.
- ²⁴⁸ Véase www.gamesradar.com/paying-exclusivity-why-its-here-stay/
- ²⁴⁹ Informe anual de THQ 2011. Los sistemas de *hardware* para desarrollo que requieren los desarrolladores y editores pueden ser muy costosos, especialmente dependiendo del número requerido por el desarrollador. En consecuencia, el editor y el desarrollador deben tener en cuenta estos costos en sus presupuestos de desarrollo, especialmente si están desarrollando para múltiples plataformas. En algunos casos, los fabricantes de consolas están reduciendo algunos de los costos asociados con obtener los kits de desarrollo, en un esfuerzo por promover el desarrollo para sus diversos sistemas. Véase <http://us.playstation.com/develop> and <http://www.xbox.com/en-us/developers/id>.
- ²⁵⁰ Véase en el Capítulo 11 el debate sobre las cláusulas comunes que aparecen en varios contratos y que posiblemente aparezcan en los acuerdos de herramientas del FC.
- ²⁵¹ PlayStation Network de Sony, X-Box Marketplace de Microsoft, y Nintendo Shop, de Nintendo.
- ²⁵² Véase el Capítulo 7.
- ²⁵³ Hay diferentes requisitos técnicos para venta digital y en comercios.
- ²⁵⁴ Véase el Capítulo 2 sobre la relación entre el editor y el desarrollador.



- ²⁵⁵ Informe anual de THQ, 2011. Con los nuevos contratos de licenciamiento para editores, los derechos digitales muy probablemente estén incluidos como parte del acuerdo.
- ²⁵⁶ Además, el editor tendría el derecho de usar las marcas del FC sujeto a la aprobación del FC, pero solo con relación a la edición (es decir, a la creación, venta y marketing) del videojuego. Informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.1 (30 de abril de 2010), Electronic Arts Inc.; Informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.5 (10 de noviembre de 2009), Electronic Arts Inc.; Informe trimestral (Form 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 de enero de 2007), Majesco Entertainment Company.
- ²⁵⁷ Informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.1 (30 de abril de 2010), Electronic Arts Inc.; Informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.5 (10 de noviembre de 2009), Electronic Arts Inc.; Informe trimestral (Form 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 de enero de 2007), Majesco Entertainment Company.
- ²⁵⁸ Informe anual de Activision Blizzard Inc., 2012.
- ²⁵⁹ Pero véase el informe trimestral (Form 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 de enero de 2007), Majesco Entertainment Company, respecto de las diferentes políticas de envío en circunstancias limitadas, para videojuegos lanzados en territorios específicos. Algunos fabricantes de consolas pueden querer que los desarrolladores integren características que resalten las capacidades de sus consolas (por ejemplo, consolas, dispositivos portátiles). Incluir soporte para características específicas de *hardware* de una plataforma brinda mayores posibilidades de que el concepto del videojuego sea aprobado por el FC. Sony requiere que para el Vita el desarrollador incorpore, como mínimo, soporte para la cámara, soporte de cercanía, táctil posterior y frontal en el videojuego. www.gamasutra.com/view/news/189271/
- ²⁶⁰ Véase el Apéndice: Cronograma de hitos.
- ²⁶¹ Informe anual de THQ, 2011
- ²⁶² Informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.1 (30 de abril de 2010), Electronic Arts Inc.; Informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.5 (10 de noviembre de 2009), Electronic Arts Inc.; Informe trimestral (Form 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 de enero de 2007), Majesco Entertainment Company.
- ²⁶³ El Código puede ser enviado en forma digital o en un disco.
- ²⁶⁴ El FC llevará a cabo lo que se conoce usualmente como verificaciones de primera parte, que tiene como finalidad verificar que el *software* funciona en la plataforma y que no viola ningún requisito o lineamiento técnico establecido por el FC. Es importante que un editor o desarrollador no envíe un videojuego al FC esperando que éste realice la prueba inicial, dado que ello solo demorará el proceso de aprobación e incrementará los costos.
- ²⁶⁵ Si el envío es aprobado, el FC enviará a fabricación (es decir, duplicación, embalaje) la versión final y usualmente tomará entre dos y tres semanas que el videojuego pueda ser despachado. Informe anual de Take-Two Interactive Software, Inc., 2012. Si la versión final es rechazada, entonces el editor deberá reenviarla, y el FC deberá revisarla nuevamente. El editor puede estar habilitado para requerir una revisión rápida, quizás para cumplir con una fecha de lanzamiento proyectada, pero eso generalmente implicará un cargo adicional.
- ²⁶⁶ A la fecha, los fabricantes de consolas han requerido que toda fabricación de discos de videojuegos, cartuchos y demos, sea realizada o bien por los propios fabricantes de consolas, o bien por sus vendedores autorizados. Informe anual de Take-Two Interactive Software, Inc., 2012. Esto asegura la calidad y que las medidas de seguridad exigidas por el FC sean cumplidas. Todos los fabricantes de consola tienen

una cantidad de fabricantes certificados para duplicar productos a nivel mundial. Sin embargo, Nintendo requiere que sus propios fabricantes dupliquen productos que involucran cartuchos para sus sistemas de videojuegos (por ejemplo para los sistemas portátiles como el 3DS). En consecuencia, los editores deben darse más tiempo para ordenar cartuchos para dispositivos Nintendo, dadas las capacidades de producción limitada y el tiempo de envío desde las instalaciones en Japón. En contraste, para PC, el editor puede contactar y celebrar un acuerdo con cualquier replicador de DVD.

Aun después de que los materiales han sido aprobados, el FC podrá exigir al editor o desarrollador la corrección de cualquier defecto en el videojuego, o errores con materiales tales como el uso incorrecto de una marca del FC). Esto puede incluir, pero no se limita al retiro del producto del mercado, o a la publicación de una actualización que permita corregir el problema. Informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.1 (30 de abril de 2010), Electronic Arts Inc.; Informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.5 (10 de noviembre de 2009), Electronic Arts Inc.; informe trimestral (Form 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 de enero de 2007), Majesco Entertainment Company.

- ²⁶⁷ Informe anual de Take-Two Interactive Software Inc., 2012. Como parte del envío de paquetes, el editor deberá enviar imágenes de la portada y cubierta posterior de las versiones del videojuego para venta en comercios.
- ²⁶⁸ Informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.1 (30 de abril de 2010), Electronic Arts Inc.; Informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.5 (10 de noviembre de 2009), Electronic Arts Inc.; Informe trimestral (Form 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 de enero de 2007), Majesco Entertainment Company. Véase también el Capítulo 9.6 respecto de las clasificaciones.

²⁶⁹ Id.

²⁷⁰ Informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.5 (10 de noviembre de 2009), Electronic Arts Inc.

²⁷¹ Informe anual de THQ, 2011. Además, algunos fabricantes de consolas han prohibido previamente la utilización de publicidad o la colocación de productos de terceros en videojuegos. Informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.5 (10 de noviembre de 2009), Electronic Arts Inc.

²⁷² En algunos casos puede haber un número limitado de puestos para videojuegos independientes y, como consecuencia, no pueden ser lanzados digitalmente en forma inmediata a su aprobación por el FC.

²⁷³ Véase <http://www.forbes.com/sites/erikkain/2013/09/20/sony-to-take-a-loss-on-playstation-4-sales/> y *Home Videogame Platforms*, by Robin Lee (marzo de 2011), páginas 6 y 7.

²⁷⁴ *Secrets of The Game Business* 103 (Francois Dominic Laramee ed., Charles River Media, 2.a edición, 2005).

²⁷⁵ Informe anual de THQ, 2011

²⁷⁶ Informe anual de Activision Blizzard Inc., 2012.

²⁷⁷ Id.

²⁷⁸ Al igual que con la compra de cualquier tipo de bienes, las tasas de regalías pueden disminuir a medida que la cantidad de órdenes se incrementa para una región en particular. Informe trimestral Form 10-Q), Ex 10.2 (10 de noviembre de 2009), Electronic Arts Inc., Informe trimestral (Form 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 de enero de 2007), Majesco Entertainment Company.

A diferencia de los fabricantes de consolas, que requieren el pago de regalías por cada unidad de videojuego creada, no hay regalías para los fabricantes de PC.



²⁷⁹ Las regalías pueden variar dependiendo del precio sugerido de venta al público o del precio de venta al por mayor de un videojuego. Informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.2 (10 de noviembre de 2009), Electronic Arts Inc.; informe trimestral (Form 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 de enero de 2007), Majesco Entertainment Company. Por ejemplo, un precio más bajo al por mayor puede resultar en un porcentaje menor de regalías para el FC. En el pasado, los editores pagaban sus regalías/retribución por licencias basándose en el precio inicial de venta al por mayor o en el precio sugerido de venta al público, incluso si el precio posterior bajaba. Más aún, salvo que el videojuego fuese parte de un programa de grandes éxitos, a los nuevos pedidos también se les exigiría una regalía/retribución por licenciamiento, basada en el precio inicial de venta al por mayor o en el precio sugerido de venta al público. En contraste, si el precio de venta al por mayor o el precio sugerido de venta al público se incrementara en algún momento, el editor debería pagar una regalía/retribución por licenciamiento mayor para esas unidades. Id.

²⁸⁰ Informe anual de Take-Two Interactive Software, Inc., 2012

²⁸¹ Id.

²⁸² Habitualmente, el gasto en marketing para un juego de consolas de venta al por menor será un porcentaje de las ventas proyectadas. Para determinar qué porcentaje asignar a un videojuego, el editor generalmente considerará los siguientes factores: i) unidades previstas; ii) presupuesto para el videojuego; iii) condiciones actuales del mercado; iv) gastos en marketing para videojuegos similares; y v) ventas pasadas de un videojuego de franquicia, si resulta aplicable. Los planes de marketing pueden comprender televisión, gráfica y publicidad en línea, auspicio de eventos, publicidad exterior, correos directos y promociones cruzadas. Además del marketing, los editores gastarán dinero en marketing en tiendas o canales, lo que puede incluir preventas, obsequios, exhibidores en puntos de venta y campañas de publicidad cooperativas en tiendas. Es difícil obtener los números de marketing actuales para videojuegos, dado que en algunos casos se combinan con los costos de desarrollo. Para títulos AAA, pueden gastarse decenas de millones de dólares, especialmente si hay campañas televisivas. Ver: millón http://en.wikipedia.org/wiki/Marketing_of_Halo_3 Left 4 Dead 2 - \$10 million www.edge-online.com/features/left-4-deads-10m-ad-campaign/; GTA5 cost \$265 in marketing and dev www.ibtimes.com/gta-5-costs-265-million-develop-market-making-it-most-expensive-video-game-ever-produced-report

²⁸³ Informe anual de Electronic Arts Inc., 2012. Véase también el informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.1 (30 de abril de 2010), Electronic Arts Inc.; informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.5 (10 de noviembre de 2009), Electronic Arts Inc.; informe trimetal (Form 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 de enero de 2007), Majesco Entertainment Company.

²⁸⁴ Informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.1 (30 de abril de 2010), Electronic Arts Inc.; informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.5 (10 de noviembre de 2009), Electronic Arts Inc.; informe trimestral (Form 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 de enero de 2007), Majesco Entertainment Company.

²⁸⁵ Id. En Estados Unidos, la garantía implícita de comerciabilidad significa, básicamente, que los bienes cumplen con ciertos criterios, como por ejemplo que son aptos para la finalidad para la cual serán usados, y que están adecuadamente embalados y etiquetados según las declaraciones realizadas en el contenedor o etiqueta U.C.C. #2-315; 314(2)(c).

²⁸⁶ Informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.1 (30 de abril de 2010), Electronic Arts Inc.; informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.5 (10 de noviembre de 2009); informe trimetal (Form 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 de enero de 2007), Majesco Entertainment Company. En Estados Unidos, la ley estatal puede limitar la exigibilidad de limitaciones a la responsabilidad, y los tribunales no limitarán la responsabilidad en casos de culpa grave, fraude, hechos ilícitos o daños intencionales. Cynthia Cannady, *Technology*

Licensing and Development Agreements 275 (Oxford University Press 2103). Véase Cal. Civil Code #1668.

²⁸⁷ Id.

²⁸⁸ Informe anual de Electronic Arts Inc., 2012. Además, en muchos contratos el FC seguramente requerirá que el editor o desarrollador contraten diversos seguros para cubrir cualquier reclamo contra el editor o desarrollador o el FC (reclamos en los que el FC es mantenido indemne). Algunos de estos seguros pueden incluir cobertura para daños personales, responsabilidad por productos y E&O, que cubre reclamos que involucran infracciones asociadas con propiedad intelectual. Véanse los Capítulos 2.2.15 y 4.3.9. Además, al igual que los licenciantes, los fabricantes de consolas generalmente requerirán lo siguiente: i) ciertos niveles de montos de cobertura y franquicia, dependiendo del territorio o región; ii) la prueba del seguro, indicando la cobertura e incorporando al FC como coasegurado; y iii) que se los notifique, dentro de un plazo establecido, en caso de que la póliza sea terminada o modificada. Informe trimestral (Form 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 de enero de 2007), Majesco Entertainment Company.

²⁸⁹ Informe anual de THQ, 2011

²⁹⁰ Informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.1 (30 de abril de 2010), Electronic Arts Inc.; informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.5 (10 de noviembre de 2009), Electronic Arts Inc.; informe trimestral (Form 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 de enero de 2007), Majesco Entertainment Company.

²⁹¹ Informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.1 (30 de abril de 2010), Electronic Arts Inc.

²⁹² Informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.1 (30 de abril de 2010), Electronic Arts Inc.; informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.5 (10 de noviembre de 2009), Electronic Arts Inc.

²⁹³ Véase el Capítulo 10.3.2 respecto de las excepciones comunes en acuerdos de confidencialidad.

²⁹⁴ Informe anual de Electronic Arts Inc., 2012. Algunos incumplimientos no pueden enmendarse y, por lo tanto, el contrato puede terminarse en forma inmediata. Informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.1 (30 de abril de 2010), Electronic Arts Inc.; informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.5 (10 de noviembre de 2009), Electronic Arts Inc., Quarterly Report; informe trimestral (Form 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 de enero de 2007), Majesco Entertainment Company.

²⁹⁵ Id.

²⁹⁶ Véanse varias presentaciones de informes trimestrales 10Q para otros actos que puedan implicar un incumplimiento sustancial. Informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.1 (30 de abril de 2010), Electronic Arts Inc.; informe trimestral (Form 10-Q/a), Ex 10.5 (10 de noviembre de 2009), Electronic Arts Inc.

²⁹⁷ Véase también el Capítulo 10.3.4 respecto del análisis sobre la protección cautelar.

²⁹⁸ Reporte anual de THQ, 2011.

²⁹⁹ Id.

³⁰⁰ Véanse el Capítulo 1 respecto de los ingresos por distribución digital y el Capítulo 6 respecto de la distribución digital en consolas. Varios distribuidores han creado sus propias plataformas para entregar contenido digital. El mercado está dominado por Steam, del lado de PC, que controla aproximadamente un 70% del mercado de videojuegos descargables de PC, y tiene una base de usuarios de más de 50 millones de cuentas activas. www.giantbomb.com/steam/3015-718/ <http://store.steampowered.com/>



com/news/?feed=steam_press. Otros distribuidores de PC incluyen, pero no se limitan a Origin, de EA, Amazon Digital Services, GamersGate, Good Old Games, GameTap, e Impulse, controlado por Gamestop (el vendedor minorista de *hardware* y *software* para videojuegos más grande del mundo). Además, cada una de las principales consolas tiene su propia plataforma digital, que vende productos exclusivamente relacionados con su plataforma de *hardware*. Véanse también http://indiegamebundle.wikia.com/wiki/Humble_Bundle; http://en.wikipedia.org/wiki/Humble_Bundle para información sobre un modelo alternativo de negocios llamado “paga por lo que quieras”, creado por Humble Bundle, y que involucra la distribución digital de videojuegos vendidos en conjunto de una o varias empresas (múltiples juegos se venden por un único precio) por un plazo corto de habitualmente una o dos semanas en el que el comprador fija el precio. Además, bajo el modelo Humble Bundle, el comprador determina cómo debe ser distribuido el precio entre asociaciones benéficas, desarrolladores de videojuegos o Humble Bundle, o una combinación de todas ellas. www.humblebundle.com

- ³⁰¹ Los desarrolladores independientes, generalmente, desarrollan videojuegos sin financiación de editores o de primeras partes, tales como Sony y Microsoft.
- ³⁰² Además de venderlos, los desarrolladores y editores pueden poner videojuegos a disposición como “gratis para jugar”. En este modelo, el usuario final puede jugar el videojuego en forma gratuita y luego pagar por elementos para ampliar su experiencia de juego, y/o comprar servicios que aceleren la velocidad de juego, que de otro modo demoraría horas en completarse.
- ³⁰³ El contenido descargable habitualmente se refiere a contenido en línea y características únicas de un videojuego que pueden ser compradas, descargadas o accedidas independientemente o a través de compras dentro del videojuego. El contenido en línea y las características pueden incluir elementos virtuales, nuevos escenarios de juego o niveles y funcionalidades adicionales para ampliar la experiencia del usuario. Por lo general, para acceder a contenido descargable debe comprarse primero la versión completa del videojuego.
- ³⁰⁴ Los videojuegos y otros contenidos pueden ser descargados o transmitidos. La descarga involucra transferir desde un servidor remoto un archivo que, luego, es almacenado en el disco duro del usuario local (es decir, en su computadora), a diferencia de la transmisión, que es el envío de información (es decir, el videojuego) a un dispositivo, según se requiera, en vez de descargar y guardar el videojuego completo. Una ventaja de la transmisión es que el videojuego puede ser retomado en otro dispositivo y continuado desde el lugar en que el jugador lo dejó. www.pcmag.com/encyclopedia/term/64601/streaming-video-games. A diferencia de la descarga de archivos, que quedan en la computadora hasta que el usuario los elimina, el contenido transmitido es eliminado automáticamente de la computadora por el sistema operativo después de que es jugado o visto. www.pcmag.com/encyclopedia/term/52131/streaming. Algunos videojuegos contendrán elementos que son tanto descargados como transmitidos.
- ³⁰⁵ A los fines de este capítulo, “desarrolladores” incluirá también a los “editores”, salvo que se indique lo contrario. No obstante, cabe destacar que los editores y desarrolladores pueden tener diferentes relaciones y distintos niveles de éxito negoclando con distribuidores, debido al diferente poder de negociación de cada uno. Los editores establecidos pueden tener una mayor ventaja negociando con distribuidores, porque pueden tener una propiedad intelectual más fuerte y un catálogo más amplio al que los distribuidores quieran acceder. En consecuencia, los editores pueden negociar términos más favorables, incluyendo compromisos de marketing y posicionamiento de los distribuidores.
- ³⁰⁶ Con los años, el espacio asignado para los videojuegos de PC en los comercios se ha reducido considerablemente, o en ciertas regiones ha sido completamente eliminado, y representa una fracción extremadamente menor de la venta total de videojuegos al

por menor. Con el espacio limitado, los comercios se concentran en vender los 10 o 20 videojuegos principales, mientras que los distribuidores digitales ofrecen una selección mucho más amplia. Dependiendo del distribuidor, la oferta videojuegos puede ser de cientos o miles.

- ³⁰⁷ La distribución digital permite que el producto tenga un ciclo de vida más largo, mediante espacio en estanterías virtuales y, en última instancia, puede generar ingresos incrementales para videojuegos más viejos (es decir, títulos de catálogo); pero el desarrollador debe asegurarse de que todo el contenido -incluyendo la música- tiene su licencia vigente. En caso contrario, el desarrollador deberá acordar una nueva licencia para el contenido, lo que podría generar una pérdida de tiempo y dinero, asumiendo que fuera posible.
- ³⁰⁸ Una nueva cuestión con relación al espacio, que se conoce como "detectabilidad" se ha convertido en uno de los mayores problemas para algunos desarrolladores, en ciertas plataformas digitales de PC. Los distribuidores sólo pueden promover un número limitado de videojuegos en sus carteles publicitarios en línea (banners) y en las páginas iniciales de sus tiendas, que constituyen quizás la impresión más importante para los consumidores. Este espacio se ha convertido en el equivalente a un posicionamiento destacado dentro de un comercio (es decir, puntera de góndola y vidriera). En consecuencia, resulta crítico que el desarrollador procure negociar algún tipo de acuerdo con el distribuidor para destacar su videojuego.
- ³⁰⁹ Los distribuidores han adoptado diferentes políticas respecto de la revisión y ubicación de videojuegos independientes en su plataforma de distribución, aunque cuantos más videojuegos recibe, mayor es el desafío para el distribuidor. Valve introdujo Steam Greenlight para el envío de videojuegos por parte de desarrolladores independientes y algunos de los editores más pequeños. Este procedimiento permite a los consumidores votar por los videojuegos que consideran que Valve debería distribuir vía Steam. Dado el aumento en el envío de videojuegos, el procedimiento Steam Greenlight es la forma en que Valve canaliza el contenido, alejando a los consumidores a que voten por los videojuegos que querrían ver en Steam, aunque Valve tenga la autoridad de la aprobación final. Véase <http://steamcommunity.com/workshop/about/?appid=765§ion=faq>; [http://en.wikipedia.org/wiki/Steam_\(software\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Steam_(software)). También hay distribuidores que pueden poner menos obstáculos para la aprobación, permitir una mejor presentación y ofrecer mejores condiciones financieras y contractuales, aunque es probable que tengan una base de consumidores más pequeña.
www.forbes.com/sites/danielnyegriffiths/2013/08/28/greenlight-go-steams-greenlight-green-lights-100-games/
- ³¹⁰ Dado que durante el plazo de vigencia pueden añadirse nuevos videojuegos, el distribuidor y el editor -y quizás incluso un desarrollador individual, dependiendo de cuántos videojuegos pueda lanzar durante el plazo- muchas veces celebrarán un acuerdo modelo que contendrá términos estándar, que serán complementados con un anexo que puede ser identificado como apéndice, declaración complementaria o documento ("anexo"), en el que se resaltarán los puntos comerciales específicos para cada videojuego que se añada al contrato. El anexo listará en primer término el nombre del/los videojuego/s que se añada/n al contrato, los porcentajes de participación en los ingresos, los territorios específicos, las fechas de entrega y lanzamiento, las obligaciones de marketing, el precio sugerido al público por moneda y los gastos recuperables, si hubiera. Al añadir un anexo, las partes no tienen que redactar un nuevo contrato cada vez que se licencian videojuegos adicionales al distribuidor.
- ³¹¹ Los distribuidores pueden requerir el derecho de modificar los videojuegos para habilitar la descarga a través de su servicio. Por ejemplo, el distribuidor puede tener que empaquetar un videojuego con su administrador de descargas y/o su solución de Gestiones de Derechos Digitales (DRM).



³¹² SDK es la abreviatura de kit de desarrollo de *software*, que es un set de herramientas de desarrollos de *software* que permite la creación de aplicaciones para un cierto paquete de *software*, plataforma de *hardware*, entorno de *software*, sistema informático, consola de videojuegos, sistema operativo o plataforma de desarrollo similar. http://en.wikipedia.org/wiki/Software_development_kit. Por ejemplo, el SDK de Steam, conocido como Steamworks, puede incluir DRM, servicios de vinculación y auto parcheo. Véase <https://partner.steamgames.com/documentation/>

³¹³ Por lo general, la versión final será una última versión del videojuego y puede incluir DRM (Gestiones de Derechos Digitales), que encripta el videojuego para minimizar el riesgo de copias ilegítimas. No se requiere la entrega de versiones finales diferentes para distintos países, salvo que debido a las clasificaciones y lenguaje se requieran versiones localizadas (por ejemplo, una versión en francés para Quebec).

³¹⁴ Generalmente el distribuidor querrá recibir el código objeto del videojuego entre dos a cuatro semanas antes de la fecha de lanzamiento de la versión de venta en tiendas, a fin de tener suficiente tiempo para el embarque a través de su servicio. El "embarque" del videojuego es su preparación para ser descargado digitalmente desde el sitio del distribuidor.

³¹⁵ El desarrollador determinará la fecha de lanzamiento del videojuego, que puede variar para diferentes países. Más aun, el distribuidor habitualmente tendrá prohibido lanzar un videojuego antes de su lanzamiento en tiendas, si fuera aplicable.

³¹⁶ Véase el Capítulo 7.2.5.

³¹⁷ Habitualmente, las empresas proveerán como mínimo 12 meses de soporte para usuarios finales.

³¹⁸ El plazo del contrato debería comenzar con su firma, para permitir al distribuidor preparar materiales tales como elementos de marketing y comunicados de prensa.

³¹⁹ Algunos contratos pueden requerir que una parte notifique a la otra, dentro de un plazo, para permitir extensiones adicionales del plazo. La falta de tal notificación implicará la terminación.

³²⁰ Véase el Capítulo 11.1.10.

³²¹ Véase el Capítulo 7.2.8.

³²² El desarrollador también querrá tener derecho a terminar el contrato respecto del videojuego en cuestión, específicamente si una licencia subyacente para ese videojuego termina o si, a criterio del desarrollador, podría potencialmente transformarse en objeto de litigio y, por lo tanto, removerlo minimizaría posibles daños por reclamos pendientes o posibles, o por procedimientos que involucren potenciales infracciones.

³²³ Un editor puede tener un catálogo más amplio, incluyendo franquicias, que el distribuidor podría querer licenciar para su plataforma.

³²⁴ En un reclamo iniciado contra THQ, en el Tribunal de Quiebras, se reveló que Sega recibió una participación de ingresos de 70-30% de Valve. www.escapistmagazine.com/news/view/125846-Sega-Sues-Bankrupt-THQ-Claiming-941-000. El sitio de Impulse, de GameStop indica que la participación en los ingresos es de 70-30%. <https://developer.impulsedriven.com/>. Véase también www.pcgamer.com/2013/05/02/steam-and-gog-take-30-revenue-cut-suggests-fez-creatorphil-fish/

³²⁵ En algunos casos, aunque más raros en estos días, el distribuidor puede elegir pagar un adelanto al desarrollador por los derechos de distribución de un videojuego. El adelanto se aplicará por lo general a futuras regalías que correspondan al desarrollador,

quien estará habilitado a cobrar regalías adicionales solo después de que el distribuidor haya recuperado el monto del adelanto. En un momento, los distribuidores estaban pagando adelantos recuperables bajo ciertas condiciones, como un modo de competir por el contenido contra otros distribuidores, y para hacer crecer su plataforma en el mercado. A medida que ingresen nuevos distribuidores al mercado, existe la posibilidad de que alguno de ellos ofrezca algún tipo de adelanto. Además, si un distribuidor paga un adelanto o contempla alguna garantía mínima, ello puede afectar otros términos financieros del contrato, tales como la distribución de los ingresos y el plazo. Por ejemplo, el plazo podría ser más extenso y el distribuidor podría procurar una mayor participación en los ingresos.

³²⁶ Respecto de las obligaciones fiscales basadas en los ingresos por ventas, las partes generalmente acuerdan que todos los montos pagables son exclusivamente para las ventas, uso, valor agregado y otros impuestos y aranceles. El distribuidor generalmente será también responsable de pagar todos los impuestos y aranceles determinados que involucren al contrato, excepto por los impuestos a pagar sobre los ingresos netos que reciba el desarrollador por el acuerdo. Esto también debería ser incorporado a las declaraciones y garantías, para que el distribuidor -y no el desarrollador- sea responsable de pagar los impuestos aplicables en los diversos países dentro del territorio. No obstante, el distribuidor, tal como ocurre con los acuerdos de distribución de películas, procurará tener derecho a retener cualquier monto que pueda deber, y que sea requerido por cualquier ley u orden gubernamental siempre que: i) el distribuidor intente minimizar el monto que deba ser retenido; ii) prosiga cualquier crédito fiscal para el desarrollador; y iii) provea los documentos necesarios al desarrollador para que éste pueda reclamar cualquier crédito fiscal que resulte aplicable.

³²⁷ Véase Sean Kane, "Technology Remains the Driver of Evolution of Interactive Entertainment: Gaming Beyond the Consoles and Applications That Are Much More Than Games," *Technology And Entertainment Convergence 2010: Hot Business And Legal Issues In "Technotainment"*, 20 de noviembre de 2010, en 873-891. Véase también el Capítulo 2.2.8.

³²⁸ Las partes deberán acordar: i) en qué moneda se pagará al desarrollador; ii) cuál será la tasa de cambio aplicable; iii) cuándo será calculada la moneda; y iv) quién paga por la conversión de la moneda. Habitualmente, el distribuidor asumirá los costos para convertir la moneda y por cualquier diferencia de cambio de la moneda luego de la fecha en la que el distribuidor debía pagar al desarrollador.

³²⁹ El derecho de resolver el contrato, que puede tener consecuencias significativas, solo debe ser desencadenado por un incumplimiento sustancial del contrato, comparado con cualquier incumplimiento. Además, el desarrollador también querrá añadir alguna provisión según la cual, ante ciertos incumplimientos sustanciales, pueda requerir una medida judicial para evitar que se siga generando el incumplimiento, como podría ser la venta de un videojuego fuera del plazo o del territorio.

³³⁰ En caso de que se hubieran pagado adelantos, esto sería un problema, dado que el distribuidor podría no haber recibido el valor de su negociación, si un juego es eliminado antes del vencimiento del plazo.

³³¹ En esta sección se confirma, para ambas partes, que los derechos y remedios previstos en el contrato son acumulativos, y que no son exclusivos respecto de otros derechos o remedios que estén disponibles por ley o equidad, o en virtud de otros contratos que las partes hubieran celebrado.

³³² Un desarrollador querrá incluir que sus productos son provistos "como están", excluyendo así cualquier declaración y garantía excepto las que se prevean expresamente en el contrato (que incluyen que cualquier producto u otro material funcionará sin errores, o serán compatibles con los sistemas del distribuidor). Al mismo



tiempo, el distribuidor insistirá en excluir garantías respecto de que el sistema de distribución funcionará como se pretende, libre de errores y que su uso con los productos será ininterrumpido.

³³³ Tanto el distribuidor como el desarrollador pueden tener su propio Contrato de Licencia para Usuario Final (EULA, por sus siglas en inglés). El EULA establece las condiciones y restricciones para el usuario final (es decir, el consumidor) para jugar el videojuego. Además, el EULA incluirá términos relativos a: i) la titularidad y otros aspectos de los derechos; ii) el uso aceptable para los usuarios finales, incluyendo el juego en línea y las sesiones de chat; iii) causas de terminación; iv) limitación de daños; v) privacidad; vi) el procedimiento para actualizar el EULA por parte del desarrollador; vii) indemnización; y viii) forma de solucionar las controversias. Si el usuario final no acepta los términos del EULA, entonces no puede jugar el videojuego y debe devolverlo y obtener un reembolso. Además, el distribuidor también establecer sus propios lineamientos que los usuarios finales deberán cumplir antes de usar el sistema.

³³⁴ Véase el Capítulo 9.6.

³³⁵ En un momento, los teléfonos celulares tradicionales eran la principal fuente de ingresos para la industria móvil, y aunque esos ingresos han disminuido, siguen siendo populares en ciertas partes del mundo incluyendo India, América Latina, África y el Medio Oriente. Los teléfonos celulares tradicionales, que usan primordialmente sistemas operativos Java y Brew, se caracterizan por tener pantallas más pequeñas, menos variación de colores, y un poder de procesamiento que limita la complejidad de los videojuegos. Los teléfonos inteligentes siguen creciendo en popularidad desde que fueron introducidos por Apple con el iPhone en 2007, y de acuerdo con un informe de Gartner, ya constituyen el 51,8% de las ventas móviles en el segundo trimestre de 2013, superando a los teléfonos tradicionales por primera vez. www.gartner.com/newsroom/id/2573415

³³⁶ Un estudio liderado por la firma de investigación Magid Associates reveló que el 69% de los dueños de tabletas, juega videojuegos regularmente y que cada dueño se descargó un promedio de 25 videojuegos en el año pasado (2012). <http://www.gamesindustry.biz/articles/2013-07-10-in-game-purchases-on-tablets-nearly-tripling-sales-on-smartphones>

³³⁷ Los números de los ingresos generados por videojuegos móviles varían, pero de acuerdo con el App Annie Index, durante el segundo trimestre de 2013 la categoría videojuegos dominó la participación en ingresos en las tiendas de iOS y Google Play. Los videojuegos en las aplicaciones de Google Play e iOS contabilizaron más del 80% y 75% de los ingresos, respectivamente. http://blog.appannie.com/app-annie-index-market-q2-2013/?utm_campaign=weekly-digest&utm_source=hs_email&utm_medium=email&utm_content=9829145&hsenc=p2ANqtz-9evugPNhAao1tSB7UnMNstMa2XP7QxT6mtCOimCLIVRa1yCt8t7oanqDdeTidvhhzDRgP6LdFLuta0DSbn0pqVvNNop6yPoO00cLn-HyBuySqvAM&hsmi=9829145. El informe anual de Capcom en 2012 indicó que los ingresos móviles se incrementaron de US\$8,6 mil millones (el año anterior) a US\$12,3 mil millones este año (un incremento del 43%). Además, el informe indicó que se prevé que el mercado de los teléfonos inteligentes crezca a 950 millones de unidades (incremento del 32,7% respecto del año anterior), y que los ingresos por tabletas podrían exceder los del mercado de videojuegos hogareños. Informe anual de Capcom, 2012. Lo que hace que estos números sean incluso más extraordinarios, es el hecho de que las aplicaciones que se venden en estos dispositivos cuestan una fracción de lo que cuestan los videojuegos en otras plataformas. Véase www.nytimes.com/2013/10/22/business/international/asia-where-mobile-games-flowered-extends-its-reach.html?_r=1&

³³⁸ Véase <http://blog.flurry.com/bid/91911/Electric-Technology-Apps-and-The-New-Global-Village>

- ³³⁹ Los costos desarrollo para aplicaciones puede variar considerablemente en función de los recursos y el tiempo asignados para el desarrollo, como así también las complejidades de cada aplicación. Generalmente, los costos de desarrollo para aplicaciones promedian algunos cientos de miles de dólares, aunque ese número está distorsionado hacia abajo, porque hay muchísimos videojuegos desarrollados por unos US\$30.000 o menos. Sin embargo, los juegos de alto nivel están promediando más de un millón de dólares. Se espera que los costos se incrementen con las mejoras en tecnología, que permitirán a los desarrolladores expandir características y crear ilustraciones más elaboradas, conjuntamente con el rápido crecimiento de los costos de marketing, a medida que el ecosistema de los videojuegos móviles se vuelve más poblado.
- ³⁴⁰ Los consumidores que no necesariamente quieren gastar cientos de dólares en un sistema de consolas y videojuegos, ahora pueden jugar con aplicaciones muy elaboradas en un teléfono. Actualmente, los teléfonos inteligentes tienen más poder que la consola PlayStation original. *"All the World's Game," The Economist*, 10 de diciembre de 2011, p. 4.
- ³⁴¹ En la actualidad, hay más de 160.000 videojuegos activos en la tienda de aplicaciones de Apple, en Estados Unidos solamente, según un informe de 148Apps. biz. Véase <http://148apps.biz/app-store-metrics/?mpage=appcount>. Se estima que solo en la tienda de Apple las aplicaciones han sido descargadas más de 60 mil millones de veces. <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.engadget.com%2F2013%2F10%2F22%2Fapple-ios-7-downloaded-over-200-million-times-in-5-days%2F&ei=Cw98UoPKDcmsiQLcuYCQBw&usg=AFQjCNGFU0817MnC2BDSwt2DTji-Yh4TY9Q&sig2=w8ICUFN77T3LENDtq2qJ-Q&bvm=bv.56146854,d.cGE>
- ³⁴² Solo algunas de las nuevas características de los videojuegos móviles se supone que incluyan la conexión de dispositivos móviles a televisores inteligentes, la introducción del ordenador portátil (por ejemplo, Google Glass) y la integración con otras tecnologías, desde consolas de videojuegos hasta electrodomésticos. Además, las redes sociales probablemente asuman una función preponderante en cómo los consumidores juegan videojuegos.
- ³⁴³ Una aplicación desarrollada para un fabricante de dispositivos móviles no significa que funcionará en otros dispositivos móviles. Apple usa el sistema operativo iOS y otros fabricantes, como Samsung, Google, Nokia, Amazon y Barnes & Noble, usan Android. Los siguientes sistemas operativos populares, aunque el porcentaje de quienes usan esos sistemas operativos es menor al 5% al momento de escribir esta publicación, incluyen el Windows Phone, de Microsoft y el Blackberry (antes conocida como Research In Motion), el desarrollador de los teléfonos Blackberry. La participación en el mercado de Blackberry y Windows Phone es de aproximadamente dos o tres por ciento cada uno. www.gamesindustry.biz/articles/2013-08-09-mobile-game-market-growth-opportunity
Cada Sistema operativo tiene sus propias ventajas y desventajas, aunque éstas pueden cambiar en el futuro. Para el iOS, las ventajas incluyen: i) el lenguaje de codificación unificado hace más rápido cualquier desarrollo; ii) tremenda exposición si la aplicación es presentada en el frente de la tienda de Apple; y iii) menos dispositivos para desarrollar, dado que el desarrollador debe enfocarse en menos de diez dispositivos, mientras que con Android hay cerca de 1.200 dispositivos con una amplia gama de tamaños de pantalla, procesadores, y diferentes versiones de Android. Lo que hace que sea un desafío definir para qué dispositivos desarrollar. <http://www.theguardian.com/technology/aplicacionesblog/2013/aug/15/android-v-ios-aplicaciones-aplicación-google>. Las desventajas incluyen: i) demasiadas aplicaciones que hacen difícil distinguir unas de otras, salvo que esté destacada; y ii) solo se pueden desarrollar aplicaciones si el desarrollador está usando una Mac. Las ventajas de desarrollar para el sistema operativo Android incluyen: i) quizás más visibilidad debido a la menor cantidad de aplicaciones (aunque esto está cambiando rápidamente, a medida que Android se



convierte en una plataforma tan popular como Apple iOS); y ii) la inexistencia de pruebas (QA, control de calidad) de la aplicación enviada a Google Play, por lo que cualquier aplicación puede ser lanzada rápidamente en la tienda. Las desventajas incluyen: i) falta de soporte para el sistema operativo; y ii) piratería. Muchos videojuegos son pirateados fácilmente y en la práctica hay muy poca asistencia de las plataformas.

³⁴⁴ Véase el Capítulo 9.

³⁴⁵ Informe anual de Electronic Arts Inc., 2012.

³⁴⁶ A los fines de este capítulo, las tiendas/mercados de aplicaciones también serán consideradas como distribuidores. Para algún contrato de distribución modelo con mercados de aplicaciones, véanse <http://play.google.com/about/developer-distribution-agreement.html> y <https://developer.amazon.com/help/da.html>

³⁴⁷ Antes del lanzamiento de una aplicación, los desarrolladores deben cumplir con ciertos lineamientos establecidos por el distribuidor y que suelen comprender una revisión de calidad de la aplicación, y confirmación de la clasificación del contenido y procedimientos (es decir, ciertos procedimientos son necesarios para los pagos de los usuarios). Actualmente, si el desarrollador ha firmado un contrato de distribución que involucra a Google Play, no hay procedimiento de aprobación para la aplicación enviada, y la misma puede estar disponible para su descarga casi inmediatamente. Sin embargo, el desarrollador necesita probar la aplicación, dado que si es deficiente y tiene muchos problemas, generalmente resultará en una falta de ventas y publicidad negativa para el desarrollador. Más aún, todas las tiendas de aplicaciones tienen un procedimiento de remoción si una aplicación viola los lineamientos de exposición, que suelen incluir restricciones tales como el uso incorrecto de la clasificación, contenido ofensivo (es decir, pornografía), promoción del juego, o problemas de PI (es decir, uso ilegal de contenido). Véanse los siguientes hiperenlaces para diferentes lineamientos requeridos para la exposición de aplicaciones: <http://developer.android.com/distribute/googleplay/publish/preparing.html>; <http://developer.samsung.com/distribute/certification-guide/certification-policy;jsessionid=YpvLRp3GWIKfFyBKg1gV1XvNgfwQ5GK9MvPp8Ng6Y7gXZGtwdkC!-1018311749>; <https://nookdeveloper.zendesk.com/entries/22345027-nook-app-submission-guide>; <https://developer.amazon.com/help/faq.html#AppDetails>

³⁴⁸ Los distribuidores licenciarán *software* sobre una base no exclusiva y no transferible que les permitirá incorporar diversas características en su aplicación.

³⁴⁹ En un contrato de ingresos típico el distribuidor toma el 30% de los ingresos brutos y el saldo queda para el desarrollador. Es importante tener en cuenta que esta deducción solo aplica si el videojuego realmente genera ingresos: esto ha sido reconocido por los desarrolladores como uno de los principales beneficios de los videojuegos móviles, que no tienen costos de distribución salvo que realmente se generen ventas. Véase <https://developer.amazon.com/help/da.html>

³⁵⁰ Los derechos de remover o bajar el videojuego permiten al desarrollador remover la aplicación de la tienda, siempre que cumpla con ciertos requerimientos como reembolsar obligaciones a los consumidores, otorgar soporte y cumplir con la entrega de los productos comprados previamente, entre otros. <http://play.google.com/about/developer-distribution-agreement.html>. Los distribuidores también tienen derecho de bajar las aplicaciones que violan sus lineamientos.

³⁵¹ Los distribuidores imponen una serie de restricciones a la recolección de datos del usuario o del dispositivo. Los desarrolladores deben cumplir con todas las leyes y regulaciones aplicables a la privacidad y a la recolección de datos en los territorios en los que se distribuya la aplicación, y como mínimo deben obtener el consentimiento del usuario con relación a la recolección, uso y almacenamiento de datos personales.

Véanse <https://developer.amazon.com/help/da.html>; http://seattleclouds.com/ticketfiles/8665/ios_program_standard_agreement_20120912.pdf

³⁵² Véase el Capítulo 9.6.5.

³⁵³ Algunos distribuidores pueden requerir que un desarrollador contrate ciertos seguros e incorpore al distribuidor como coasegurado. Véase el Capítulo 2.2.15, que analiza los seguros entre el desarrollador y el editor; cuestiones similares podrían darse entre el distribuidor y el desarrollador.

³⁵⁴ Algunos contratos de distribución indican expresamente que la información enviada por el desarrollador no se considerará confidencial, incluyendo información sobre una aplicación enviada. Véase http://seattleclouds.com/ticketfiles/8665/ios_program_standard_agreement_20120912.pdf

³⁵⁵ Véase el Capítulo 11.

³⁵⁶ Si un distribuidor y desarrollador y/o editor celebran un contrato de desarrollo subsiguiente, deben confirmar qué contrato, el de distribución o el de desarrollo, prevalecerá en caso de inconsistencias entre ambos documentos.

³⁵⁷ En casos excepcionales, puede ocurrir que la plataforma de distribución se involucre en financiar la aplicación, o pague un adelanto para asegurarse los derechos de distribución exclusiva. En tal caso, el desarrollador debe asegurarse de que la cancelación de un dispositivo implique algún tipo de compensación, no sólo por el trabajo realizado, sino también un monto por el trabajo agendado a futuro, como si se tratara de la terminación sin causa mencionada en el Capítulo 2. Además, las partes deben considerar las demoras en el lanzamiento del dispositivo y cómo afectan el cronograma de hitos (es decir, pagos, fechas de entrega). Aunque el financiamiento de aplicaciones por parte de la plataforma de distribución es extremadamente raro en la actualidad, puede convertirse en una tendencia en el futuro si/cuando la competencia por el contenido se vuelva más intensa. Por ejemplo, al momento de escribir esta publicación, la empresa finlandesa Supercell ha logrado un considerable éxito con sus videojuegos móviles Clash of Clans y Hay Day (que se dice en muchos lugares que han generado millones en ingresos por día), ambos disponibles solo para iOS y, por lo tanto, de facto exclusivos de Apple. Véase <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052702303376904579136873973130670>. Dicho esto, la industria móvil no ha visto (aun) la práctica -común en la industria de consolas- de asegurarse los derechos de distribución exclusiva en forma permanente por parte de los principales desarrolladores de videojuegos.

³⁵⁸ Las vidrieras del distribuidor otorgan una visibilidad promocional crítica para la aplicación seleccionada y provista de una ubicación estratégica. Con tantas aplicaciones, puede ser difícil distinguir una que no necesariamente es una marca reconocida.

³⁵⁹ Ésta es una innovación relativamente reciente en la relación desarrollador-editor, pero que parece estar ganando impulso. El fundamento es que los desarrolladores móviles no sólo pueden, sino que quieren tener control sobre el desarrollo y la edición de sus videojuegos. Sin embargo, pocos desarrolladores tienen experiencia real en marketing, aun cuando en el superpoblado ecosistema de aplicaciones, la diferenciación resulta más importante para el éxito económico. De este modo, los desarrolladores pueden ganar mediante la efectiva tercerización del marketing de su aplicación en editores (aunque en la práctica quienes proveen los servicios de marketing son "editores", solo por convención y pueden tener poco en común con los editores de videojuegos tradicionales)

³⁶⁰ Una de las principales características respecto de una aplicación es que puede ser actualizada continuamente y, por lo tanto, expandir las posibilidades del juego y prolongar vida útil. Por ejemplo, a un videojuego de carreras se pueden añadir nuevos



automóviles y pistas de carrera. Las actualizaciones también serán importante si el desarrollador debe corregir errores en la aplicación.

- ³⁶¹ En acuerdos que solo involucran distribución, el desarrollador será el titular del derecho de autor del videojuego, pero en casos en los que una de las partes pague total o parcialmente los costos del desarrollo, la titularidad del derecho de autor deberá ser negociada. Es muy probable que el resultado dependa de qué parte creó la propiedad intelectual, incluyendo el código subyacente, y qué montos de dinero invirtió el editor. En general, cuando más dinero haya invertido el editor, es más posible que pretenda quedarse con la PI de la aplicación. En caso de que el desarrollador hubiera sido contratado por el editor para crear una aplicación, la PI habitualmente será del editor, con excepción del contenido que pudiera haber sido licenciado, o cualquier código subyacente creado por el desarrollador. La titularidad de la PI es crítica, dado que permitirá a la parte que la posea crear obras derivadas, incluyendo secuelas y el derecho de explotar las aplicaciones y el código fuente en otras plataformas. Si el editor no posee la PI probablemente quiera distribuir los productos que cree el desarrollador en el futuro y que estén basados en la aplicación original.
- ³⁶² Para los negocios de videojuegos que han operado en el mundo de las PC y consolas, esto no es diferente de lo que ya han experimentado: el vendedor al por menor deducirá su parte de los ingresos antes de entregar el saldo al editor, para ser compartido entre editor y desarrollador.
- ³⁶³ Quizás la preocupación más grande con relación a los modelos de monetización sea si hay suficientes personas realmente pagando para jugar. De acuerdo con la empresa de investigación de mercado Interpret, el jugador promedio de teléfonos inteligentes y tabletas gasta US\$0,92 por mes en videojuegos completos y sólo US\$0,79 por mes en elementos de videojuegos móviles. www.gamesindustry.biz/articles/2013-04-18-mobile-tablet-players-spend-just-92-cents-a-month-on-average. Pero en www.gamesindustry.biz/articles/2013-07-10-in-game-purchases-on-tablets-nearly-tripling-sales-on-smartphones, según Magid Associates, las compras de bienes virtuales dentro de videojuegos en tabletas llegaron a US\$914 millones, mientras que en teléfonos inteligentes generaron US\$341 millones.
- ³⁶⁴ La analítica se ha convertido en un campo en crecimiento en el ámbito móvil, incluyendo la recolección e interpretación de la conducta y hábitos de compra de los consumidores, a fin de ayudar a los desarrolladores a apuntar mejor a su audiencia, y comprender qué prácticas logran más éxito. Algunas de las áreas de estudio incluyen: i) cuántos consumidores están pagando y cuántos están jugando gratuitamente; ii) qué están comprando los consumidores; iii) cuánto tiempo juegan el videojuego los consumidores; iv) cuántos consumidores se han convertido en consumidores pagos; y v) cuál es el promedio gastado por un consumidor. Véase Will Luton, Free-to-Play: Making Money from Games You Give Away 107-132 (New Riders 2013). Además, es importante recordar que los hábitos de compra de consumidores pueden variar de un territorio a otro y, como consecuencia, lo que puede funcionar en un territorio podría no funcionar en otro.
- ³⁶⁵ Con el término “gratis” generalmente se hace referencia a aplicaciones que permiten al usuario final jugar el videojuego completo gratuitamente, con una opción de pago para, o bien comprar contenido adicional -como nuevos personajes o diferentes escenarios, para mejorar la experiencia de juego-, o acelerar el tiempo de juego, quizás comprando una pista o más potencia. De acuerdo con un informe de Newzoo, esta modalidad fue el modelo de negocio más rentable en 2012, representando más del 70% de los ingresos móviles de Apple en Estados Unidos, y alrededor del 68% en Europa. http://www.newzoo.com/wp-content/uploads/Newzoo_Mobile_Games_Trend_Report_Free.pdf
- ³⁶⁶ Con el término “demo desbloqueable” generalmente se hace referencia a un aplicación que provee la posibilidad de jugar limitadamente, salvo que el consumidor

pague por el contenido “desbloqueable”. Un consumidor puede terminar la demostración gratuitamente, pero debería pagar para jugar el videojuego completo, lo que habitualmente se denomina una venta de mejora.

³⁶⁷ Véase, por ejemplo www.ftc.gov/os/2012/12/121210mobilekidsappreport.pdf y www.ftc.gov/os/2013/02/130201mobileprivacyreport.pdf

³⁶⁸ Véase http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp202_en.pdf

³⁶⁹ Véase www.oaic.gov.au/privacy/privacy-engaging-with-you/previous-privacy-consultations/mobile-privacy-may-2013/mobile-privacy-a-better-practice-guide-for-mobile-app-developers-consultation-draft-april-2013

³⁷⁰ Véase www.priv.gc.ca/information/pub/gd_app_201210_e.asp

³⁷¹ Véanse los siguientes artículos respecto del problema de la clonación y las maneras en que pueden protegerse los desarrolladores: www.gamasutra.com/view/feature/187385/; http://www.gamesindustry.biz/articles/2012-05-31-how-to-protect-your-game-from-clones_on_cloning_issues; <http://articles.latimes.com/2011/apr/17/entertainment/la-ca-cloner-20110417>.

³⁷² Véanse los siguientes artículos respecto de la piratería: www.gamezebo.com/news/2013/09/23/new-survey-shows-piracy-and-discoverability-are-still-pressing-issues-game-developers-today; www.gamesindustry.biz/articles/2013-09-23-app-devs-facing-major-problems-with-piracy-profitability; www.joystiq.com/2013/08/24/indie-game-gentlemen-was-bought-144-times-pirated-over-50-000/

³⁷³ Véanse también www.economist.com/node/17309237 y http://en.wikipedia.org/wiki/Smartphone_wars

³⁷⁴ Por ejemplo, en 2012 la empresa de licenciamiento de patentes Uniloc demandó a diversas empresas, incluyendo a los editores de videojuegos Electronic Arts y Square Enix, como también a desarrolladores incluyendo a Halfbrick Studios y Mojang por infracción de patentes: www.pcworld.idg.com.au/article/431396/electronic_arts_other_game_developers_sued_patent_infringement

³⁷⁵ Una aplicación de videojuego móvil “basada en la temática de administrar un taller clandestino” fue removida por Apple: www.theguardian.com/commentisfree/2013/mar/22/sweatshop-game-apple-app-store

³⁷⁶ En 2013, por ejemplo, Apple forzó a bajar la aplicación de promoción *AppGratis*: <http://appgratis.com/blog/2013/04/09/appgratis-pulled-from-the-app-store-heres-the-full-story/>

³⁷⁷ Ver, por ejemplo, este artículo respecto de cómo Riot Games, creador del videojuego éxito *League of Legends*, aprovecha los datos de los consumidores <http://slashdot.org/topic/bi/for-riot-games-big-data-is-serious-business/>. La minería de datos es un tema tan candente que Rovio, creador de *Angry Birds*, incluso ha creado una política para el análisis y uso de datos en sus videojuegos, adicional a su política de privacidad: www.rovio.com/en/news/blog/235/analytics-and-data-usage-in-rovio-games y www.rovio.com/Privacy

³⁷⁸ Ver, por ejemplo, la Ley de derecho al secreto financiero 1978: www.ots.treas.gov/_files/422240.pdf

³⁷⁹ La Directiva de Protección de Datos se conoce oficialmente como Directiva 95/46/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, del 24 de octubre de 1995, sobre la protección de individuos con relación al procesamiento de sus datos personales y a



la libre transferencia de dichos datos: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML>

³⁸⁰ La Directiva de E-Privacidad se conoce oficialmente como la Directiva 2002/58/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de julio de 2002, relativa al procesamiento de datos personales y la protección de la privacidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva de privacidad y comunicaciones electrónicas): <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0058:en:NOT>

³⁸¹ Sony fue multado con £500,000 (aproximadamente US\$750,000) por el ente regulador de datos personales del Reino Unido por este incidente: www.bbc.co.uk/news/technology-23313535.

³⁸² Véase <http://ftc.gov/opa/2011/05/playdom.shtm>

³⁸³ Véanse www.oft.gov.uk/news-and-updates/press/2013/3313 y www.osborneclarke.co.uk/publications/sectors/digital-business/update/2013/federal-court-of-justice-bans-ads-for-purchase-of-virtual-items-in-free-to-play-online-game.aspx#.UicNRUvlyzA.twitter

³⁸⁴ Véase, por ejemplo, el informe de la Comisión Federal de Comercio, de octubre de 2012, respecto de aplicaciones móviles y niños: www.ftc.gov/os/2012/12/121210mobilekidsappreport.pdf

³⁸⁵ A los fines de este capítulo, la “parte remitente” comprenderá tanto al editor como al desarrollador.

³⁸⁶ Las juntas de clasificación no determinan si un videojuego es bueno o malo al tomar su decisión de clasificarlo, ni la clasificación indica el nivel de dificultad o habilidad necesaria.

³⁸⁷ Véase http://en.wikipedia.org/wiki/Video_game_content_rating_system para un cuadro con las diferentes clasificaciones por edades en diversos países. Muchas de las juntas de clasificación de videojuegos son cuerpos gubernamentales, que también pueden clasificar otro contenido de entretenimiento, como películas, emisiones televisivas y publicaciones.

³⁸⁸ PEGI fue conformado en 2003 y reemplazó, con un único sistema, una serie de sistemas nacionales de clasificación. Es usado por los siguientes países: Austria, Dinamarca, Hungría, Letonia, Noruega, Eslovenia, Bélgica, Estonia, Islandia, Lituania, Polonia, España, Bulgaria, Finlandia, Irlanda, Luxemburgo, Portugal, Suecia, Chipre, Francia, Israel, Malta, Rumania, Suiza, República Checa, Grecia, Italia, Holanda, República Eslovaca y Reino Unido. www.pegi.info/en/index/id/28/. Alemania no es miembro de PEGI y tiene su propia junta de clasificación, denominada Unterhaltungsssoftware SelbstKontrolle (USK). Dado el clima política del pasado, esta junta de clasificación es extremadamente restrictiva respecto de crímenes de odio, símbolos y sangre extrema; y advierte en su sitio que tiene las “reglas más estrictas del mundo en clasificación por edades”. Véase www.usk.de/en/classification-classification-procedure/. Dado lo estricto de las reglas USK, es muy común que los videojuegos sean lanzados más tarde en Alemania que en los demás mercados de videojuegos y/o con cambios significativos en los gráficos o en otros aspectos.

³⁸⁹ www.pegi.info/en/index/id/33/

³⁹⁰ Por ejemplo, en Japón aparece un ícono de contenido en la parte de atrás del paquete, indicando por qué el videojuego recibió una clasificación determinada por parte de la junta de clasificación japonesa (“CERO”). Los íconos se agrupan en nueve categorías, que incluyen: i) amor; ii) contenido sexual; iii) violencia; iv) terror; v) alcohol/tabaco; vi) apuestas; vii) crimen; viii) sustancias controladas (drogas); y ix) vocabulario. www.cero.gr.jp.

³⁹¹ www.pegi.info/en/index/id/33/

³⁹² www.esrb.org/ratings/ratings_guide.jsp. Mientras un videojuego (sea físico o digital en su eventual versión final) está atravesando el procedimiento de clasificación, es común que se haga referencia a la clasificación por edad en sus materiales promocionales (por ejemplo, en el adelanto del videojuego o en carteles). Esto es habitualmente una simple referencia de que está pendiente la clasificación bajo, por ejemplo, PEGI o ESRB (aunque, en ciertos casos, el videojuego puede tener una clasificación provisional que puede ser usada). Por ejemplo, la ESRB tiene una categoría de pendiente (clasificación pendiente, RP por sus siglas en inglés), que significa que un videojuego todavía no ha sido clasificado por ESRB. Esta categoría sólo aparece en la publicidad y materiales promocionales y de mercadeo, que involucran al videojuego que se espera tenga una clasificación ESRB. Dado que los materiales de mercadeo pueden ser lanzados antes de que el videojuego reciba una clasificación, el editor y/o desarrollador deberán etiquetar esos materiales con RP. Una vez que el videojuego reciba la clasificación, entonces se reemplazará el símbolo de RP por el correspondiente.

³⁹³ Id.

³⁹⁴ Los fabricantes de consolas requieren que los videojuegos sean clasificados antes de su lanzamiento. www.nytimes.com/2011/04/18/arts/video-games/video-games-rating-board-questionnaire.html?_r=0 Más aún, en caso de que un país no tenga un sistema de clasificación, algunos fabricantes de consolas tendrán derecho de rechazar un videojuego, si en su opinión puede contener elementos de excesiva violencia o contenido sexual, lenguaje inapropiado o elementos considerados inadecuados por el FC. Informe trimestral (Form 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 de enero de 2007), Majesco Entertainment Company.

³⁹⁵ Véase el Capítulo 9.6.5 respecto de los sistemas de clasificación de las tiendas de aplicaciones.

³⁹⁶ Por ejemplo, la clasificación de ESRB funciona en un modelo de industria autorregulada, mientras que PEGI es exigido en algunas partes de Europa como requerimiento legal (en Reino Unido, por ejemplo) y en otros países como de cumplimiento voluntario (por ejemplo, Rusia). Véase más en www.esrb.org/about/news/downloads/ESRB_Fact_Sheet.pdf

³⁹⁷ En algunos países, en los que no se exige enviar un videojuego para su clasificación, las realidades de negocio y obligaciones contractuales requieren que el juego sea enviado a organizaciones civiles reconocidas por la industria. De otro modo, los remitentes enfrentan la posibilidad de que los comercios no vendan sus videojuegos sin clasificar. Heather Maxwell Chandler, *The Game Production Handbook*, 275 (Jones & Bartlett Learning 3rd ed. 2013). Véase también www.pegi.info/en/index/id/26/. Además, los titulares de propiedad intelectual que licencian derechos para sus videojuegos a los remitentes, habitualmente requieren que el videojuego sea clasificado, y en la mayoría de los casos reciben una clasificación particular. Un licenciante de propiedad para niños no querrá ser vinculado con una clasificación que pueda indicar que el contenido en el videojuego no es adecuado para niños en una categoría etaria determinada.

De acuerdo con el informe anual de PEGI de 2012, un grupo que comprende las juntas de clasificación de Europa, Estados Unidos, Australia, Brasil y otros países (actualmente denominado la Alianza Internacional de Clasificación de Contenido) está trabajando en crear un cuestionario que combine los distintos criterios de las juntas de clasificación para videojuegos móviles y en línea. www.isfe.eu/sites/isfe.eu/files/attachments/annual_report12_web.pdf

³⁹⁸ Si un desarrollador ha celebrado un contrato con un editor para la distribución de su videojuego, las partes deberán determinar cuál es de ellas enviará el videojuego a la junta de clasificación. Dependiendo de cuántas revisiones sean requeridas a las



diversas juntas de clasificación, las partes también deberán negociar quién asumirá los costos y si serán recuperados con los ingresos generados por la distribución del videojuego.

³⁹⁹ Por ejemplo, la Junta de Clasificación de Australia ("ACB") toma en consideración si los jugadores se ven involucrados en ciertos actos violentos, para determinar la clasificación de un videojuego. www.classification.gov.au

⁴⁰⁰ Véase www.grb.or.kr; Heather Maxwell Chandler, *The Game Production Handbook* 281 (Jones & Bartlett Learning 3rd ed. 2013).

⁴⁰¹ Véase <http://www.irvgame.com/Esla.aspx>

⁴⁰² En Estados Unidos, el videojuego *Saints Row IV* fue clasificado como Maduro. Sin embargo, en Australia, la ACB prohibió la venta del videojuego, basándose en la clasificación inicial con la que se envió el videojuego, citando violencia sexual e incentivos o premios para los usuarios por el uso de drogas ilícitas o prohibidas. Fue el primer videojuego en recibir una clasificación rechazada (RC) en Australia. www.theguardian.com/commentisfree/2013/jun/26/saints-row-4-censorship-australia. El *Mortal Kombat*, un videojuego extremadamente popular y violento, fue prohibido en Alemania en su primer lanzamiento mundial. <http://mogi-translations.com/games-age-rating/video-game-age-rating-germany/>

⁴⁰³ El formulario corto de ESRB requiere que el remitente conteste una cantidad de preguntas de opción múltiple que se refieren al contenido del videojuego, como así también a sus componentes interactivos. Los componentes interactivos incluyen información tal como la interacción de los usuarios finales con otros, el compartir la ubicación física del usuario con otros, o si la información personal será compartida con terceros. En caso de que alguna de estas características sea parte del videojuego, el remitente deberá incluir íconos específicos de ESRB para advertir a los usuarios finales sobre el uso de estos elementos interactivos. www.esrb.org/ratings/enforcement.jsp.

⁴⁰⁴ Dada la proliferación de videojuegos enviados a diversas plataformas, muchas juntas de clasificación no pueden revisar cada videojuego personalmente y, por lo tanto, algunas han adoptado diversos procedimientos de envío que dependen de la plataforma del videojuego, para ayudar a acelerar los tiempos. Véase el informe anual de Pan European Game Information, 2012. www.isfe.eu/sites/isfe.eu/files/attachments/annual_report12_web.pdf

⁴⁰⁵ Id. Además, los vendedores minotistas en algunos casos han removido previamente los videojuegos de las estanterías y han requerido que el editor acepte devoluciones. Informe anual de Activision Blizzard Inc., 2012.

⁴⁰⁶ www.esrb.org/ratings/ratings-guide.jsp

⁴⁰⁷ www.esrb.org/ratings/enforcement.jsp; <http://www.pegi.info/en/index/id/952>

⁴⁰⁸ <https://itunes.apple.com/WebObjects/MZStore.woa/wa/appRatings>

⁴⁰⁹ <https://support.google.com/googleplay/android-developer/answer/188189?hl=en>. Para otros ejemplos de diferentes sistemas de clasificación establecidos por las tiendas, ver: <http://msdn.microsoft.com/en-us/library/windows/apps/hh452763.aspx>

⁴¹⁰ Por ejemplo, en 2011 la ESRB anunció una asociación con la CTIA de Estados Unidos y con seis empresas de telecomunicaciones, para tener un único procedimiento de clasificación de aplicaciones móviles: www.ctia.org/consumer_info/service/index.cfm/aid/12076

⁴¹¹ Cynthia Cannady, *Technology Licensing and Development Agreements 101* (Oxford University Press 2013).

⁴¹² <http://biography.yourdictionary.com/mary-pickford>

⁴¹³ Las ventas de videojuegos en noviembre y diciembre representan alrededor de un 40% de las ventas anuales. Véase <http://content.usatoday.com/communities/gamehunters/post/2012/01/video-game-sales-have-disappointing-december-and-annual-drop>

⁴¹⁴ En el arbitraje obligatorio, un tercero (puede ser uno o varios árbitros, dependiendo de lo que decidan las partes) soluciona la controversia, y por lo general sus decisiones son obligatorias para las partes y los recursos de apelación son limitados. Véase 9 USC #10. Sin embargo, algunas cuestiones, tales como una medida preliminar, no pueden ser decididas por arbitraje. Cynthia Cannady, *Technology Licensing and Development Agreements* 194-197 (Oxford University Press 2013).

⁴¹⁵ Una de las razones por las que el arbitraje puede ser una alternativa menos costosa, es que las partes acuerdan limitar la prueba y los interrogatorios, limitando de ese modo los honorarios legales, que suelen ser los gastos más importantes.

⁴¹⁶ Las partes pueden decidir que el arbitraje sea confidencial, sujeto a ciertos términos y condiciones.

⁴¹⁷ Usualmente esta limitación puede prever que la aprobación no será negada irrazonablemente. Sin embargo, esto puede generar problemas, dado que podría existir una controversia respecto de qué debe considerarse razonable. En consecuencia, las partes pueden listar personas respecto de las cuales el contrato no podrá cederse (por ejemplo, competidores de una de las partes del contrato).

⁴¹⁸ Melvin Simensky, Thomas D. Selz, Robert C. Lind, Barbara Burnett, Charles A. Palmer & F. Jay Dougherty, *Entertainment Law* 1529 (Lexis Nexis 3.a ed. 2004).