

## **I. ESTUDIOS**



# EL NETWORK PVR. UN NUEVO RETO PARA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Por Nerea SANJUÁN RODRÍGUEZ  
Abogado

*Fecha de recepción: 24.02.2016*  
*Fecha de aceptación: 11.03.2016*

**RESUMEN:** La jurisprudencia internacional ha puesto de manifiesto que la tecnología *cloud* y, en particular, los servicios de grabación audiovisual en la nube (el *network PVR*) plantean importantes retos legales en materia de propiedad intelectual. En primer lugar, surge la problemática relativa a si los actos de copia y difusión de contenidos llevados a cabo por los servicios de *network PVR* conllevan la realización de actos de explotación del derecho de reproducción y del derecho de comunicación pública, en la modalidad de puesta a disposición, de los correspondientes titulares de derechos. Si fuera así, y en lo relativo al derecho de reproducción, se plantea analizar si dichos actos pudieran ser subsumibles en alguna de las excepciones a los derechos de propiedad intelectual previstas en la normativa, en concreto, las excepciones de reproducciones provisionales y copia privada. El presente trabajo examina dicha jurisprudencia y, a partir de la misma, la normativa española, para intentar dar respuesta a estas cuestiones en el régimen jurídico español.

**PALABRAS CLAVE:** Computación en la nube, *network PVR*, derecho de reproducción, reproducciones provisionales, copia privada, uso privado, derecho de comunicación al público, puesta a disposición del público, público nuevo, licencias obligatorias, licencias colectivas ampliadas.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTOS. 1. COMPUTACIÓN EN LA NUBE (CLOUD COMPUTING). 1.1. Definición. 1.2. Características esenciales. 1.3. Modelos de servicios en la nube. 2. SERVICIOS DE GRABACIÓN DE CONTENIDO AUDIOVISUAL EN LA NUBE: EL NETWORK PVR. III. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. 1. ANTECEDENTE. CASO CABLEVISION (EEUU). 1.1. Objeto de la demanda: El RS-DVR de Cablevision. 1.2. Decisión judicial. (i) Derecho de reproducción. (ii) Derecho de comunicación pública. 2. JURISPRUDENCIA EUROPEA. 2.1 Francia: caso Wizzgo. (i) Objeto de la demanda. Funciona-

miento del servicio Wizzgo. (ii) Decisión judicial. 2.2. *Alemania: casos Save.tv y Shift.tv.* (i) Objeto de la demanda. Funcionamiento de los servicios Save.tv y Shift.tv. (ii) Decisiones judiciales. IV. EL NETWORK PVR EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA. 1. DERECHO DE REPRODUCCIÓN. 1.1. *Reproducciones provisionales.* (i) Copias provisionales, transitorias o accesorias. (ii) Sin significación económica independiente. 1.2. *Límite de copia privada.* (i) Copias realizadas por personas físicas y sin asistencia de terceros. (ii) Uso privado: no profesional ni empresarial, sin fines directa o indirectamente comerciales, ni uso colectivo o lucrativo. 2. DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA (PUESTA A DISPOSICIÓN DEL PÚBLICO). 2.1. *EEUU: caso Aero.* 2.2. *Jurisprudencia comunitaria.* 2.3. *Derecho español.* V. POSIBLES SOLUCIONES LEGALES AL DILEMA DEL NPVR. 1. LA PARADOJA: NPVR V. PVR TRADICIONAL. 2. SOLUCIONES ALTERNATIVAS. 1.1. *Soluciones «intermedias».* 1.2. *Caso finlandés.* 1.3. *Iniciativa británica.* 1.3. *Reforma de la Directiva 2001/29.* VI. CONCLUSIÓN.

**TITLE:** NETWORK PVR. A NEW CHALLENGE TO INTELLECTUAL PROPERTY

**ABSTRACT:** International case law has evidenced that cloud technology and, particularly, audiovisual cloud recording services (the *network PVR*), have brought substantial legal challenges with regards to intellectual property law. Firstly, legal problems arise with regards to determine if the acts of copying and distribution of content carried out through the network PVR services cause the exploitation of the rights of reproduction and public communication, in the form of making available, of the relevant right holders. If that were the case, and with regards to the right of reproduction, it is necessary to analyze whether such acts are subject to any of the exceptions to the intellectual property rights established by the applicable law, in particular, the exceptions of temporary reproduction and private copy. This study examines such case law and, from that analysis, the Spanish legislation, in order to address such issues under the Spanish legal regime.

**KEYWORDS:** Cloud computing, network PVR, right of reproduction, temporary reproductions, private copy, private use, right of public communication, making available to the public, new public, compulsory licenses, extended collective licenses.

CONTENT: I. INTRODUCTION. II. CONCEPTS. 1. CLOUD COMPUTING. 1.1. *Definition*. 1.2. *Main features*. 1.3. *Cloud service models*. 2. CLOUD RECORDING OF AUDIOVISUAL CONTENT SERVICES: NETWORK PVR. III. INTERNATIONAL CASE LAW. 1. PRECEDENT. CABLEVISION CASE (USA). 1.1. *Scope of the claim: Cablevision's RS-DVR*. 1.2. *Legal decision*. (i) Right of reproduction. (ii) Right of communication to the public. 2. EUROPEAN CASE LAW. 2.1. *France: Wizzgo case*. (i) Subject-matter of the case. Operation of the Wizzgo service. (ii) Legal decision. 2.2. *Germany: Save.tv and Shift.tv cases*. (i) Subject-matter of the case. Operation of Save.tv and Shift.tv services. (ii) Legal decisions. IV. THE NETWORK PVR IN THE SPANISH LEGISLATION. 1. RIGHT OF REPRODUCTION. 1.1. *Temporary acts of reproduction*. (i) Provisional, transient and accessorial copies. (ii) Without independent economic significance. 1.2. *Private copy limitation*. (i) Copies made by a natural person, without third party's assistance. (ii) Private use: neither corporate nor professional, without any direct or indirect commercial scope, and neither with collective nor lucrative use. 2. RIGHT OF PUBLIC COMMUNICATION (THE MAKING AVAILABLE RIGHT). 2.1. *USA: Aero case*. 2.2. *EU case law*. V. POSSIBLE LEGAL SOLUTIONS TO THE NPVR DILEMMA. 1. THE ETERNAL PARADOX: nPVR V. TRADITIONAL PVR. 2. ALTERNATIVE SOLUTIONS. 1.1. «*Intermediate solutions*». 1.2. *Finnish case*. 1.3. *British initiative*. 1.3. *Directive 2001/29 reform*. VI. CONCLUSION.

## I. INTRODUCCIÓN

Tras la revolución tecnológica y social que supuso la irrupción de Internet en nuestra sociedad, la cual pasó así a ser denominada «**sociedad de la información**», hay quienes entienden que **la tecnología cloud debe ser considerada el siguiente gran avance tecnológico**. Si Internet es la herramienta que permite transmitir todo tipo de información y contenidos de forma inmediata a numerosos receptores localizados en cualquier lugar del mundo, la tecnología *cloud* facilita además el almacenamiento y la disponibilidad de esa información y contenidos también desde cualquier lugar del mundo y en cualquier momento. Por tanto, el *cloud* es un elemento clave en el desarrollo de la sociedad de la información<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Daniel Gervais describe el *cloud* como una «infraestructura tecnológica global» a disposición de todo aquel que tenga acceso a Internet. Por tanto, Internet y el *cloud* están indisolublemente unidos, de modo que es esencial para el éxito del *cloud* el buen funcionamiento de Internet, es decir, que cada vez Internet funcione mejor y más deprisa. D. GERVAIS. *Licensing the Cloud*. Estudio presentado en el Congreso de ALAI 2012, celebrado en Kyoto, Japón.

Esta nueva tecnología, que curiosamente tiene su origen en los años 70<sup>2</sup>, sólo en el nuevo milenio se pone a disposición de los usuarios de forma masiva, provocando esa nueva revolución en el entorno digital, que se podría considerar «silenciosa», puesto que durante los últimos años ha venido modificando la forma de trabajar y comunicarse en nuestra sociedad, sin que hayamos sido conscientes de ello<sup>3</sup>.

Uno de los ámbitos que más se ha visto transformado por esta nueva tecnología es el entorno de la cultura y del entretenimiento, sobre todo audiovisual. En concreto, la televisión —al igual que los demás medios de comunicación— ha sucumbido a la digitalización y, especialmente, al uso de la tecnología *cloud*. Como consecuencia de ello, el mercado televisivo ha cambiado sustancialmente, y con él los usos por parte del público en cuanto al consumo de contenido de televisión. Un elemento fundamental del cambio ha sido la creación de servicios de grabación en la nube de contenidos audiovisuales, es decir, los llamados *network Personal Video Recorders (nPVRs)*, que son el objeto del presente estudio.

El nPVR, que se describe en mayor detalle seguidamente, es un mecanismo que permite a su usuario disponer de un grabador personal de los contenidos emitidos por televisión (similar a los tradicionales grabadores «caseros» localizados en los hogares) pero ubicado en la nube, es decir, utilizando tecnología *cloud*.

Estos servicios son un componente más de un proceso más amplio que consiste en trasladar a la nube las plataformas de televisión en su conjunto, incluido todo su contenido y sus infraestructuras. De este modo, se consigue una gestión más flexible del servicio, al mismo tiempo que la experiencia del usuario es mucho más satisfactoria. Este gran paso hacia la llamada *cloud TV*, unido a otros avances tecnológicos en televisión, como la tecnología *over-the-top (OTT)*, que permite precisamente acceder a los contenidos de televisión también de forma deslocalizada, es decir, desde cualquier lugar y cualquier dispositivo móvil (tabletas, *smartphones*, PCs, etc.), conforman la **nueva generación de**

---

<sup>2</sup> Se puede considerar que el origen del *cloud computing* data de 1976, cuando IBM lanzó comercialmente el *Virtual Storage Personal Computing (VSPC)*, que permitía a los usuarios ejecutar procesos y sistemas por lotes, sin supervisión, de forma remota en terminales conectados por líneas telefónicas. Más recientemente, en los años 90, se empezó a perfilar lo que sería el *cloud computing* propiamente dicho, gracias a la aparición de Linux y sus sistemas operativos abiertos, que permitían crear *clusters*, cuyo uso en centros de investigación y universidades derivó en la creación de arquitecturas de computación *grid*, ya en la década del 2000. Aunque estos sistemas no llegaron a popularizarse fuera del entorno académico, en ese mismo periodo empezó a desarrollarse la tecnología de la «virtualización», que permitía replicar el entorno de usuario en una localización distinta, sin tener que instalar un software específico. Esa virtualización es la tecnología que está detrás de la computación en la nube.

<sup>3</sup> Sin saberlo, todos usamos la tecnología *cloud*, tanto en nuestra vida privada, al usar nuestros teléfonos móviles con acceso a datos (*smartphones*) o cualesquiera redes sociales (Facebook, Instagram, etc.), como en nuestro entorno profesional, al utilizar los servidores de nuestras respectivas empresas para almacenar archivos, mensajes de e-mail o cualquier otro documento de trabajo.

la **televisión** en la que, como decíamos, se modifica totalmente la forma de consumir contenido audiovisual<sup>4</sup>.

No obstante, estos nuevos servicios y, en particular, el nPVR, plantean **importantes retos legales**, en particular en el ámbito de la propiedad intelectual, puesto que aunque para los usuarios estos servicios funcionan como un grabador «casero», el cual está protegido por el límite<sup>5</sup> de «copia privada»<sup>6</sup>, el funcionamiento del nPVR no parece cumplir los requisitos legalmente establecidos para beneficiarse de dicha excepción.

En el presente artículo analizaremos esta problemática, que ha dado lugar a una relevante jurisprudencia a nivel europeo e internacional, para después centrarnos en considerar cómo la legislación española podría o debería abordar este nuevo reto que supone la utilización de tecnología *cloud* en el entorno audiovisual. Así pues, comenzaremos por definir el *cloud computing*, para entender cómo funciona esta tecnología. Seguidamente, revisaremos la aplicación de esta tecnología a la comercialización y difusión de contenidos audiovisuales y, concretamente, a la grabación de los contenidos difundidos (nPVR). A continuación, analizaremos la jurisprudencia internacional en la materia para, a partir de la misma, examinar cómo se puede abordar este nuevo desarrollo tecnológico desde la perspectiva de la normativa española de propiedad intelectual. Por último, nos referiremos a posibles soluciones legales a los problemas que plantea la normativa actual.

## II. CONCEPTOS

### 1. COMPUTACIÓN EN LA NUBE (*CLOUD COMPUTING*)

#### 1.1. Definición

La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada *Liberar el potencial de la computación en nube en Europa* (Comunicación 529)<sup>7</sup>, define el

---

<sup>4</sup> *White Paper on nPVR*, Octubre 2014. IDate Consulting. [www.idate.org](http://www.idate.org)

<sup>5</sup> En derecho español, se utiliza el término «límite», si bien en otras normas, como la comunitaria, se hace referencia a «excepción» o «limitación». Por tanto, se utilizarán estos términos indistintamente a lo largo del presente estudio para hacer referencia a los límites a los derechos de propiedad intelectual previstos en la normativa nacional y comunitaria aplicables.

<sup>6</sup> «Copia privada» es el término que se utiliza en la mayoría de las jurisdicciones de nuestro entorno, aunque en sentido estricto, su denominación debería ser, al menos en derecho español, «reproducciones para uso privado de una persona física». I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Límites». *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano). Tercera Edición. Tecnos. Madrid, 2007, págs. 533 y siguientes.

<sup>7</sup> COM(2012) 529 final, complementada por el documento de trabajo *Commission Staff Working Document* (SWD/2012/0271 final).

*cloud computing*, desde el punto de vista de su utilización por los usuarios, como la tecnología que permite el «almacenamiento, tratamiento y utilización de datos en ordenadores a distancia a los que se tiene acceso a través de Internet».

Desde una perspectiva más técnica, el *National Institute for Standards and Technology* (NIST), una división del Departamento de Comercio de EEUU, describe el *cloud computing* como un **«modelo que habilita un acceso ubicuo, conveniente y bajo demanda a una red compartida de recursos de computación configurables (ej. redes, servidores, almacenaje, aplicaciones y servicios) que pueden ser ofrecidos de forma rápida y editados con un esfuerzo mínimo de gestión o de interacción con el proveedor de servicios»**<sup>8</sup>. Esta definición es bastante genérica, pero es considerada una de las más completas.

En definitiva, el *cloud computing* es una tecnología que a través de la **virtualización**, es decir, de desacoplar el hardware del software y replicar el entorno del usuario en un lugar distinto al original, sin tener que instalar y configurar todo el software que requiere cada aplicación, **pone el poder de computación a disposición de cualquier usuario, en cualquier momento, en cualquier lugar y desde cualquier dispositivo**, de manera que dicho usuario dispone de una gran capacidad informática de almacenaje y gestión de contenidos desde cualquier ubicación, siempre que tenga acceso a Internet.

## 1.2. Características esenciales

De acuerdo con la Comunicación 529 y con el informe del NITS antes mencionados, las características fundamentales de la computación en la nube son las siguientes.

Los **equipos físicos que permiten prestar servicios utilizando tecnología de computación en la nube pertenecen al proveedor y no al usuario** que accede a esos servicios, el cual simplemente interactúa con esos equipos a través de Internet, es decir, sólo tiene un derecho de uso «virtual» de esa tecnología. Además, dichos equipos físicos **se gestionan de forma compartida**, de manera que los mismos no se asignan de forma individualizada a un usuario particular ni a un tipo de datos o procesos específicos, sino que se utilizan para dar servicios a múltiples usuarios, reasignándose periódicamente.

Por otra parte, **los usuarios pueden contratar estos servicios prestados en la nube de forma flexible**, es decir, eligiendo la capacidad de uso y almacenaje que desean utilizar, que además pueden modificar y sobre todo ampliar en cada momento, sin necesidad de adquirir en propiedad la tecnología asociada a los mismos. Asimismo, **pueden acceder a los mismos en cualquier momento**,

---

<sup>8</sup> <http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-145/SP800-145.pdf>

**en cualquier lugar y, en general, desde cualquier tipo de dispositivo conectado a Internet** (ordenadores, tabletas, teléfonos inteligentes y similares).

De este modo, se constata que los servicios que utilizan computación en la nube tienen importantes ventajas, puesto que permiten reducir sustancialmente y optimizar el uso de los equipos y la tecnología asociados a los mismos, y facilitan una oferta de servicios más inmediata, flexible y en último término más eficiente.

### *1.3. Modelos de servicios en la nube*

En primer lugar, desde una perspectiva técnica y comercial, existen actualmente en el mercado tres tipos de servicios que utilizan la computación en la nube.

El primero de ellos es el «**software como servicio**» (**SaaS**) y consiste en ofrecer a los usuarios la posibilidad de utilizar aplicaciones y programas informáticos de terceros sin necesidad de contratar directamente una licencia de uso, que habrá adquirido el prestador del servicio de forma global para sus clientes. Por tanto, el usuario paga por el uso de esa tecnología desglosado en los distintos servicios asociados a la misma (ej. e-mail, bases de datos, etc.). El segundo se denomina «**plataforma como servicio**» (**PaaS**) y, a través del mismo se permite a los usuarios acceder a través de Internet y utilizar una plataforma tecnológica construida por el prestador del servicio, sin necesidad de haber adquirido el hardware y software asociados a la misma, que sí habrá adquirido el prestador del servicio. El usuario paga por ese acceso y por el uso de los servicios ofrecidos en dicha plataforma. El tercero y último modelo es el identificado como «**infraestructura como servicio**» (**IaaS**), que permite a los usuarios disponer de un espacio de almacenaje de forma remota, una vez más pagando por el uso de ese espacio, pero no por las licencias de la tecnología que lo soportan<sup>9</sup>.

A los efectos del presente estudio, nos interesa principalmente analizar el modelo PaaS, puesto que es a través de esta modalidad de computación en la nube mediante la que se prestan servicios de oferta de contenidos, fundamentalmente musicales y audiovisuales, que además pueden ser almacenados por los usuarios, a través de servicios de almacenaje como es el nPVR.

Existe una segunda clasificación de los servicios ofrecidos en la nube, en función del tipo de uso, privado o público, de la misma, y que también es importante a los efectos de analizar la responsabilidad legal en el entorno de la nube.

---

<sup>9</sup> En ninguno de los tres modelos, el usuario accede o controla la tecnología *cloud* que soporta esos servicios, sino que es el prestador de servicios el que gestiona el software, la plataforma o la infraestructura en cuestión, así como las licencias de explotación y uso asociadas a los mismos.

La **nube de uso privado** permite a empresas y consumidores disponer de espacio de almacenaje digital, tanto a través de servicios «puros» de almacenaje como los llamados *cyberlockers* (ej. Dropbox o RapidShare), como a través de distintas modalidades de redes sociales (ej. Facebook, Instagram, etc.). En el ámbito empresarial, ese uso privado incluye fundamentalmente la gestión interna de actividades empresariales (archivo, facturación, centros de datos, etc.). En lo relativo a los consumidores, la gran mayoría de ellos utilizan estos servicios para almacenar archivos relacionados con su vida privada y sus aficiones (ej. fotos, agenda, contactos, música, libros), que pasan a ser custodiados por terceros<sup>10</sup>.

La **nube de uso público** alberga plataformas tecnológicas que facilitan a los usuarios el acceso a contenido, sobre todo musical y audiovisual, seleccionado por sus creadores. El pionero de esta modalidad de servicios fue Apple con su servicio iTunes, al que siguieron Spotify en música y Netflix en cine y series de ficción, entre otros. Esos contenidos están disponibles para todos los usuarios, de ahí su naturaleza pública. No obstante, en algunos casos, estas plataformas también permiten el almacenaje individual, normalmente temporal, de todo o parte de esos contenidos en dichas plataformas, a través de servicios adicionales como el nPVR. En esos casos, la nube tiene un uso también privado, por lo que se pueden considerar **nubes híbridas**.

En lo que se refiere a los servicios de grabación en la nube de contenidos audiovisuales, los mismos entrarían de forma combinada en las categorías de servicios PaaS e IaaS y, como hemos indicado, constituyen un híbrido entre la nube de uso público y privado.

## 2. SERVICIOS DE GRABACIÓN DE CONTENIDO AUDIOVISUAL EN LA NUBE: EL NETWORK PVR

De todos los nuevos servicios y funcionalidades surgidos de la tecnología *cloud*, en el entorno audiovisual destaca el nPVR, también denominado «**cloud PVR/DVR**», «**network PVRs**», «**Remote PVRs**», «**Remote Storage PVRs**» o «**RS-PVRs**»<sup>11</sup> que, como ya hemos apuntado previamente, es un elemento esencial del cambio en la forma de consumo de contenidos televisivos.

---

<sup>10</sup> Estos servicios también conllevan importantes retos legales, relacionados no sólo con la propiedad intelectual sino también con otros ámbitos jurídicos como la protección de datos de carácter personal o los derechos de los consumidores y usuarios, cuyo análisis excede el objeto del presente estudio. Sobre estas cuestiones, ver K. IRION, «Your digital home is no longer your castle: how cloud computing transforms the (legal) relationship between individuals and their personal records». *International Journal of Law and Information Technology*, 2015, 0, 1-24 doi: 10.1093/ijlit/eav015; y T. J. CALLOWAY, «Cloud Computing, Clickwrap Agreements, and Limitation on Liability Clauses: A perfect storm?», <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1232&context=dltr>

<sup>11</sup> PVR son las siglas del término, en inglés, *Personal Video Recorder* (grabador de vídeo casero). Por su parte, DVR son las siglas, también en inglés, de *Digital Video Recorder* (grabador de vídeo

Los nPVRs son mecanismos de grabación de contenidos audiovisuales que, de forma similar a los descodificadores con funcionalidad de grabación en modo local (*set-top-boxes*) y/o a los grabadores de video caseros (*personal video recorders*), permiten a los suscriptores de servicios de televisión o a los usuarios de televisión en abierto grabar esos contenidos para un visionado posterior (funcionalidad de *time-shifting*). No obstante, a diferencia de esos descodificadores y grabadores caseros, en el caso de los nPVR se utiliza la tecnología *cloud*, de manera que los usuarios pueden almacenar dichos contenidos en remoto, es decir, en servidores localizados en la nube que pertenecen al prestador de servicios en cuestión, pudiendo acceder a los mismos vía *streaming* —o en ocasiones también a través de *downloading*— en el momento y también desde el lugar que ellos elijan, a través de los dispositivos de visionado de los usuarios, ya sean televisores, tabletas, teléfonos móviles u otros, esto último dependiendo del modelo de puesta a disposición ofrecido por el prestador del servicio y contratado por el usuario<sup>12</sup>.

El nPVR tiene importantes ventajas con respecto a los grabadores caseros y a los descodificadores. Por una parte, el usuario no tiene que preocuparse de su mantenimiento y reparación, que el prestador del servicio lleva a cabo de forma remota. Además, el nPVR suele tener una capacidad de grabación mucho mayor y permite al usuario el acceso desde fuera del hogar antes mencionado<sup>13</sup>.

En relación a las modalidades de nPVR, existen en el mercado dos modelos básicos en función del tipo de copiado de contenidos que se lleva a cabo: el **modelo de copia individualizada (*individual copy*)** y el **modelo de copia compartida (*shared copy*)**. El primero se asemeja en mayor medida al grabador de video casero, puesto que sigue la misma mecánica. Sólo cuando el usuario solicita la copia de un contenido, éste se graba en remoto en un espacio de la nube adjudicado exclusivamente a ese usuario, a modo de «nube privada». Por el contrario, en el segundo modelo, el prestador del servicio graba con carácter previo, y por defecto, todo el contenido objeto de dicho servicio una única vez y en un espacio *cloud* público compartido por todos los usuarios. Después, a petición de éstos —que seleccionan el contenido que desean «grabar» (que en realidad ya está alojado en los servidores del prestador del servicio)— se les facilita el acceso a esa única copia de cada contenido pre-grabado por el pres-

---

digital). El primer término se utiliza siempre asociado a un componente tecnológico (*cloud*, *network*, etc.) para identificar un grabador personal pero en remoto, es decir, asociado a la nube o a un servidor. El segundo se utiliza en alusión a la tecnología digital en general. Ambos términos (el PVR siempre adjetivado como se indica previamente) se utilizan indistintamente para hacer referencia a servicios de grabación de contenido audiovisual en la nube.

<sup>12</sup> Sólo si el usuario tiene activado el servicio para su acceso desde fuera del hogar (*out-of-home*), podrá acceder a los contenidos a través de dispositivos móviles, y utilizando tecnología *over-the-top* (OTT).

<sup>13</sup> Asimismo, el nPVR es más ecológico, puesto que se evita la fabricación y venta de aparatos físicos que después se convierten en basura electrónica, de muy difícil reciclado.

tador del servicio, la cual se replica por el número de usuarios solicitantes. Por tanto, sólo se hace una copia de cada contenido para todos los usuarios. Ahora bien, en ambos casos, el prestador del servicio tiene que acceder por sí mismo al contenido de televisión disponible para poder grabarlo en sus servidores y, posteriormente, entregárselo a los usuarios, normalmente vía *streaming*, aunque a veces también en modo descarga<sup>14</sup>.

Actualmente, se pueden distinguir también en el mercado **dos tipos de servicios nPVR en función del tipo de prestador de servicios** que lo ofrece. Por una parte, las empresas que ya son prestadores de servicios de televisión, en algunos casos, añaden a su servicio de oferta de contenidos la posibilidad de grabación a través del servicio de nPVR<sup>15</sup>. Por otra parte, han surgido una serie de empresas que únicamente prestan esos servicios de grabación en la nube, es decir, su actividad es exclusivamente poner a disposición de los usuarios espacio virtual de grabación de contenidos de televisión a los que ya pudieran tener acceso lícito, por haber contratado un servicio de televisión de pago o por acceder a los mismos en abierto<sup>16</sup>.

En cuanto al visionado propiamente dicho, existen también dos posibles opciones de uso de los nPVRs, que ya adelantábamos previamente. El servicio de nPVR puede estar disponible sólo para su uso **dentro del hogar (*in-home*)** o bien para su utilización también **en portabilidad (*out-of-home*)**, para lo cual es necesario que el prestador haya implementado tecnología OTT al servicio, que permite al usuario acceder a los contenidos a través de dispositivos móviles.

A pesar de las numerosas ventajas técnicas que supone la utilización de estos nuevos mecanismos de grabación —sobre todo del modelo *shared copy* y el modelo *out-of-home*— con respecto a los descodificadores y grabadores de video personales y de uso exclusivo en el hogar, se plantea un conflicto jurídico, en materia de propiedad intelectual, con respecto a la necesidad o no de obtener autorizaciones de explotación de derechos de propiedad intelectual para la

---

<sup>14</sup> El modelo de copia compartida es técnicamente más eficaz y sofisticado, puesto que al hacerse sólo una copia de todo el contenido, que después se facilita a cada usuario bajo demanda, se ahorra mucho espacio de alojamiento en la nube y todo el sistema de grabación y envío se optimiza. Por el contrario, el primer modelo requiere realizar tantas copias de contenido como solicitudes existan, lo cual multiplica exponencialmente la necesidad de espacio de alojamiento.

<sup>15</sup> De este modo, la tendencia es a eliminar la funcionalidad de grabación que existía en algunos de los antiguos descodificadores, los cuales vuelven a ser meros dispositivos de descodificación de la señal de entrega de contenidos a los usuarios.

<sup>16</sup> En ambos casos, los prestadores del servicio deben acceder a la señal de emisión de televisión que lanzan los correspondientes canales para poder grabar los contenidos objeto del servicio. Los primeros ya tendrán «derecho» de acceder a esa señal para prestar el servicio de televisión (lo que no necesariamente implica que puedan también acceder a la misma para prestar el servicio de nPVR, como veremos seguidamente). Los segundos en ningún caso tendrán la autorización expresa de los titulares de derechos para acceder a esas señales, salvo que la soliciten.

prestación de estos nuevos servicios. Estas cuestiones han sido tratadas por la jurisprudencia de varios países, de la que se deduce —como veremos seguidamente— que estos servicios no parecen tener un acomodo legal en la mayoría de jurisdicciones, incluida la española.

### III. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

La jurisprudencia internacional que ha analizado los retos en materia de propiedad intelectual que plantea el nPVR no es numerosa, pero sí muy relevante, puesto que analiza en detalle el funcionamiento de esta nueva tecnología.

Las cuestiones que se han planteado en dichos litigios son esencialmente las mismas y se resumen en las siguientes: **(i) ¿qué actos de explotación —de los protegidos por la legislación de propiedad intelectual— se llevan a cabo al prestar un servicio de nPVR?, (ii) ¿quién ha de ser considerado el autor de dichos actos de explotación?, y (iii) ¿existe alguna excepción o limitación en la regulación en materia de propiedad intelectual que exima a esos actos de autorización?**

En primer lugar, examinaremos el procedimiento judicial más notorio, probablemente por ser el primero que investiga en detalle este tipo de servicios, y que es el caso *Cablevision* en EEUU<sup>17</sup>. A pesar de que proviene de una jurisdicción de tradición anglosajona y por tanto lejana a la nuestra, este caso sienta las bases del estudio de este tipo de servicios. Seguidamente revisaremos la jurisprudencia europea que consiero más relevante en la materia, concretamente, los casos *Wizzgo* en Francia y *Safe.tv* y *Shift.tv* en Alemania, y que también son pioneros en el análisis de estos servicios en nuestro entorno<sup>18</sup>.

#### 1. ANTECEDENTE: CASO CABLEVISION (EEUU)

Como ya hemos adelantado, la sentencia del Tribunal de Apelación del Segundo Circuito (TASC) de los Estados Unidos de América (EEUU) en el caso *Cablevision* es la primera que analiza en profundidad esta materia. Quizá por ese motivo, esta decisión ha provocado gran controversia a nivel doctrinal, tal y como subraya Mihály Ficsor en el trabajo presentado en el Congreso ALAI 2012 en Kyoto<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> *Cartoon Network LP, LLLP v. CSC Holdings Inc.*, 536 F.3d 121 (2d Cir. 2008).

<sup>18</sup> No ha habido ningún pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) al respecto de este tipo de servicios.

<sup>19</sup> M. FICSOR, «The WIPO «Internet Treaties» and Copyright in the «Cloud»». Congreso de ALAI 2012. Kyoto, 16-18 de Octubre de 2012.

### 1.1. Objeto de la demanda: El RS-DVR de Cablevision

Cablevisión es una operadora de televisión por cable que en el año 2006 comenzó a comercializar un servicio de grabación digital remota de video denominado *Remote Storage DVR System* (RS-DVR) como una funcionalidad añadida a su servicio principal de oferta de canales de televisión emitidos a tiempo real, y sometida al pago de una tarifa adicional. El RS-DVR permitía a los usuarios, tras la instalación en sus descodificadores de un software proporcionado por Cablevision, reproducir, detener, rebobinar y grabar ese mismo contenido de televisión ofrecido en tiempo real por la compañía.

Con la finalidad de ofrecer ambos servicios, Cablevision debía duplicar el flujo de datos relativos a los canales de su oferta. Así, en lugar de una, creaba dos señales distintas a partir de la señal de los canales captada previamente. Una de ellas se enviaba directamente a los usuarios para su consumo a tiempo real, a través del tradicional servicio de televisión. La otra (copia *buffer*) se enviaba a un dispositivo (*Broadband Media Router*), donde se alojaba por un cortísimo espacio de tiempo (1.2 segundos), durante el cual se identificaba si ese contenido había sido solicitado por algún usuario y, en caso afirmativo, esa copia se remitía a un repositorio permanente adjudicado a ese usuario de forma específica (las llamadas «*storage boxes*»), aunque localizado en los servidores de la propia Cablevision, es decir, a una nube de uso privado de cada usuario dentro de esos servidores. Posteriormente, previa petición individual del usuario solicitante, el contenido almacenado de manera separada e independiente para el mismo en su *storage box*, se le enviaba a éste para su visionado en el momento elegido por el mismo.

Cablevision fue demandada por varios canales de televisión y estudios cinematográficos<sup>20</sup>, titulares de derechos de propiedad intelectual sobre los contenidos y programas de televisión que Cablevision ya ofrecía en su servicio de televisión, pero que también grababa para sus clientes en su RS-DVR, bajo el argumento de que el RS-DVR debía ser considerado un servicio de video bajo demanda (VOD) y, en consecuencia, su prestación sin las debidas autorizaciones constituía una **infracción «directa»<sup>21</sup> por parte de Cablevision de los derechos de reproducción y comunicación pública (*public performance*)** sobre esos contenidos, regulados respectivamente en los artículos 106(1)<sup>22</sup> y 106(4)<sup>23</sup> de la

---

<sup>20</sup> *Cartoon Network LP, Twentieth Century Fox Film Corporation, Universal City Studios Productions LLLP*, y otros.

<sup>21</sup> Los demandantes renunciaron a reclamar en concepto de infracción «indirecta» (*contributory liability*), dado que en el caso *Betamax*, que seguidamente se cita, la misma había sido denegada por el tribunal. Los demandados también renunciaron a cualquier defensa en términos de la excepción de uso lícito (*fair use*) prevista en el artículo 101 de la USCA.

<sup>22</sup> U.S. Copyright Act, 17 U.S.C. §§ 106(1).

<sup>23</sup> U.S. Copyright Act, 17 U.S.C. §§ 106(4).

Ley Estadounidense de Derecho de Autor (USCA)<sup>24</sup>. Por el contrario, Cablevision definía este servicio como un sistema de *time-shifting* remoto similar a un PVR físico y, por tanto, amparado en la excepción de uso lícito (*fair use*) prevista también en el artículo 101 de la USCA<sup>25</sup> y aplicada ya en el caso *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, (caso «Betamax»)<sup>26</sup>.

## 1.2. Decisión judicial

Con carácter previo, es preciso dedicar unas líneas al «antecedente» del «antecedente», es decir, al caso Betamax antes citado. En este litigio, el Tribunal Supremo de los EEUU «legitimó» la actividad de copia para un visionado posterior al momento de emisión (*time-shifting*), llevada a cabo por los usuarios de dispositivos físicos de grabación, es decir, PVRs, con base en la excepción de *fair use*, y declarando además la licitud de estos últimos (es decir, su comercialización), pues su finalidad principal —aunque pudiera tener otras— era permitir esa actividad de *time-shifting*<sup>27</sup>.

En Cablevision, una vez más, un nuevo procedimiento tecnológico de grabación cuestiona los límites de los derechos de explotación de propiedad intelectual. A diferencia del caso Betamax, en el caso Cablevision, los demandantes alegan que los usuarios no realizan por sí mismos las copias del contenido que quieren ver con posterioridad, sino que es Cablevision quien realiza esas copias y las «distribuye» entre sus usuarios. Por tanto, afirman que esa actividad de Cablevision no puede ampararse en la excepción de *fair use* y, en cambio, requiere la obtención de autorizaciones para realizar las respectivas reproducciones y comunicaciones públicas de contenido. Por su parte, Cablevision argumenta que la única finalidad de su RS-DVR es facilitar a los usuarios los medios técnicos necesarios para copiar los contenidos ofrecidos en su servicio de televisión, como ya hicieran los antiguos PVRs, debiendo considerarse que son éstos quienes realizan las copias.

El 22 de marzo de 2007, el Tribunal del Distrito de Nueva York (TDNY)<sup>28</sup> decidió en contra de Cablevision, declarando que —a diferencia de Sony en el caso

---

<sup>24</sup> Traducción propia del título en inglés: *United States Copyright Act*.

<sup>25</sup> U.S. Copyright Act, 17 U.S.C. §§ 101 et seq.

<sup>26</sup> 464 U.S. 417, 442 (1984).

<sup>27</sup> Esos dispositivos físicos (los ahora tradicionales grabadores y reproductores de video «caseros») permitían a quienes los adquirían grabar contenidos emitidos por canales de televisión para su visionado posterior. El Tribunal consideró que los actos de reproducción necesarios para llevar a cabo ese *time-shifting* eran actos privados realizados directamente por los usuarios sobre contenidos a los que ya tenían acceso lícito. Por tanto, la comercialización de estos últimos por parte de Sony (parte demandada en este caso por responsabilidad indirecta, no directa como en el caso Cablevision) no se podía considerar ilícita. En consecuencia, se consideró que los actos de reproducción llevados a cabo por los usuarios eran subsumibles en la excepción de *fair use* prevista en la USCA y, en consecuencia, debían estar exentos de autorización.

<sup>28</sup> *Twentieth Century Fox Film Corp. v. Cablevision Systems Corp.*, 478 F. Supp.2d, 607, 609 (S.D.N.Y. 2007).

Betamax— Cablevision estaba infringiendo los derechos de los demandantes, puesto que a través de su servicio de RS-DVR, Cablevisión copiaba y reproducía sin autorización contenidos que son propiedad de dichos terceros y, aunque fuese el usuario el que solicitaba la copia, quien la realizaba era Cablevision. Además, al enviar esas copias de contenidos a los usuarios, Cablevision realizaba un acto de comunicación pública sin la debida autorización. Sin embargo, **el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito (TASC) revocó la decisión de primera instancia, declarando lícita la comercialización y venta del servicio RS-DVR de Cablevision** en los siguientes términos<sup>29</sup>.

(i) Derecho de reproducción

En cuanto a las copias *buffer* realizadas por Cablevision de forma temporal en el *Broadband Media Router*, el Tribunal afirma que esas copias no pueden considerarse «reproducciones» a los efectos del artículo 101 la USCA, el cual prevé que se lleva a cabo una «fijación» de una obra cuando la misma «...se fija en un soporte tangible [...] de manera que sea suficientemente permanente o estable para permitir que pueda ser percibida y copiada o de otro modo comunicada por un periodo de tiempo que ha de tener una duración más que transitoria...»<sup>30</sup>.

Al analizar esta disposición, el TASC concluye que aunque se constata que **las copias *buffer* son efectivamente fijadas en un soporte tangible, las mismas son tan efímeras (1.2 segundos) que no cumplen el criterio del carácter «no transitorio» de la copia** y, por tanto, no puede considerarse que se ha producido una «fijación» del contenido en otro soporte. El Tribunal basa su decisión en el caso *MAI Systems Corp. V. Peak Computer Inc.*<sup>31</sup>, al comparar estas copias *buffer* con las realizadas en la memoria RAM de los ordenadores, y afirmando que si bien estas últimas sí permanecen suficiente tiempo en los discos duros de los ordenadores para ser consideradas fijaciones, pues sólo desaparecen cuando se apaga el ordenador, las copias *buffer* de Cablevision desaparecen mucho antes.

Esta interpretación del concepto «transitorio» y de lo que ha de entenderse por «fijación» ha provocado críticas doctrinales, como la expresada por Ficsor, quien considera que no debe medirse la transitoriedad en unidades de tiempo, sino en si efectivamente esa fijación permite acceder de forma «suficientemente permanente o estable» al contenido en cuestión, tal y como recoge ese mismo artículo 101 de la USCA<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Parte de los demandantes recurrieron ante el Tribunal Supremo, pero en junio de 2009 éste decidió denegar el *cerciorati* solicitado y no pronunciarse sobre el caso, adquiriendo firmeza la sentencia del TASC. *Cable News Network, Inc.*, 129 S. Ct. 2890.

<sup>30</sup> U.S. Copyright Act, 17 U.S.C. §§ 101.

<sup>31</sup> 999 F.2d. 511 (9<sup>th</sup> Cir. 1993).

<sup>32</sup> M. FICSOR, «The WIPO «Internet treaties»...», *cit.*, págs. 12 y siguientes.

Por su parte, Jane Ginsburg coincide con Ficsor al considerar que la interpretación llevada a cabo por el Tribunal de Apelación del artículo 101 de la USCA no es correcta<sup>33</sup>. Afirma también Ginsburg que no se puede medir la transitoriedad o temporalidad en unidades de tiempo, sino en función de en qué medida esa copia por muy efímera que sea permite acceder a la obra. No obstante, como reconoce la propia Ginsburg, de acuerdo con esta interpretación, si cualquier copia temporal de contenido —tenga la duración que tenga— se considerara una fijación, en ningún caso cabría aplicar la excepción que prevé la propia USCA, sobre todo en el entorno digital en el que una copia realizada en una mínima unidad de tiempo puede llegar a permitir realizar copias más permanentes de contenido. Por ello, afirma esta autora que se debería además tener en consideración si esas copias transitorias tienen o no «valor económico», criterio que sí se utiliza en derecho europeo para determinar si las copias provisionales de contenido deben considerarse actos de reproducción<sup>34</sup>. Sólo en caso de tener ese valor, esas copias deberían considerarse actos de reproducción. No obstante, no aclara Ginsburg si efectivamente entiende que las copias realizadas por Cablevision para permitir a sus clientes hacer uso del RS-DVR tienen o no ese significado económico independiente. En mi opinión, no parece ser éste el caso de las copias *buffer* que realiza Cablevision. La labor de Cablevision es puramente técnica, la copia es de una duración ínfima y es además la necesaria para realizar una actividad autorizada por la excepción de *fair use*, el *time shifting*, tal y como se interpreta en el caso *Betamax*. Por tanto, no parece posible extraer un significado económico independiente con respecto a esa copia transitoria.

Por otra parte, Ginsburg afirma que el Tribunal de Apelación no ha tenido en consideración el contexto global en el que se han realizado esas copias y, sobre todo, **quién las realiza**. Para esta autora no es lo mismo que un usuario protegido por la excepción de *fair use* realice una copia del contenido al que tiene acceso en el marco de dicha excepción, como ocurría en el caso *Betamax*, a que esa copia la haga una tercera empresa para facilitar a los usuarios un servicio adicional al que éstos contratan (servicio tradicional de televisión), por el que además pagan un precio. De hecho, ésta es la cuestión que aborda el Tribunal de Apelación en segundo lugar; aunque con respecto al siguiente paso en la «cadena» de actos de copia implícitos en la prestación del servicio de RS-DVR, es decir, no con respecto a las copia *buffer*<sup>35</sup>, sino al referirse a las copias definitivas almacenadas en los *storage boxes* de los usuarios.

---

<sup>33</sup> J. GINSBURG, «Recent Developments in US Copyright Law — Part II, Caselaw: Exclusive Rights on the Ebb?». *RIDA*. Enero 2009. <http://ssrn.com/abstract=1305270>.

<sup>34</sup> En concreto, el artículo 5.1 de la *Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información* (Directiva 2001/29), y Artículo 31.1 del *Texto Refundido de Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril* (TRLPI). Analizaremos ambos posteriormente en este estudio.

<sup>35</sup> El Tribunal no entra a analizar si el «autor» de las copias *buffer* es Cablevision o no, y si ello tiene alguna implicación para el caso. Entiende el Tribunal que al descartar que esas copias puedan

En relación a la **autoría de esas copias «permanentes» en los storage boxes**, su identificación es fundamental para determinar si el acto de reproducción correspondiente está sujeto o no a autorización. A este respecto, el TASC concluye que **los autores de esas copias son los usuarios**, pues son ellos quienes «deciden» realizarlas, generándose las mismas de forma automática a través de los ordenadores de Cablevision que operan el servicio RS-DVR. En definitiva, el Tribunal tiene en cuenta el **elemento «volitivo»** para determinar la autoría de la copia, es decir, el relativo a determinar quién decide su realización, que en este caso son los usuarios.

El Tribunal llega a esta conclusión tras analizar analógicamente el caso de las fotocopadoras que se ponen a disposición del público para que éste realice copias de cualquier tipo de documento. A este respecto, la jurisprudencia norteamericana ha determinado, concretamente, en el caso *Princeton Univ. Press v. Michigan Doc.*<sup>36</sup>, entre otros, que el autor de las copias realizadas a través de reprografía es el usuario de la máquina reprográfica que decide realizar esas copias, ya sea éste el cliente o el empleado del establecimiento en cuestión. El Tribunal también compara estos nuevos servicios con el tradicional PVR, respecto del que los tribunales norteamericanos ya habían declarado su licitud bajo la excepción de *fair use* (caso *Betamax*). Del mismo modo, afirma el Tribunal que el elemento volitivo lo aporta el usuario y, en consecuencia, él es el autor de las copias.

Una vez más, Ficsor discrepa de la interpretación judicial, y afirma que la analogía no debe hacerse con respecto a los grabadores tradicionales, sino que estamos ante el primer paso en la prestación de un servicio de VOD. Para este autor, es Cablevision quien da todos los pasos necesarios para copiar el contenido en la nube —aunque sea a petición del usuario— y es también Cablevision quien da el paso de entregar ese contenido al usuario final, en el momento en que éste elija. Por su parte, Ginsburg también critica la decisión del Tribunal a este respecto, afirmando por el contrario que la analogía debe hacerse con respecto a servicios de distribución de copias digitales de contenidos, como sería Lexis en relación a los artículos del *New York Times* en el caso *Tasini*<sup>37</sup>. En ese caso, el Tribunal Supremo afirmó que cuando un usuario solicita una copia de contenido de dicho periódico a la base de datos Lexis, es esta última la que realiza la copia y distribución del contenido, y no el usuario.

---

considerarse fijaciones y, en consecuencia, reproducciones del contenido protegido, no es necesario ir más allá en el análisis de quién las realiza.

<sup>36</sup> 99 F.3d 1381 (6th Cir. 1996); también, *Basic Books, Inc. v. Kinko's Graphics Co.*, 758 F. Supp. 1522 (1991). En ellos, se condenó a los establecimientos de reprografía por infracción «directa» de derechos de autor, pues las copias de contenidos protegidos las hacían los empleados de los mismos. Si en dichos establecimientos solamente hubieran puesto a disposición del público las máquinas reprográficas, no se habría podido declarar su responsabilidad directa. Otra cuestión es la responsabilidad indirecta, que no se analiza.

<sup>37</sup> *New York Times v. Tasini*, 533 U.S. 483 (2001).

La comparativa de Ficsor tiene cierto fundamento, en la medida en que los servicios de VOD funcionan técnicamente de forma similar al RS-DVR. No obstante, considero que el elemento volitivo tenido en cuenta por el Tribunal no se podría tener en consideración en el razonamiento propuesto por Ficsor, puesto que en el entorno del RS-DVR quien decide grabar y da la orden de grabación (que pone en marcha el mecanismo tecnológico necesario para la misma) es siempre el usuario, mientras que en un servicio de VOD, quien toma todas esas decisiones y las ejecuta es el prestador del servicio.

En cuanto a la analogía planteada por Ginsburg, en mi opinión, se están comparando dos servicios esencialmente distintos. El servicio de Tasini era un servicio de distribución o, más bien, de «venta»<sup>38</sup> de ejemplares (copias) de artículos de prensa, que se ofrecen por primera vez por el prestador del servicio al usuario. Mientras que el RS-DVR no conlleva la «venta» de contenido cuyo derecho de acceso ya se ha adquirido previamente, cuando el usuario contrató el servicio de televisión, y es el usuario el que decide acceder a ese contenido al que ya tiene derecho de acceso, es decir, esos contenidos ya fueron objeto de transacción cuando el usuario contrató el servicio de televisión correspondiente, y el funcionamiento de ese servicio requiere que Cablevision realice para el usuario ciertas tareas técnicas. En último término, el elemento diferenciador está en que si no fuera necesaria la intervención técnica de Cablevision para realizar esas copias, y las mismas las realizara directamente el usuario, sus actos de «copia» de contenido serían lícitos. Por el contrario, en el caso Tasini, incluso si las copias de artículos realizadas por Lexis las hubiera hecho directamente el usuario por sus propios medios (y no es el caso), esas copias requerirían una autorización, puesto que ni son copias privadas del usuario ni su realización está vinculada al *time shifting*. Por tanto, el servicio de grabación que ofrece Cablevision no puede asimilarse al servicio de venta que ofrece Lexis<sup>39</sup>.

## (ii) Derecho de comunicación pública

En cuanto al «siguiente paso» en la prestación del servicio RS-DVR, es decir, la entrega del contenido al usuario que lo solicita (y que ha sido grabado pre-

---

<sup>38</sup> El término «venta» no es el más apropiado en el ámbito de la propiedad intelectual, y menos en el caso analizado, donde en todo caso se realizan cesiones de derechos de explotación o se conceden licencias de uso, y no se transfiere la propiedad del contenido cedido, solo la del soporte físico que lo contiene.

<sup>39</sup> Lo que no entra a valorar el Tribunal al analizar las copias realizadas en los *storage boxes* es, como apuntaba Ginsburg con respecto a las copias *buffer*, si esas copias tienen algún valor económico. Lo cierto es que si se analiza desde una perspectiva puramente económica, Cablevision está cobrando al usuario por un servicio adicional de acceso a contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual. Por tanto, existe un valor económico. Si se hubiera planteado este argumento, que sí existe en la normativa europea, como veremos seguidamente, el Tribunal habría tenido que analizar si efectivamente ese precio debe corresponder a cubrir los costes del desarrollo tecnológico que supone crear el RS-DVR, o si esa cantidad —o parte de la misma— constituye una ganancia adicional que debería corresponder —al menos en parte— a los titulares de derechos.

viamente de forma separada para cada usuario solicitante), el TASC afirma que no se puede considerar que dicha entrega constituye un acto de explotación del derecho de comunicación pública, en los términos regulados en los artículos 101 y 106(4) de la USCA<sup>40</sup>, como argumentaban los demandantes<sup>41</sup>.

El Tribunal entiende, a diferencia de los demandantes, que **la mera «transmisión» de contenido como tal que realiza Cablevision en el marco del servicio RS-DVR no puede considerarse un acto de «comunicación pública»**, dado que dicha transmisión no se hace efectivamente a un «público», sino que las copias de contenido se transmiten individualmente a cada usuario que las solicita, el cual ya tiene «derecho» a acceder a esa copia con carácter previo, por ser receptor del servicio de televisión que también ofrece Cablevision. Además, afirma el Tribunal que dado que el sistema de grabación de Cablevision sólo permite entregar una copia de los contenidos a cada suscriptor que lo solicita, la suma de los suscriptores que pueden potencialmente solicitar copias de contenido copiado por ellos mismos no pueden considerarse un «público»<sup>42</sup>. En consecuencia, no estamos ante un acto de explotación del derecho de propiedad intelectual que requiera autorización.

Afirma Justin M. Jacobson que el Tribunal acertadamente utiliza aquí el criterio de determinar quién es el potencial receptor del acto de comunicación para determinar si dicho acto es público o privado<sup>43</sup>. Por su parte, tanto Ficsor<sup>44</sup> como Ginsburg<sup>45</sup> consideran que la interpretación del concepto de «público» que utiliza el Tribunal es errónea, puesto que el hecho de que esos suscriptores del servicio RS-DVR reciban de forma individualizada el contenido en cuestión no impide que los mismos constituyan un «público» a los efectos de la USCA.

En particular, Ginsburg entiende que la suma de todos esos usuarios sigue constituyendo un público al que va dirigido el acto de comunicación que, según

---

<sup>40</sup> U.S. Copyright Act 17 U.S.C. §§ 106(4).

<sup>41</sup> De acuerdo con el artículo 101 de la USCA, se entiende por «comunicación pública» (*public performance/public display*): (i) la comunicación de la obra en un lugar abierto al público o en el que un número sustancial de personas fuera del círculo normal familiar y social se haya reunido, o (ii) la transmisión o comunicación de una ejecución de una obra en un lugar de los identificados en el apartado (i) o bien al público, a través de un proceso o dispositivo que permita a los miembros del público recibir esa ejecución en el mismo lugar o en lugares separados, al mismo tiempo o en tiempos distintos.

<sup>42</sup> Este supuesto difiere del servicio de transmisión por satélite objeto del caso *National Football League v. PrimeTime 24 Jointventure*. 211 F.3d 10 (2nd Cir. 2000). En este caso, sustancialmente distinto del que nos ocupa, se declaró contraria al derecho de comunicación al público la acción de lanzar contenidos de eventos deportivos a una señal de satélite que podía ser captada con o sin licencia.

<sup>43</sup> J. M. JACOBSON, «Cablevision's Remote DV-R System and a Solution for the Digital-Recording Age». *Touro Law Review*. Vol. 27. No. 2, Article 11 (2011). <http://digitalcommons.tourolaw.edu/lawreview/vol27/iss2/11>

<sup>44</sup> M. FICSOR, «The WIPO «Internet Treaties»...», *cit.*, págs. 17 y ss.

<sup>45</sup> J. GINSBURG, «Recent Developments in US Copyright Law...», *cit.* págs. 25 y siguientes.

su interpretación, lleva a cabo Cablevision y no los propios usuarios. La clave, según esta autora, está en el **concepto de «público»**, puesto que dicho término debe poder abarcar tanto una pluralidad de personas reunidas en un local público, como todos aquellos individuos que reciben un contenido mediante un mecanismo de transmisión, siendo éste el criterio utilizado en el caso Aero<sup>46</sup>, al que nos referiremos posteriormente en este estudio<sup>47</sup>.

Sin perjuicio de las diferencias que existen entre la normativa estadounidense y europea, y de las discrepancias doctrinales que ha provocado el caso Cablevision, se pueden extraer del mismo una serie de conclusiones a tener en cuenta en el análisis de la cuestión en el entorno europeo y, en particular, en la jurisdicción española.

En primer lugar, podemos afirmar que el funcionamiento de un servicio de nPVR, como el RS-DVR de Cablevision, conlleva la realización y entrega a los usuarios de copias de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual. En cuanto a los derechos de los afectados, se constata que incluyen tanto el derecho de reproducción (copia) como el derecho de comunicación pública (ejecución) de las obras, este último dependiendo del tipo de servicio ofrecido.

En cuanto al derecho de reproducción, la problemática se centra en determinar (i) si efectivamente se realizan actos de reproducción al crear las copias temporales (copias *buffer*) necesarias para prestar el servicio, cuando las haya, como ocurre en el caso Cablevision<sup>48</sup>, y (ii) si las copias permanentes que se alojan en el espacio *cloud* privado de cada usuario, que sí son actos de reproducción, pueden beneficiarse de alguna excepción legal<sup>49</sup>. Respecto de las copias *buffer*, el Tribunal enfoca el análisis en la duración de las mismas, para concluir que son tan efímeras que ni tan siquiera pueden considerarse actos de reproducción. En lo relativo a las copias permanentes, la jurisprudencia norteamericana tiene en cuenta esencialmente el elemento volitivo asociado a la realización de esa copia, para concluir que se debe entender que lleva a cabo la copia aquella persona que decide su realización, es decir, en este caso, el usuario, el cual está exento de autorización por aplicación de la excepción de *fair use*.

---

<sup>46</sup> *American Broadcasting Companies, Inc. et al. v. Aero, Inc. F//K/A Bamboo Labs Inc.* Petition of Certiorari. , 573 U.S. \_\_\_ (2014). El supuesto de hecho en el caso Aero es distinto al planteado. Por ello, no se analiza en este apartado.

<sup>47</sup> Ginsburg va más allá a la hora de analizar si se ha producido un acto de comunicación pública, puesto que considera que también, y con carácter previo, se debe verificar si efectivamente hay un acto de «comunicación». No obstante, el Tribunal de Apelación no entra a analizar esta cuestión, pues detiene su análisis al determinar que no existe un «público» al otro lado de la transmisión.

<sup>48</sup> Es importante tener en cuenta que no todos los servicios de este tipo ofrecidos tanto en Europa como en EEUU son idénticos a Cablevision, sino que pueden variar los procedimientos técnicos utilizados para prestar los mismos.

<sup>49</sup> *Fair use* en el caso de EEUU y copia privada en el caso de la normativa europea, como veremos seguidamente.

En cuanto al derecho de comunicación pública, de acuerdo con el TASC la cuestión se centra en determinar si efectivamente existe un «público» al que va dirigida la comunicación de cada contenido grabado, para determinar si se ejecuta un acto de explotación de tal derecho. A este respecto, el Tribunal concluye que la suma de los usuarios individuales con derecho de acceso a esos contenidos no pueden considerarse un «público» a los efectos de la USCA. Por tanto el TASC considera que no es necesario analizar si existe también un acto de «comunicación», puesto que al no existir un «público» no existe un acto de «comunicación» en el sentido de la USCA.

No se tiene en cuenta, ni con respecto al derecho de reproducción ni al derecho de comunicación pública, el valor económico implícito a la prestación de este tipo de servicios que, como veremos, sí se toma en consideración en derecho europeo.

## 2. JURISPRUDENCIA EUROPEA

Los tribunales europeos también se han pronunciado sobre la legalidad de la utilización de mecanismos de grabación audiovisual como son los nPVRs, en supuestos en que los proveedores de este tipo de servicios no han solicitado la autorización expresa de los correspondientes titulares de derechos de propiedad intelectual. Los casos más destacados se han planteado en la jurisdicción francesa y en la alemana<sup>50</sup>. En ellos se abordan las mismas cuestiones que fueron objeto de análisis en el caso *Cablevision*<sup>51</sup>.

En términos generales, el planteamiento de los proveedores de estos servicios en Europa es —al igual que en EEUU— que, desde un punto de vista jurídico, los mismos no deberían diferenciarse de los dispositivos físicos de grabación, ya sean éstos los tradicionales grabadores de video caseros o bien los descodificadores instalados en los hogares y que permiten grabar contenidos ya emitidos por los canales contratados por los clientes u ofrecidos en abierto para poder verlos en un momento posterior (*time-shifting*). En consecuencia, su uso debe estar amparado por el límite de copia privada y/o cualquier otro que pudiera asimilarse.

Por el contrario, los titulares de derechos consideran que estos servicios requieren la obtención de autorizaciones específicas de explotación de derechos de propiedad intelectual, en particular, del derecho de reproducción y, dependiendo

---

<sup>50</sup> Lo son, a los efectos del presente estudio, por la cercanía a nivel normativo y de tradición jurídica.

<sup>51</sup> (i) ¿Qué actos de explotación de derechos de propiedad intelectual podrían estar llevándose a cabo al prestar este tipo de servicios (actos de reproducción y/o de comunicación pública)?, (ii) ¿quién los lleva a cabo? y, (iii) en el caso de llevarse a cabo, ¿existe alguna excepción a la necesidad de obtener la correspondiente autorización de los titulares de derechos?

del caso, del derecho de comunicación pública, en la modalidad de puesta a disposición del público, puesto que entienden que este tipo de grabaciones no pueden ampararse en ninguna limitación legal.

### 2.1. Francia: caso Wizzgo

El caso Wizzgo enfrentó en 2008, en varios procedimientos judiciales, a la empresa titular de la plataforma [www.wizzgo.com](http://www.wizzgo.com) (Wizzgo) con los principales canales de televisión franceses<sup>52</sup>.

#### (i) Objeto de la demanda. Funcionamiento del servicio Wizzgo

Wizzgo ofrecía a sus clientes un servicio de grabación de los contenidos de televisión accesibles previamente a través de TDT de manera gratuita. Para ello, esta compañía realizaba una copia del contenido solicitado, lo encriptaba y lo ponía a disposición del cliente. Éste, utilizando el software previamente descargado y que la propia Wizzgo le había facilitado, lo des-encriptaba, lo almacenaba y podía visionarlo en el momento y lugar elegidos y a través de cualquier dispositivo de visionado<sup>53</sup>.

En sus sucesivas reclamaciones, los demandantes atribuían a Wizzgo la infracción de sus derechos de propiedad intelectual, en particular, los derechos de reproducción y comunicación pública, sobre los contenidos de los canales de TDT copiados. En su defensa, Wizzgo alegaba que su plataforma actuaba a modo de grabador personal y, en consecuencia, estaba protegida por las excepciones de copia transitoria y copia privada reguladas en el artículo L 122-5(2º) y (6º) del Código de la Propiedad Intelectual francés<sup>54</sup> (CPI)<sup>55</sup>. Así, la copia previa de carácter técnico y necesario para prestar el servicio, que realizaba la propia Wizzgo, estaría protegida como «copia transitoria», por ser una copia temporal sin valor económico, mientras que la copia del contenido recibida por

---

<sup>52</sup> Entre ellos, S.A. Metropole Television y demás sociedades de su grupo (Grupo M6), France 2, France 3, France 4 y France 5, y también TF1 et NT1 en un procedimiento similar.

<sup>53</sup> Cada vez que se enviaba una copia de contenido a un cliente, se añadía la siguiente advertencia: «Ésta es una copia privada realizada por y a petición del cliente, dirigida únicamente al uso personal del cliente y de su entorno privado». Así Wizzgo intentaba, por un lado, excluir su responsabilidad con respecto al posible acceso ilícito a contenidos y, por otro lado, justificar la aplicación de la excepción de copia privada.

<sup>54</sup> Traducción propia del título francés: *Code de la Propriété Intellectuelle*.

<sup>55</sup> En lo relativo a la copia privada, el artículo L 122-5 del CPI antes mencionado, en su apartado 2º, define esta excepción como copias realizadas (i) a partir de una fuente lícita, y (ii) reservadas estrictamente al uso privado del copista, y no a un uso colectivo. En cuanto a la copia transitoria, el artículo L 122-5 en su apartado 6º prevé que serán consideradas como tales las copias que (i) sean parte integrante y esencial de un procedimiento técnico, (ii) cuya única finalidad sea permitir la utilización lícita de una obra o su transmisión entre terceros a través de una red que requiera de un intermediario y (ii) no tengan un valor económico propio.

el cliente para su des-criptación y visionado sería una copia privada, puesto que la realizaba el propio cliente para su uso privado, aunque utilizando los medios técnicos facilitados por Wizzgo.

Por su parte, los demandantes afirmaban que estas excepciones no son aplicables al caso, puesto que ninguna de las copias realizadas puede ser considerada temporal, ya que no son efímeras sino permanentes. Asimismo, en cuanto a las copias recibidas por los clientes, para ser consideradas «privadas», las mismas deberían haber sido realizadas directamente por el usuario y no por un tercero (el prestador de servicios). Por otra parte, los demandantes consideraban que estas copias tienen un fin comercial, al menos indirecto, puesto que la plataforma de Wizzgo, aunque no cobraba por el servicio de grabación, sí incluía publicidad en la misma, de la que recibía sus ingresos.

A nivel doctrinal, Thibault Verbiest, Bertrand Vandeveldel y Pascal Reynaud<sup>56</sup> consideran que la cuestión principal en este caso es, una vez más, determinar si el servicio que ofrece Wizzgo se puede equiparar a un grabador personal «casero» o si estamos ante un sistema de copia a distancia similar a un aparato de reprografía, aunque no es éste el criterio utilizado por la autoridad judicial<sup>57</sup>.

## (ii) Decisión judicial

En sentencia de 25 de noviembre de 2008, el *Tribunal de Grande Instance de Paris (3ème chambre, 1ère section)* (TGI) declaró, de acuerdo con el artículo L 122-5 antes indicado, que (i) el procedimiento técnico utilizado por Wizzgo sólo conllevaba la realización de una copia, no dos, de los contenidos protegidos, puesto que la des-criptación no puede considerarse en sí misma una segunda reproducción, (ii) dicha copia no puede ser considerada transitoria, sino permanente y, además, con valor económico propio, vinculado a la publicidad insertada en su página web, y (iii) esa copia no puede ser considerada privada, puesto que no la realiza el individuo que va a ser beneficiario de la misma sino un tercero, el prestador del servicio. En definitiva, el «copista» es una persona distinta de quien va a hacer uso de esa copia, a pesar de que actúa a petición del usuario y realiza una tarea puramente técnica<sup>58</sup>. En consecuencia, **el TGI considera**

---

<sup>56</sup> T. VERBIEST, B. VANDELDELDE Y P. REYNAUD, «La légalité des magnétoscopes en ligne: l'affaire WIZZGO, 9 de octubre de 2009». <http://www.droit-technologie.org/actuality-1181/la-legalite-des-magnetoscopes-en-ligne-l-affaire-wizzgo.html>

<sup>57</sup> De nuevo nos encontramos ante la misma disyuntiva que se planteaba en el caso Cablevision, subrayada por Ficsor en su análisis, con la diferencia de que Wizzgo ofrece un servicio que únicamente consiste en poner a disposición de los usuarios un mecanismo de copiado, y éste no es un elemento accesorio o complementario a un servicio de oferta de canales de televisión, como ocurre en Cablevision.

<sup>58</sup> En sentencias de 6 de agosto y 6 de noviembre de 2008, basándose en el derecho de autor y, en la segunda decisión, también en derechos de propiedad industrial (marcas) y competencia desleal, el TGI había declarado también ilícito este servicio, aunque sin entrar en el fondo del asunto.

**que las copias realizadas por Wizzgo no pueden considerarse subsumibles ni en la excepción de copia transitoria ni en la de copia privada.**

El TGI no entra a analizar el supuesto de infracción del derecho de comunicación pública, puesto que parece asumir que si la reproducción es ilícita, también lo es la comunicación pública, ya que condena a Wizzgo por infracción de los derechos de propiedad intelectual de los canales demandantes sobre sus contenidos por la reproducción y comunicación pública de los mismos sin la debida autorización.

Esta decisión fue ratificada por la *Cour d'Appel de Paris* (CAP), en sentencia de 14 de diciembre de 2011<sup>59</sup>. En su sentencia, la CAP recuerda, citando la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 16 de junio de 2009 (caso Infopaq)<sup>60</sup>, que **las excepciones son derechos limitados** (y se podría matizar que ni tan siquiera son derechos, en sentido estricto<sup>61</sup>), por lo que tienen que ser interpretados restrictivamente<sup>62</sup> y, en todo caso, a favor de los titulares de derechos<sup>63</sup>.

## 1.2. ALEMANIA: CASOS SAVE.TV Y SHIFT.TV

Los casos planteados en la jurisdicción alemana parten de un supuesto de hecho similar al planteado en el caso Wizzgo, si bien el resultado es diferente, debido fundamentalmente a las diferencias legislativas entre ambas jurisdicciones, en particular, en relación a la regulación de la excepción de copia privada. Dichos casos dieron lugar a la interposición de sucesivas demandas, tres de las cuales llegaron hasta el Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*, BGH), el cual se pronunció parcialmente al respecto de la licitud de dichos mecanismos de grabación en la nube en tres sentencias dictadas todas ellas el 22 de abril de 2009.

Los casos en cuestión son *ProSiebenSat.1 Media AG v. Netlantic GmbH* (Shift.TV)<sup>64</sup>, *RTL v. Save.TV Limited*<sup>65</sup> y *RTL v. Netlantic GmbH* (Shift.TV)<sup>66</sup> y hacen referencia a las plataformas [www.save.tv](http://www.save.tv) y [www.shift.tv](http://www.shift.tv) (casos Save.TV y Shift.TV).

---

<sup>59</sup> Cuando ya Wizzgo había dejado de prestar sus servicios por haber quebrado la compañía, entre otros, debido a los sucesivos litigios a los que tuvo que hacer frente.

<sup>60</sup> *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*. C-5/08.

<sup>61</sup> Son limitaciones al ejercicio de un derecho, como su propio nombre indica.

<sup>62</sup> Aunque como veremos seguidamente, el propio TJUE ha matizado esa interpretación. Ver referencia a casos Premier League y NLA, pág. 29.

<sup>63</sup> Con posterioridad al caso Wizzgo, el legislador francés ha reforzado, restringiéndola, la regulación de la copia privada en Francia, a través de la aprobación de la *Loi n° 2011-1898, du 20 décembre 2011 relative à la rémunération pour copie privée*. Esta reforma no habría afectado a la decisión en el caso Wizzgo, puesto que no se modifica la normativa en lo relativo a los conceptos cuestionados en dicho caso. No obstante, es significativo que se esté revisando su regulación en sentido restrictivo.

<sup>64</sup> Caso no. I ZR 215/06.

<sup>65</sup> Caso no. I ZR 175/07.

<sup>66</sup> Caso no. I ZR 216/06.

(i) Objeto de la demanda. Funcionamiento de los servicios Save.tv y Shift.tv

Del mismo modo que Wizzgo, los servicios Save.tv y Shift.tv, creados en 2005 y 2006 respectivamente, permitían a sus clientes grabar contenidos de los canales de televisión emitidos en abierto en Alemania y, por tanto, accesibles para esos usuarios desde fuentes lícitas, aunque en este caso a cambio de una remuneración. Los prestadores de estos servicios capturaban a tiempo real la señal de esos canales a través de receptores satélite, convertían la señal y almacenaban los contenidos obtenidos a través de la misma en un espacio «privado» localizado en la nube que habían adjudicado a cada uno de los usuarios que solicitaban esa grabación. Desde ese entorno privado, éstos podían visualizar los contenidos bien vía *streaming* o a través de *downloading*, en cualquier lugar y momento elegido por los mismos.

Los demandantes en los casos Save.TV y Shift.TV eran algunos de los principales canales de televisión alemanes (RTL, Sat1, etc.), los cuales reclamaban que esos servicios de copia y almacenaje en la nube de los contenidos emitidos a través de sus canales de televisión infringían sus derechos de propiedad intelectual, en concreto, los derechos de reproducción y de puesta a disposición del público, respectivamente regulados en los artículos 16 y 19a, así como en el artículo 87(1)(2) de la Ley Alemana de Derecho de Autor y Derechos Conexos<sup>67</sup>, de 9 de septiembre de 1965 (UrhG).

(ii) Decisiones judiciales

En lo relativo al derecho de reproducción, el BGH interpretó el artículo 53(1) de la UhrG<sup>68</sup> que regula la excepción de la copia privada, detallando cuáles debían ser los criterios aplicables a los actos de reproducción realizados en el marco de la prestación de un servicio de nPVR para que los mismos no requieran la autorización de los titulares de derechos correspondientes (organismos de radiodifusión, principalmente, y otros terceros titulares), por ser subsumibles en dicha excepción.

Tales criterios son los siguientes<sup>69</sup>: (i) **la grabación del contenido debe iniciarla el usuario (persona física)** beneficiario de la excepción, lo cual no implica

---

<sup>67</sup> Traducción propia del título alemán: *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*.

<sup>68</sup> El artículo 53(1) UrhG (Reproducción para uso privado y otros usos personales) prevé en su apartado (1): «Se autoriza a las personas físicas la posibilidad de realizar copias individuales de obras protegidas para uso privado en cualquier soporte, siempre que no tenga una finalidad directa o indirectamente comercial, en la medida en que las copias no deriven de un modelo de producción ilegal o un modelo que haya sido puesto a disposición del público de forma ilícita. La persona autorizada para realizar esas copias puede también solicitar su realización a un tercero, siempre que no se reciba un pago por ello, o bien si son copias en papel o en un soporte similar que hayan sido obtenidas a través de cualquier tipo de técnica fotomecánica o a través de otro proceso con efectos similares.»

<sup>69</sup> E. TODD, <http://www.olswang.com/articles/2014/07/cloud-pvr-litigation-the-savetv-and-shifttv-case-in-germany/>

que técnicamente tenga que llevarla a cabo el mismo, pero sí debe ser él quien la ordena, (ii) **el prestador del servicio no debe interferir manualmente en el proceso de grabación**, sino que su participación debe ser meramente técnica, y **no remunerada**, y (iii) **no debe existir una «master copy»** o «copia compartida» gestionada de forma centralizada de los contenidos grabados, sino que en el espacio privado de cada usuario se deben almacenar las copias de contenido que éste haya solicitado (modelo de copia individualizada)<sup>70</sup>.

Una vez identificados los criterios aplicables, el BGH concluyó que en primera y segunda instancia no se había analizado de forma suficientemente detallada el funcionamiento técnico de ambos servicios como para poder determinar si aplicaba o no la excepción de copia privada, sobre todo en lo relativo a identificar quién debe ser considerado autor de las copias de contenido<sup>71</sup>. Por tanto, el Alto Tribunal declaró que no se puede determinar si dichos servicios infringían la legislación alemana de propiedad intelectual y, en particular, el derecho de reproducción, hasta que no se realizara ese análisis en profundidad, para lo cual remitió de nuevo los casos al tribunal de segunda instancia<sup>72</sup>.

Por su parte, el *Oberlandesgericht Dresden* (Tribunal de Apelación de Dresde, OLG), tras analizar los servicios en cuestión en los términos indicados por el BGH, decidió mediante sentencia de 12 de julio de 2011<sup>73</sup> que los servicios de nPVR en cuestión no infringen el derecho de reproducción de las demandantes, en los términos previstos en los artículos 16 y 87(1)(2) de la UrhG, puesto que la grabación del contenido la inicia el usuario y la misma se lleva a cabo siguiendo un procedimiento automatizado<sup>74</sup>. Al igual que en el caso *Cablevision*, el OLG no tiene en consideración el elemento económico, es decir, que efectivamente se paga una cantidad a los prestadores del servicio por esas acciones, sino el elemento volitivo, al menos en cierto modo, puesto que prima el determinar quién decide e inicia la grabación, y ello a pesar de que el BGH sí hace referencia a que la grabación no debe haber sido remunerada.

En lo relativo al derecho de puesta a disposición del público, el BGH sí se pronuncia sobre el fondo de la cuestión, al declarar que, aunque se pudiera entender que hay «comunicación» por parte del prestador del servicio (siempre que el acto de reproducción lo hubiera realizado también el mismo), no puede

---

<sup>70</sup> Por tanto, se excluye expresamente el modelo de *shared copy*.

<sup>71</sup> Si el usuario es el autor, en ese caso la colaboración del prestador del servicio es puramente técnica, y aplicaría la excepción de copia privada. Si el autor es el propio prestador del servicio, aunque sea para su posterior entrega a los usuarios, no se aplicaría la excepción.

<sup>72</sup> En las decisiones de instancia previas se había declarado que era el proveedor quien realizaba la copia en el marco de su actividad como productor de un servicio que no se limitaba sólo a poner a disposición de los usuarios un espacio de almacenaje en la nube y, por tanto, no era aplicable la excepción de copia privada.

<sup>73</sup> Caso no. 14 U 801/07.

<sup>74</sup> P. MATZNELLER, «RTL Loses Dispute with Save.tv». *IRIS Legal Observations*, del Observatorio Europeo del Audiovisual (IRIS 2011-8:1/21). <http://merlin.obs.coe.int/iris/2011/8/article21.en.html>.

considerarse que ésta se ha hecho a un «público». Para el BGH, los usuarios que acceden a los contenidos grabados a través de dichos servicios de nPVR no son un «público», ya que el acceso se produce de forma individualizada por cada uno de ellos. Un elemento clave está en que en el momento en que se ofrece el servicio de grabación y acceso a las copias de contenido, éstas no eran accesibles al público a través de los servicios en conflicto. Otro elemento a tener en cuenta es que una vez que los contenidos se grababan en el espacio privado remoto del usuario, sólo éste podía acceder a los mismos, y en ningún caso el operador. Por tanto, sólo los usuarios pueden disponer de esos contenidos. En definitiva, al igual que en el caso Cablevision, el Alto Tribunal alemán considera que **no se habría llevado a cabo un acto de explotación del derecho de comunicación al público**, en los términos regulados en los artículos 19a y 87(1)(2) UrhG, al no existir tal público<sup>75</sup>.

Sin perjuicio de todo lo anterior, el BGH considera que existe otro derecho de explotación cuya potencial infracción es preciso analizar en relación a estos servicios de nPVR. Es, concretamente, el **derecho de (re)transmisión**<sup>76</sup>, regulado en el artículo 20 UrhG<sup>77</sup>, en relación a la acción de transmisión de la señal de los canales captada vía satélite por el operador a la nube privada del usuario localizada en sus servidores. El Alto Tribunal entiende que esa captación podría infringir el derecho de (re)transmisión de los correspondientes canales de televisión, en los términos previstos en el artículo 87(1)(1) de la UrhG, puesto que efectivamente se capta esa señal, que está protegida por derechos de propiedad intelectual. No obstante, una vez más, el BGH concluye que la cuestión debe ser analizada en profundidad en las instancias inferiores. Por tanto, ordena de nuevo al Tribunal de segunda instancia analizar el funcionamiento técnico de los servicios en cuestión para identificar si es necesaria esa autorización.

En la sentencia antes citada de 12 de julio de 2011, el Tribunal de Apelación de Dresde, siguiendo las órdenes del BGH, dictó sentencia a favor de Save.tv<sup>78</sup>, afirmando que su servicio de nPVR no infringía el derecho de reproducción, puesto que desde un punto de vista puramente tecnológico, el autor de las copias de contenido es el usuario de las mismas y no el prestador del servicio. No obstante, el Tribunal no se pronunció con respecto al derecho de (re)transmisión<sup>79</sup>. No existe todavía una decisión similar con respecto a Shift.tv. Por el

---

<sup>75</sup> Informe de Alemania para el Congreso de ALAI 2012, celebrado en Kyoto, Japón, 16-18 de Octubre.

<http://www.alai.jp/ALAI2012/program/ALAI2012-e.html>

<sup>76</sup> La normativa alemana hace referencia indistintamente tanto a actos de transmisión como de retransmisión, en el caso, por ejemplo, de la tecnología cable.

<sup>77</sup> El artículo 20 UrhG prevé: «El derecho de transmisión es el derecho de poner una obra a disposición del público a través de su transmisión, a través de transmisiones de radio y televisión, transmisión por satélite, transmisión por cable o medios similares».

<sup>78</sup> Caso no. 14 U 801/07.

<sup>79</sup> No tenía que pronunciarse respecto del derecho de puesta a disposición del público, puesto que el BGH ya había declarado que no se infringía.

contrario, el Tribunal de Primera Instancia de Múnich decidió, en sentencia de 13 de agosto de 2012<sup>80</sup>, que Save.tv infringía el derecho de (re)transmisión de los organismos de radiodifusión (ProSiebenSat.1) al entregar sus contenidos a los usuarios sin autorización, añadiendo que el servicio no era un mero mecanismo para crear copias privadas<sup>81</sup>.

En cuanto a este derecho, lo cierto es que, previamente al comienzo de los litigios antes mencionados, Save.tv había intentado obtener una licencia de explotación del derecho de (re)transmisión de los organismos de radiodifusión a través de la *Verwertungsgesellschaft Media* (Gestión Colectiva de Medios —VG Media), que tiene obligación de contratar en nombre de dichos organismos con los proveedores de servicios de retransmisión por cable. No obstante, la *Deutsche Patent- und Markenamt* (Oficina Alemana de Patentes y Marcas— DPMA) declaró a través de una nota de prensa publicada el 10 de septiembre de 2010, que Save.tv no podía beneficiarse de esa obligación de contratar que aplica a VG Media, porque la captación de señales por un operador de un servicio de nPVR constituye un uso distinto al que cubre esa obligación pactada entre los organismos de radiodifusión y dicha entidad de gestión colectiva y que *a priori* afecta únicamente a los operadores de cable. Finalmente, mediante sentencia de 11 de abril de 2013<sup>82</sup>, **el BGH<sup>83</sup> decidió en el caso entre RTL y Sat.1 contra Shift.tv y Save.tv que estos últimos efectivamente infringían el derecho de (re)transmisión** de dichos canales, en los términos previstos en el artículo 87(1)(19) de la UrhG, confirmando que no era de aplicación la obligación de contratar prevista en el artículo 87(5) de esa misma norma, lo cual en todo caso debía someterse al arbitraje de la DPMA, que ya se había pronunciado extraoficialmente a tal efecto en 2010<sup>84</sup>.

Como indican Josh Lerner y Greg Rafert<sup>85</sup>, la jurisprudencia alemana es contundente al afirmar que **los servicios Shift.tv y Save.tv no infringen ni el derecho de reproducción ni el derecho de comunicación pública de los organismos de radiodifusión**, en la medida en que la copia del contenido en cuestión la origine el usuario beneficiario de la misma, siendo la colaboración

---

<sup>80</sup> Caso no. 7 O 26557/11.

<sup>81</sup> P. MATZNELLER, «Munich District Court Upholds ProSiebenSat.1 Complaint Against Save.tv Online Video Recorder». *IRIS Legal Observations*, del Observatorio Europeo del Audiovisual. <http://merlin.obs.coe.int/iris/2012/8/article17.en.html> (IRIS 2012-8:1/17)

<sup>82</sup> Caso I ZR 152/11

<sup>83</sup> P. MATZNELLER, «Supreme Court Rules Again in RTL/Sat.1 v. Shift.tv/Save.tv Case». *IRIS Legal Observations*, del Observatorio Europeo del Audiovisual. <http://merlin.obs.coe.int/iris/2013/5/article14.en.html> (IRIS 2013-5:1/14)

<sup>84</sup> P. MATZNELLER, «DPMA Decides that VG Media Does Not Need to Grant Rights to Operate an Online Video Recorder». *IRIS Legal Observations*, del Observatorio Europeo del Audiovisual. <http://merlin.obs.coe.int/iris/2011/1/article22.en.html> (IRIS 2011-1:1/22)

<sup>85</sup> J. LERNER Y G. RAFERT, «Lost in the clouds: The Impact of Changing Property Rights on Investment in Cloud Computing Companies. Working paper 15-082». *Harvard Business School*. [http://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/15-082\\_ce76cd68-19d3-4328-9df0-fb74913cd5db.pdf](http://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/15-082_ce76cd68-19d3-4328-9df0-fb74913cd5db.pdf)

de un tercero en su realización puramente técnica, y no se utilicen copias maestras para grabar el contenido. Por el contrario, **esa misma jurisprudencia establece, a diferencia de la jurisprudencia norteamericana y francesa, que los servicios prestados por Shift.tv y Save.tv requieren, cuanto menos, una licencia del derecho de (re)transmisión.**

En conclusión, tras analizar la jurisprudencia europea, nos encontramos con que, de un modo u otro, la prestación de servicios de nPVR encuentra obstáculos legales en materia de propiedad intelectual para su desarrollo efectivo en los distintos territorios<sup>86</sup>.

En Francia, la jurisprudencia realiza una interpretación restrictiva de la legislación sobre copia privada, al excluir la copia por encargo de la excepción, y ello a pesar de que en su redacción no se excluye expresamente. Una interpretación más flexible de dicha norma sería una posible solución para dar cabida legal a este tipo de servicios, que así podrían desarrollarse de forma lícita en el mercado. Por su parte, la jurisprudencia alemana es algo más flexible, al aceptar la ayuda de un tercero en la realización de las copias privada y admitiendo, por tanto, la aplicación de la excepción de copia privada al nPVR. Asimismo, los alemanes consideran que no hay comunicación al público, porque no existe un «público» diferenciado al que se dirige esa comunicación. Ahora bien, en dicha jurisdicción surge una necesidad distinta, vinculada a obtener autorización para poder captar las señales de televisión que permiten la (re) transmisión del contenido<sup>87</sup>.

En último término, parece que es necesaria una solución a nivel legislativo europeo para hacer frente a esta problemática de forma homogénea en Europa aunque, como veremos más adelante en este estudio, no parece ser ésta una de las prioridades del legislador comunitario.

#### **IV. EL NETWORK PVR EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA**

En España, hasta la fecha de publicación de este artículo no existe ningún procedimiento judicial que analice la licitud de los servicios de nPVR. La doctrina española tampoco ha tratado esta cuestión en detalle. Por tanto, sólo disponemos de los antecedentes norteamericano, alemán y francés para analizar cómo la normativa española debe o puede tratar jurídicamente este tipo de actividades.

---

<sup>86</sup> Nada influye el que efectivamente se considere que estos servicios se asimilan *de facto* al grabador de video casero, fundamentalmente en cuanto a su utilidad para los usuarios, que es lo que determina el valor de la explotación de los mismos.

<sup>87</sup> Se plantea una duda al respecto de si esa «(re)transmisión» no es más bien un acto de reproducción (copia) de esa señal, como ocurre en derecho español, tal y como explicamos seguidamente y, en cuyo caso, se podría también incluir en la excepción de copia privada.

Al igual que en el marco de los procedimientos judiciales antes analizados, en la normativa española es necesario dar respuesta a las tres cuestiones que plantea el funcionamiento del servicio de nPVR que, a los efectos del presente capítulo, definiremos como un servicio de grabación en la nube que consista en (i) captar contenidos de televisión por vías lícitas para (ii) grabarlos en un servidor alojado en la nube, ya sea en espacios compartidos o individualizados para cada su usuario, y (iii) posteriormente entregárselos a los usuarios finales que sean clientes de ese servicio y hayan solicitado la grabación de ese contenido.

Este examen debe, además, realizarse partiendo de la base de que —a tenor de la jurisprudencia internacional analizada— la prestación de ese servicio podría conllevar, cuanto menos, la realización de actos de explotación de: (a) el derecho de reproducción y (b) el derecho de comunicación pública, en la modalidad de puesta a disposición del público, en el caso europeo, de los titulares de dichos contenidos<sup>88</sup>.

## 1. DERECHO DE REPRODUCCIÓN

La determinación de si la prestación de un servicio de nPVR conlleva la realización de actos de explotación del derecho de reproducción depende en gran medida del tipo de servicio que se preste. Tomando como ejemplo el modelo definido previamente, podemos concluir que en el proceso de grabación y puesta a disposición de contenido se produce —al menos— un acto de reproducción, en la medida en que se copia de forma permanente (durante periodos más o menos extensos, dependiendo del servicio) el contenido solicitado por los usuarios en la nube (ya sea en un espacio privado o de forma compartida) para uso exclusivo de los mismos. Además, podría existir algún otro tipo de copia técnica previa o posterior (para facilitar ese contenido al usuario final) que pudiera conllevar un acto de explotación adicional del derecho de reproducción.

Respecto a estas últimas, podría considerarse que existe una copia técnica «previa» de contenidos en modelos de nPVR como el desarrollado por Cablevision, en cuanto a las llamadas copias *buffer* que el operador debe realizar para después crear la copia permanente en la nube de los usuarios. No es así, en cambio, en relación a un modelo de servicio como el desarrollado por Wizzgo, respecto del que el TGI descartó que se realizara una copia técnica previa al encriptar la señal que contenía los canales.

---

<sup>88</sup> Ambos derechos se regulan en los artículos 18 y 20.2(1) del TRLPI, en los artículos 2 y 3 de la Directiva 2001/29, y en los artículos 9 y 11bis del *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, de 9 de septiembre de 1886 (CB). Como avanzábamos en el capítulo anterior y cómo se explica en mayor detalle en el apartado 2 de este capítulo IV, de acuerdo con la normativa española, no puede afirmarse que se haya llevado a cabo también un acto de explotación del derecho de comunicación pública en la modalidad de (re)transmisión, como se plantea en la jurisdicción alemana.

Tanto en relación a la copia permanente como a la copia temporal o *buffer*, es preciso analizar si, en derecho español, este tipo de copias están cubiertas por alguna de las limitaciones establecidas en el TRLPI. Dichas limitaciones potencialmente aplicables son, al igual que en la jurisdicción francesa, las relativas a las reproducciones provisionales y a la copia privada reguladas respectivamente en los apartados primero y segundo del artículo 31 del TRLPI<sup>89</sup>.

### *1.1. Reproducciones provisionales*

El límite relativo a las reproducciones provisionales se regula en el **artículo 5.1 de la Directiva 2001/29 y en el artículo 31.1 del TRLPI**, y su aplicación está condicionada a que la realización de este tipo de copias esté integrada en un procedimiento lícito de copia y difusión de los contenidos en cuestión. Es decir, sólo si el resto de actos de explotación identificados en ese procedimiento son lícitos, bien por haberse obtenido una autorización para su realización o por estar amparados en alguna de las restantes excepciones del TRLPI, serán lícitas las reproducciones provisionales que los acompañan.

El legislador comunitario introduce en la normativa europea de propiedad intelectual esta excepción como la única limitación obligatoria a los derechos de propiedad intelectual del listado exhaustivo incluido en el artículo 5 de la misma y que, por tanto, todos los Estados Miembros deben transponer a sus legislaciones nacionales<sup>90</sup>. A su vez, el legislador español traspone esa norma casi de forma literal en el TRLPI<sup>91</sup>.

Ignacio Garrote Fernández-Díez explica que esta excepción se creó esencialmente para tres categorías de copias temporales de contenido existentes en el entorno digital en el momento de aprobación de la Directiva: (i) las denominadas copias efímeras (o técnicas) que son necesarias para completar la transmisión de contenidos en el entorno digital (ej. *routers*); (ii) las copias RAM que se generan en los ordenadores de los usuarios y son necesarias para permitir la visualización o audición de una obra; y (iii) las copias *caché*, que son repro-

---

<sup>89</sup> Asimismo, estas excepciones se regula respectivamente el artículo 5, apartados 1 y 2(b) de la Directiva 2001/29.

<sup>90</sup> El objetivo de esta regulación comunitaria, y su desarrollo nacional, es adaptar la legislación europea en materia de propiedad intelectual al entorno digital y, en particular, a los procesos de transmisión de contenidos a través de Internet que, por su propia naturaleza, requieren la realización de copias intermedias, temporales e instrumentales de todo tipo de contenidos, como son las reguladas en esta excepción del artículo 5.1.

<sup>91</sup> En los siguientes términos: «No requerirán autorización del autor los actos de reproducción provisional a los que se refiere el artículo 18 que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiéndose por tal la autorizada por el autor o por la ley.»

ducciones completas de contenidos disponibles *online* que se almacenan en los servidores de los prestadores de servicios de Internet<sup>92</sup>.

No obstante, el propio Garrote se cuestiona —al igual que gran parte de la doctrina— si efectivamente todas estas categorías de reproducciones deben ampararse en la excepción del artículo 5.1 de la Directiva 2001/29 y, en consecuencia, en el artículo 31.1 del TRLPI, o si el legislador comunitario debería haber optado simplemente por excluir de la propia definición del derecho de reproducción —contenida en el artículo 2 de la Directiva— determinados supuestos concretos de copiado que no puedan ni tan siquiera ser considerados actos de reproducción<sup>93</sup>.

Sin perjuicio de la discusión doctrinal sobre esta cuestión, lo cierto es que existen copias de contenido en el entorno digital que, sea por vía de exclusión del derecho de reproducción en el artículo 2 de la Directiva (artículo 18 del TRLPI), sea por vía de excepción en el artículo 5 de dicha Directiva (artículo 31 del TRLPI), deben eximirse de la obligación de obtener la preceptiva autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual, puesto que de otro modo sería imposible el funcionamiento de Internet y de los procesos tecnológicos asociados a la tecnología digital, como apunta Sebastián López Maza. Para este autor, la creación de esta excepción es precisamente una reacción del legislador comunitario a la excesiva protección normativa de los intereses de los titulares de derechos de propiedad intelectual frente a los nuevos desarrollos tecnológicos, principalmente en el entorno digital<sup>94</sup>. Esta intención del legislador comunitario también se deduce del tenor de los Considerandos de la Directiva<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Límites». *Comentarios a la Ley...*, cit, págs. 533 y siguientes; y «Límites a los derechos de propiedad intelectual». *La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*. (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano). Tirant Lo Blanch. Valencia, 2006, págs. 41 y siguientes.

<sup>93</sup> En este sentido, Garrote afirma que al menos las copias efímeras o técnicas deberían considerarse excluidas de ese concepto de reproducción en el marco del artículo 2. Así lo entiende también Begoña Ribera Blanes. B. RIBERA BLANES, *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*. Dickynson. Madrid, 2002. Por su parte, Gabriel Marín Raigal va más allá al afirmar que toda copia provisional, en la medida en que carezca de significado económico independiente, debería excluirse directamente de dicho artículo 2, no siendo necesario crear una excepción obligatoria *ad hoc* para las misma como hace el artículo 5.1 de la Directiva. G. MARÍN RAIGAL, «La excepción obligatoria relativa a las reproducciones provisionales en el art. 31.1 LPI». *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías: incidencias por la ley 23/2006, de 7 de julio* (coord. Juan Antonio Moreno Martínez). Madrid. Dykinson, 2008, págs. 341 y siguientes. Además de lo anterior, la doctrina también cuestiona la propia redacción de este artículo, puesto que incluye conceptos bastante vagos e indefinidos, cuya interpretación plantea importantes problemas en la práctica. Así lo pone de manifiesto Lucie Guibault. L. GUIBAULT, «Le tir manqué de la Directive européenne sur le droit d'auteur dans la société de l'information». *Les Cahiers de Propriété Intellectuelle*, 2003-2, págs. 537-573.

<sup>94</sup> Afirma López Maza que sin una excepción de este tipo resultaría inviable tener que autorizar la multitud de copias que son necesarias para llevar a cabo transmisiones digitales de contenido, lo que supondría un importante obstáculo al desarrollo de la tecnología digital. S. LÓPEZ MAZA, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*. Comares. Madrid, 2009, págs. 135 y siguientes.

<sup>95</sup> En particular, el Considerando 31 hace referencia a la necesidad de equilibrar los derechos e intereses de los titulares de derechos con los de los usuarios de prestaciones protegidas, debiendo reevaluarse las excepciones y limitaciones a los derechos de propiedad intelectual «a la luz de los avances logrados en la electrónica»

Por tanto, asumiendo que la decisión del legislador comunitario ha sido regular estos supuestos de copia por vía de excepción, y teniendo en cuenta la finalidad de la norma que apunta López Maza, por mi parte considero que ese artículo 5.1 —y por ende el artículo 31.1 del TRLPI— deben interpretarse en un sentido amplio, de manera que se pueda incluir en el concepto de reproducciones provisionales otros tipos de copia distintos a los inicialmente considerados por el legislador comunitario y apuntados por el profesor Garrote, siempre que se cumplan los requisitos de la norma<sup>96</sup>.

Centrándonos en el nPVR, es preciso analizar si las copias temporales y técnicas que es necesario realizar para el funcionamiento de estos nuevos servicios digitales pueden ampararse en esta excepción del artículo 5.1. Para ello, debemos examinar si los requisitos para la aplicación del límite previstos en el **artículo 31.1 del TRLPI** se cumplen en relación a ese tipo de actos de reproducción. En síntesis, dichos requisitos son los siguientes: **(a) las copias deben ser provisionales, (b) sin significación económica independiente, (c) transitorias o accesorias, (d) parte integrante y esencial de un proceso tecnológico, y (e) con la finalidad de facilitar una utilización lícita.**

En el caso de las copias *buffer* identificadas en el servicio de Cablevision, se podría afirmar *a priori* que se cumplen los requisitos (d) y (e).

En cuanto al primero, es evidente que **las copias realizadas para prestar este tipo de servicios son parte integrante y esencial de un proceso tecnológico** que consiste en todo el proceso de captación de señales, grabación y puesta a disposición del contenido objeto de las mismas para su acceso por parte del usuario que lo solicita, puesto que esa copia es necesaria para poder llevar a cabo el alojamiento en la nube de los contenidos. En este sentido, en el caso *Newspaper Licensing Agency Ltd. (caso NLA)*<sup>97</sup>, en el que a su vez se citan los casos *Infopaq* y *Premier League*<sup>98</sup>, y , en el que se cuestiona el carácter provisional de copias de contenido realizadas en un sitio de Internet, en pantalla y en la caché del disco duro durante la navegación en Internet, el TJUE afirma que el propio proceso tecnológico utilizado para la consulta de sitios de Internet crea y suprime esas copias, de modo que se efectúan completamente en el marco de este proceso. Del mismo modo, en el procedimiento utilizado por Cablevision, las copias *buffer* se crean y suprimen en ese mismo proceso, y de forma automática. Además, sin ellas no sería posible copiar posteriormente de

---

<sup>96</sup> Para quien pueda ver con ello peligrar el ejercicio del derecho de reproducción en este contexto, conviene recordar que, en último término, siempre disponemos de la regla de los tres pasos prevista en el artículo 5.5 de dicha Directiva, para modular la aplicación de cualquier excepción a los derechos de propiedad intelectual, incluida la regulada en el artículo 5.1.

<sup>97</sup> *Public Relations Consultants Association Ltd. v. Newspaper Licensing Agency Ltd y otros.* C-360/13.

<sup>98</sup> *Football Association Premier League Ltd y otros v. QC Leisure y otros* (C-403/08); *Karen Murphy v. Media Protection Services Ltd.* (C-429/08).

forma permanente esos contenidos en los *storage boxes* de los usuarios. Por tanto, se debe considerar que esas copias son parte integrante y esencial del proceso tecnológico de nPVR.

Respecto del segundo requisito, **la realización de copias *buffer* tiene como finalidad facilitar una utilización lícita**, es decir, que el usuario acceda a ese contenido para cuyo consumo ya está autorizado, puesto que ha contratado un servicio de televisión en el que se incluyen, o porque son contenidos disponibles en abierto. En definitiva, no estamos ante contenidos a los que se haya accedido o a los que se pretenda acceder de forma ilícita. Si fuera así, no cabría ni tan siquiera tener en consideración la posibilidad de aplicar un límite a un acto de reproducción.

Por el contrario, resulta más difícil argumentar que esas copias cumplen los requisitos (a), (b) y (c) previamente enumerados. Ahora bien, al analizar estos requisitos es importante tener en cuenta la posición del TJUE, el cual plantea —entre otros en los casos Premier League y NLA antes citados<sup>99</sup>— que si bien los límites a los derechos de propiedad intelectual deben interpretarse de forma estricta, por ser una excepción a la regla general que regula la explotación de estos derechos (la exigencia de autorización del titular), dicha interpretación debe permitir salvaguardar el efecto útil de las excepciones así establecidas y respetar su finalidad, que en este caso es permitir y garantizar el desarrollo y el funcionamiento de nuevas tecnologías y mantener un justo equilibrio entre los derechos e intereses de los titulares de derechos, por una parte, y de los usuarios de obras protegidas, por otra.

#### (i) Copias provisionales, transitorias o accesorias

Al respecto de los requisitos (a) y (c), entiendo que se pueden analizar conjuntamente el **carácter provisional y transitorio**, puesto que aunque el TRLPI los distingue, parecen llevar a un mismo lugar, es decir, a que las copias de contenido permanezcan durante un corto periodo de tiempo en el lugar en el que se realizan<sup>100</sup>.

La normativa no indica cuánto tiempo ha de considerarse suficientemente efímero como para determinar que una copia es «provisional» o «transitoria», aunque en ambos casos parece quedar claro que están vinculadas a un criterio temporal. No obstante, parte de la doctrina no apoya esta interpretación. Como

---

<sup>99</sup> Los cuales matizan la afirmación previa del mismo Tribunal sobre la interpretación restrictiva de las excepciones en su sentencia Infopaq, antes citada.

<sup>100</sup> La Real Academia Española (RAE) define el término «provisional» como «Que se hace, se halla o se tiene temporalmente», y el término «transitorio» en su primera acepción como «Pasajero, temporal».

mencionábamos al analizar dicho caso, Ficsor<sup>101</sup> y Ginsburg<sup>102</sup> afirman que ese cálculo no debe hacerse en medidas de tiempo, sino que es preciso tener en cuenta si la fijación en cuestión efectivamente permite acceder de forma «suficientemente permanente o estable» al contenido copiado. En cambio, la doctrina española, y en concreto Marín Raigal, entiende que lo transitorio debe interpretarse como un periodo de tiempo muy corto, eso sí, aunque no se puede delimitar de forma exacta<sup>103</sup>. Como explicábamos previamente, Ignacio Garrote<sup>104</sup> va más allá al afirmar, en particular respecto a las copias efímeras —a las que personalmente considero que es preciso equiparar las copias *buffer* objeto de análisis<sup>105</sup>— que las mismas no deben estar sujetas a autorización, no por su provisionalidad, sino porque ni tan siquiera deben ser consideradas «reproducciones» en sentido legal, pues no tienen como función un uso posterior de la obra. Por tanto, la doctrina no parece aclararse al respecto de estos conceptos.

La jurisprudencia comunitaria puede darnos alguna pista más sobre cómo interpretar este requisito. En el caso Infopaq<sup>106</sup>, aunque versa sobre un caso totalmente distinto al que nos ocupa, el TJUE analiza el concepto de copias provisionales, afirmando en el Dispositivo 64 de su decisión lo que **«no debe considerarse como «transitorio»**, que es todo **acto de copia que «excede del tiempo necesario para el buen funcionamiento del procedimiento técnico considerado, entendiéndose que dicho procedimiento está automatizado y suprime automáticamente el acto en cuestión sin intervención humana, desde el momento en que éste ha concluido su función en el marco del procedimiento»**.

Por tanto, se utiliza un criterio temporal ligado a que ese plazo sea el «necesario» para llevar a cabo el procedimiento tecnológico en el que se incorpora la realización de esas copias provisionales. Así lo establece el TJUE también en el caso NLA y es éste el criterio también utilizado en Cablevision, es decir, la temporalidad asociada a la necesidad de realizar esas copias en el marco de un procedimiento tecnológico. Tal y como se explicaba en el caso Cablevision, las copias *buffer* cumplirían estos requisitos, puesto que ese periodo cortísimo de tiempo (de 1.2 segundos) que permanecen en el sistema es el tiempo «necesario» para permitir que esa copia de contenido se pudiera transferir posteriormente a las *storage boxes* de los usuarios, y después desaparece. Siendo así, esas copias son tan efímeras que no deben requerir ninguna autorización de reproducción.

---

<sup>101</sup> M. FICSOR, «The WIPO «Internet treaties»...», *cit.*, págs. 13 y siguientes.

<sup>102</sup> J. GINSBURG, «Recent Developments in US Copyright Law...», *cit.*, págs. 7 y ss.

<sup>103</sup> G. MARÍN RAIGAL, «La excepción obligatoria...», *cit.*, pág. 364.

<sup>104</sup> I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *Comentarios a la Ley ...*, *cit.*, págs. 541 y siguientes; y *La reforma de la Ley...*, *cit.*, págs. 41 y siguientes.

<sup>105</sup> Entre otros, las copias *buffer* se realizan en un *router*, en el que permanecen un ínfimo espacio de tiempo, del mismo modo que las copias efímeras a las que hace referencia la legislación.

<sup>106</sup> Asunto C-5/08, *cit.*

En cuanto al **carácter accesorio**, de acuerdo con la redacción de la norma, es un requisito alternativo al de la transitoriedad, que además no está vinculado a la temporalidad sino a su **carácter subsidiario o dependiente** con respecto a otro acto de reproducción principal y, por tanto, insignificante para el titular de derechos, como apuntan Silke Von Lewinski y Michel M. Walter<sup>107</sup>. Así lo entiende también Gabriel Marín Raigal, colocando el Considerando 33 de la Directiva en el origen de esta interpretación<sup>108</sup>.

Este requisito se cumpliría también en relación a esas posibles copias técnicas (como son las copias *buffer* de Cablevision), en la medida en que su realización **«no tiene ni existencia ni finalidad autónoma en relación con el proceso técnico controvertido en el litigio principal»**, tal y como afirma el TJUE en el caso NLA. Es decir, esa copia está vinculada y es necesaria para completar un procedimiento técnico más amplio, que a su vez conlleva un acto de explotación más relevante, el cual además es lícito y que, en el caso de los servicios de nPVR sería la reproducción y puesta a disposición del público de la copia de la obra realizada en el marco bien de una autorización o bien del límite de copia privada, si éste fuera aplicable.

#### (ii) Sin significación económica independiente

La interpretación de este concepto [requisito (b) de los arriba enumerados] es compleja, tal y como apunta el profesor Garrote<sup>109</sup>, pues la norma no es clara y tampoco existe jurisprudencia al respecto<sup>110</sup>. Por tanto, este autor afirma que dicha interpretación debe realizarse con base en el concepto de «explotación normal de la obra» contenido en la regla de los tres pasos, regulada en el artículo 40 bis del TRLPI<sup>111</sup>, tal y como también afirman Juan Cadarso Palau<sup>112</sup>, Sebastián López Maza<sup>113</sup> y el propio Gabriel Marín Raigal<sup>114</sup>.

En línea con lo afirmado en particular por Ignacio Garrote, **el elemento clave a la hora de analizar este requisito está en determinar si esa copia puede dar lugar a una nueva explotación de la obra con un valor económico**

---

<sup>107</sup> S. VON LEWINSKI y M. M. WALTER, «Information Society Directive». *European Copyright Law*. Oxford University Press, 2010, págs. 921 y siguientes.

<sup>108</sup> G. MARÍN RAIGAL, «La excepción obligatoria...», *cit.*, págs. 364-365.

<sup>109</sup> I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Límites». *Comentarios a la Ley ...*, *cit.*, pág. 544.

<sup>110</sup> El TJUE en el caso Premier League hace referencia a este criterio pero sin profundizar en el mismo.

<sup>111</sup> También en el artículo 5.5 de la Directiva 2001/29.

<sup>112</sup> J. CADARSO PALAU, «Sobre algunos límites del derecho de reproducción: reproducciones para constancia en un procedimiento. Reproducciones para uso privado La remuneración compensatoria por copia privada. Reproducciones hechas por bibliotecas y entidades del género». *Los límites del derecho de autor* (coord. Ricardo Antequera Parilli, Carlos Rogel Vide). Reus, 2006, págs. 109-129.

<sup>113</sup> S. LÓPEZ MAZA, *Límites del derecho de reproducción...*, *cit.*, págs. 136 y siguientes.

<sup>114</sup> G. MARÍN RAIGAL, «La excepción obligatoria...», *cit.*, págs. 362 y siguientes.

**propio**, es decir, para que ese valor económico sea independiente del resto del proceso técnico en el que se incluye la copia, el mismo ha de generar un acto de explotación distinto, que pueda afectar a la explotación normal de la obra copiada. En este sentido, no influye el que el proceso tecnológico en el que se incorporen sí tenga un valor económico en sí mismo para el prestador del servicio, puesto que en ese caso estas copias participarían de ese valor, y el mismo no sería «independiente». Por tanto, dependerá del tipo de servicio —tanto a nivel técnico como de modelo de negocio— que se ofrezca a los usuarios y, en consecuencia, el uso que pudiera dar a esa copia el operador o, en su caso, el usuario, el que se pueda determinar que existe ese valor económico independiente. En el caso de las copias *buffer* de Cablevision se puede afirmar que no existe tal significado económico independiente en su realización, puesto que no conlleva un acto de explotación distinto con un valor económico propio, sino que es una tarea auxiliar de lo que sí es un acto de explotación.

A modo de conclusión, podemos afirmar en términos generales que, respecto del nPVR, las copias efímeras que se crean para prestar servicios de nPVR — como son las copias *buffer* creadas por Cablevision— podrían ampararse en la excepción de reproducciones provisionales prevista en el artículo 31.1 del TRPI, pues cumplen los requisitos antes enumerados. Estas copias son temporales, puesto que se realizan por un tiempo muy reducido (1.2 segundos). Este tiempo es, además, el estrictamente necesario para el buen funcionamiento del procedimiento técnico de nPVR. Dichas copias son también accesorias a un procedimiento más amplio, que en este caso serían las copias privadas de contenido en el espacio en la nube de los usuarios, y no tienen valor económico independiente con respecto a ese acto de explotación «lícito» (copia privada en la nube del usuario) del que son accesorias, puesto que su creación no puede generar un acto de explotación distinto con valor económico diferenciado<sup>115</sup>.

Sin perjuicio de todo lo anterior, aún en el caso de que se cumplan todos esos requisitos, para que aplique la excepción del artículo 31.1 del TRLPI es necesario además que se cumpla **la regla de los tres pasos prevista en el artículo 40 bis del TRLPI** que, como afirma también Marín Raigal, permite mitigar los potenciales peligros que pueda suponer una aplicación laxa de la excepción del artículo 31.1. De acuerdo con esta regla, la aplicación de cualquier límite

---

<sup>115</sup> A nivel doctrinal también se encuentran posiciones favorables a esta conclusión aunque con respecto a actividades similares. En concreto, en relación al *buffering*, asociado a la visualización en Internet de contenidos (y que se equipara más bien a la memoria RAM, y no tanto a las copias técnicas efímeras, categoría en la que entiendo que deben enmarcarse las copias *buffer* del nPVR), Gabriel Marín Raigal considera que este tipo de actividades de copia temporal debe considerarse incluido en la excepción de reproducciones temporales. Son copias claramente transitorias, cuya única finalidad es mejorar el proceso técnico de transmisión de datos, siendo casi imposible hacer un uso aislado de la copia generada en el procedimiento de transmisión. Si esto es así para copias RAM, con mucho más motivo se habrá de entender así con respecto a las copias efímeras. G. MARÍN RAIGAL, «La excepción obligatoria...», *cit.*, págs. 370 y siguientes.

o excepción a los derechos de propiedad intelectual **no puede (i) causar «un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los autores», ni (ii) ir en detrimento de la «explotación normal de las obras»** a las que se refieran, aunque en el caso de esta disposición y como apunta parte de la doctrina, el hecho de que se incluya el requisito de que la copia no tenga significación económica independiente ya debería permitir considerar que se ha superado esta «prueba»<sup>116</sup>. En cualquier caso, en cumplimiento de la normativa aplicable, habría que analizar si esas copias *buffer*, aun considerándose provisionales, causan ese tipo de perjuicios, en cuyo caso, la excepción de reproducciones temporales no las ampararía. No obstante, no nos detendremos en este análisis, que podría en si mismo ser objeto de un estudio distinto, por la problemática que plantea la aplicación de esta regla y porque además su análisis está muy condicionado por las circunstancias del caso concreto.

## *1.2. Límite de copia privada*

Como se ha constatado al analizar la jurisprudencia internacional, los proveedores de servicios de nPVR en las distintas jurisdicciones han intentado ampararse fundamentalmente en el límite de copia privada regulado en el artículo 31.2 del TRLPI, con mayor y menor éxito, para eximirse de obtener las autorizaciones de los correspondientes titulares de derechos de propiedad intelectual, argumentando —como hemos reiterado a lo largo del presente estudio— que dicho servicio es idéntico en sus funcionalidades a un grabador personal de video, que sí está amparado por la copia privada.

Una vez más, la regulación española de este límite deriva de la normativa comunitaria, aunque la excepción de copia privada ya existía en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad<sup>117</sup>. En concreto, el artículo 31.2 del TRLPI incorpora los cambios regulatorios propuestos por el artículo 5.2.b)<sup>118</sup> de la Directiva 2001/29, que regula esta limitación de forma amplia, previendo que serán consideradas «copias privadas» las reproducciones de

---

<sup>116</sup> Efectivamente, la regla de los tres pasos es un elemento esencial en la aplicación de las excepciones a los derechos de propiedad intelectual, que proviene no ya de esta normativa sino del propio CB, en su artículo 9.2. No obstante, su aplicación a supuestos como el que nos ocupa puede dificultar aún más el desarrollo tecnológico, así como obstaculizar la armonización que es necesario alcanzar a nivel comunitario, sobre todo teniendo en cuenta que su interpretación en el entorno digital plantea importantes incógnitas que dan lugar a interpretaciones bastante dispares a nivel jurisprudencial. Así lo constata parte de la doctrina, razón por la cual se propone que dicha regla se interprete de forma amplia por los tribunales. L. GUIBAULT, N. HELBERGER, P.B. HUGENHOLTZ, G. WESTKAMP & T. RIEBER-MOHN y otros, *Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society. Final Report*. Institute for Information Law, University of Amsterdam. February 2007.

<sup>117</sup> Fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual.

<sup>118</sup> Artículo 5.2. b): «en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de

contenido protegido por derechos de propiedad intelectual realizadas (i) en cualquier soporte, (ii) por una persona física, (iii) para su uso privado y (iv) sin fines directa o indirectamente comerciales. La aplicación de esta limitación está en todo caso condicionada al pago de una compensación equitativa<sup>119</sup>.

No obstante, la norma nacional es más restrictiva que la propuesta por la Directiva, aún más desde la última modificación del TRLPI<sup>120</sup>. Así, de acuerdo con la actual redacción del artículo 31.2 del TRLPI, los requisitos aplicables a la limitación de copia privada son los siguientes.

En cuanto al **autor**, se establece expresamente no sólo que **(a) la copia la deben realizar personas físicas**, sino que además **(b) la misma deberá llevarse a cabo sin asistencia de terceros** (en la anterior redacción de la ley no se mencionaba, ni tampoco se hace referencia a este requisito en la Directiva). Asimismo, **(c)** se permite que esa copia pueda realizarse **en cualquier tipo de soporte**. En lo relativo a la **finalidad de esa copia**, se reitera que la misma debe ser **(d)** para **uso privado**. Además, se excluyen de la excepción no sólo las copias que se realicen a nivel profesional o empresarial, sino también aquellas que tengan fines directa o indirectamente comerciales, o se usen de forma colectiva o lucrativa. Por lo que respecta a las **características de la obra objeto de copia**, se prevé —como ya se hiciera en el régimen anterior— que la limitación sólo aplica a la copia de **(e) obras ya divulgadas**, y se exige que **(f) se haya accedido legalmente** a las mismas «desde una fuente lícita» que, concretamente, en el caso de servicios de televisión, será mediante un acto legítimo de comunicación pública. Este requisito tampoco se exige en el artículo 5.2.b) de la Directiva<sup>121</sup>. Quedan en todo caso **excluidas de la excepción, las copias de obras a las que se haya accedido a través de actos de puesta a disposición del público**, es decir, a través de servicios bajo demanda. Esta redacción tampoco está en la Directiva<sup>122</sup>.

---

*los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6».*

<sup>119</sup> Esta excepción, junto con todas las reguladas en el artículo 5.2 de la Directiva constituyen una lista cerrada y opcional para los Estados Miembros.

<sup>120</sup> Por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Ley 21/2014).

<sup>121</sup> No por ello este requisito es contrario a dicha norma, puesto que como aclara el propio legislador comunitario, la Directiva 2001/29 incluye una regulación mínima, que no excluye que la misma sea reforzada a nivel nacional.

<sup>122</sup> La norma española indica que en ese caso se estará a lo pactado en los correspondientes acuerdos de licencia, es decir, será necesario obtener la correspondiente autorización de los titulares de derechos. Por tanto, en ningún caso aplicará este límite a copias de contenidos accedidos a través de los habituales servicios de VOD de los operadores de televisión, sino que sólo aplicará a los servicios de difusión de canales de televisión u otros servicios de emisión de contenidos similares.

En consecuencia, para poder determinar si las copias permanentes realizadas en la nube (en espacio privado o compartido<sup>123</sup>) a la que tienen acceso los usuarios a través de servicios de nPVR son «copias privadas» a los efectos de la excepción, es necesario analizar si cumplen los requisitos antes previstos.

*A priori*, podemos afirmar que las copias de contenido realizadas a través de los servicios de nPVR tanto en la modalidad de copia individual como de copia compartida, cumplen el requisito (c) de los enumerados previamente, puesto que en el nPVR esas copias se alojan, en formato digital, en los servidores del prestador de servicios localizados en la nube, ya sea en un espacio privado destinado al usuario o en un espacio común (copia compartida). En cuanto a las características de la obra copiada, también se cumplen los requisitos (e) y (f) antes indicados. En cuanto al requisito (e), los contenidos ofrecidos a través del nPVR por definición habrán sido ya divulgados a través de un servicio de televisión. En cuanto al requisito (f), se cumple en la medida en que el servicio permita grabar únicamente aquellos contenidos a los que los usuarios tengan acceso a través del servicio de televisión correspondiente, ya sea éste abierto o de pago, como ocurre con los servicios analizados hasta ahora. No obstante, la copia de contenidos en el marco de los servicios de nPVR no parecen cumplir los requisitos (a), (b) y (d) aquí referidos, tal y como se explica seguidamente.

(i) Copias realizadas por personas físicas y sin asistencia de terceros

En cuanto a los requisitos (a) y (b) antes enumerados, de acuerdo con el régimen jurídico español, **quién realiza la copia privada, es decir, el «copista», debe ser una persona física, que es además quien puede hacer uso de la misma, siempre que el mismo sea privado.** Este extremo no se cuestiona ni por la doctrina ni por la jurisprudencia. No obstante, hasta la reforma del TRLPI llevada a cabo en noviembre de 2014 (Ley 21/2014), no se regulaba expresamente el elemento relativo a la asistencia de terceros, es decir, qué ocurre en el supuesto de que ese copista —persona física— «encargue» a un tercero la realización material de la copia, tal y como expone Juan José Marín López en su análisis de esta normativa<sup>124</sup>. Con la nueva regulación, esa cuestión se resuelve. Se establece expresamente que las copias privadas las debe realizar el copista por sí mismo, sin ningún tipo de asistencia de terceros<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> En los *storage boxes*, en el caso de Cablevision.

<sup>124</sup> J. J. MARÍN LÓPEZ, *La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección*. Pe.i (Revista de Propiedad Intelectual) n° 20. Bercal. Madrid, 2005.

<sup>125</sup> El artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29 no es tan restrictivo como la normativa española a este respecto, Tal y como apuntan Silke von Lewinski y Michel M. Walter, la disposición comunitaria no excluye que las copias hechas por encargo, en la medida en que sean para uso privado y no se realicen con fines comerciales, puedan ser consideradas copias privadas. S. VON LEWINSKI y M. M. WALTER, «Information Society...», *cit.*, págs. 1031 y ss.

Ahora bien, es necesario cuestionarse qué ha de entenderse por el concepto «sin asistencia de terceros», y si debe aplicarse de forma amplia, incluyendo cualquier tipo de colaboración, aunque sea simplemente poniendo a disposición del usuario los medios técnicos para realizar la copia correspondiente, que en todo caso realizaría el usuario, o bien, si ese término debe interpretarse de forma restrictiva, siendo de aplicación únicamente a aquellos supuestos en que el tercero no sólo pone a disposición del usuario los medios técnicos necesarios para la copia sino que además lleva a cabo la misma. En definitiva, volvemos a encontrarnos en un conflicto similar al que se planteó hace más de veinte años con respecto a los establecimientos de reprografía.

En este sentido, nos puede servir de referencia el ya derogado artículo 10.1.a) del Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, en la versión dada a los mismos por la Ley 20/1992, de 7 de julio (RD 1434/1992)<sup>126</sup>, que establecía que no se puede considerar copia privada la que se hace en «establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos y aparatos y materiales para su realización», es decir, las copias realizadas en las tradicionales tiendas de reprografía, las cuales en su caso requerirán una autorización expresa de explotación del derecho de reproducción. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otros, en sentencia núm. 629/2007, de 8 de junio de 2007<sup>127</sup>, al declarar —en aplicación del artículo 10.1 anterior— que las copias realizadas utilizando las máquinas fotocopiadoras puestas a disposición del público, en concreto por la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, no pueden ampararse en la excepción de copia privada, aunque el copista sea una persona física, y el uso que vaya a dar a esas copias sea privado<sup>128</sup>.

A nivel doctrinal, López Maza<sup>129</sup> afirma que la interpretación conjunta de dicho artículo 10.1.a) y del artículo 31.2 del TRPI, incluso en su redacción anterior

---

<sup>126</sup> Este Real Decreto fue derogado por la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

<sup>127</sup> Resolución número 629/2007. El caso enfrentaba a CEDRO Español de Derechos Reprográficos (CEDRO) con la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid por la puesta a disposición del público por esta última de dichos aparatos de reprografía que permiten realizar copias de todo tipo de contenidos.

<sup>128</sup> Esta misma analogía se utiliza por el Tribunal de Apelación en el caso *Cablevision*, aunque *a sensu contrario*, es decir, en el sentido de entender que en los establecimientos de reprografía, el autor de las copias es el usuario de la máquina, ya sea el cliente que accede al establecimiento o el propietario de dicho establecimiento y de la máquina de reprografía en cuestión. En el primer caso, aplica la excepción de *fair use*, en el segundo caso se está realizando un acto de explotación. Ahora bien, lo que técnicamente está claro en el entorno de la reprografía, quién realiza las copias, no lo está tanto en el entorno del nPVR, al respecto de lo cual, el TASC en *Cablevision* decidió que debía tenerse en consideración el elemento volitivo, que está en el usuario, mientras que el operador es un mero ejecutor técnico, elemento que no se tiene en cuenta en derecho español. *Princeton*, 99 F.3d 1381 (6th Cir. 1996) y *Basic Books, Inc.*, 758 F. Supp. 1522 (1991), *cit.*

<sup>129</sup> S. LÓPEZ MAZA, *Límites del derecho de reproducción...*, *cit.*, págs. 202 y siguientes.

a la reforma operada por la Ley 21/2014, ha de realizarse en el sentido de entender que no se deben incluir en el límite de copia privado las copias realizadas por «encargo», es decir, por un tercero a petición del usuario, o bien aquellas realizadas por dicho usuario utilizando medios de copiado que pertenezcan a esos terceros. En este mismo sentido se pronuncia Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano<sup>130</sup>.

En definitiva, si se aplicara analógicamente el artículo 10.1.a) del RD 1434/1992 a la actividad del proveedor de un servicio de nPVR y, en todo caso, teniendo en cuenta la nueva redacción del artículo 31.2 del TRLPI, el operador de un servicio de nPVR se asimilaría a dichos establecimientos de reprografía y, en consecuencia, las copias que realiza para sus clientes requieren la autorización de los titulares de derechos.

En este contexto normativo, entiendo que **la interpretación del concepto «sin asistencia de terceros» debe realizarse de forma amplia**. Así, aunque la participación del prestador del servicio en la realización de la copia que se entrega al usuario (persona física) sea meramente técnica y accesoria, y la misma se haya realizado exclusivamente a petición de sus usuarios (puesto que ellos mismos no pueden hacer esas copias desde sus dispositivos, por motivos técnicos), de acuerdo con la normativa, la doctrina y la jurisprudencia españolas en la materia, que no tienen en cuenta el elemento volitivo que sí se aplica en EEUU, no se podría entender que dichas copias han sido realizadas por la persona física que las solicita sino por el prestador de los mecanismos técnicos para realizar esas copias, por lo que **no se cumple el requisito (b)** antes enumerado (ni por extensión el requisito (a), ya que el tercero habitualmente será una entidad jurídica).

- (ii) Uso privado: no profesional ni empresarial, sin fines directa o indirectamente comerciales, ni uso colectivo o lucrativo

En lo relativo al requisito (d), el artículo 5.2(b) de la Directiva 2001/29 únicamente prevé cómo requisito de «uso» para que se pueda aplicar el límite de copia privada el que las copias se realicen para uso meramente «privado» y sin fines directa o indirectamente comerciales. El artículo 31.2 del TRLPI va más allá y, de una forma un tanto redundante, añade que ese uso no puede ser profesional o empresarial, colectivo o lucrativo.

La referencia al «uso» se aplica a la persona que realiza a la copia, ya sea el usuario o el prestador del servicio, en el caso que nos ocupa. Teniendo en

---

<sup>130</sup> R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Límites a los derechos de propiedad intelectual». *La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*. (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano). Tirant Lo Blanch. Valencia, 2006, págs. 38 y siguientes.

cuenta que, como se analizaba previamente, la «copia» en el caso del nPVR la realiza el prestador del servicio, aunque sea a petición del usuario final, y éste va a «usarla» para entregársela a la persona física que se la ha encargado, en el marco de una prestación de un servicio, no estamos ante un uso privado (aunque después el usuario final sí la use para disfrute privado). Por tanto, para determinar si aplica la excepción de copia privada al nPVR ya no es necesario valorar si se cumple este requisito (d).

En cualquier caso, asumiendo que se pudiera entender que el autor de la copia es el usuario, aun contando con la asistencia del proveedor, considero que el análisis del uso «privado» por ese usuario, en el marco de un servicio de nPVR, debe realizarse en los mismos términos que en cuanto a la copia privada en general, es decir, el uso privado debe ceñirse al entorno doméstico y no colectivo<sup>131</sup>.

Por el contrario, asumiendo que se pudiera entender que el autor de la copia es el prestador del servicio y que aun así fuera aplicable la excepción de copia privada, el análisis del uso debería realizarse en atención a las acciones del proveedor, es decir, si esa copia se hace a cambio o no de una compensación económica directa o indirecta, como ocurría en el caso Wizzgo, o si existe un uso colectivo, como se puede entender que existe en el contexto de un modelo *shared copy* de nPVR. De hecho, en este tipo de servicios, al crearse técnicamente una única copia de todo el contenido para su utilización de forma compartida (*shared copy*) por todos los usuarios que lo soliciten, existe un claro uso colectivo, aunque éste lo sea por decisión del proveedor del servicio y no por el usuario. No obstante, este supuesto está excluido de la excepción, como ya hemos explicado, y aun así los tribunales —al menos en Wizzgo— tuvieron en cuenta el carácter remunerado del servicio de nPVR para considerar que el uso de las copias de contenido no era subsumible en la excepción de copia privada, lo cual en mi opinión no es coherente con el propio *rationale* de la excepción.

Por último, al respecto de la aplicación de la regla de los tres pasos, ocurre lo mismo que con el requisito anterior. No procede su análisis dado que este tipo de actos de reproducción no son susceptibles de beneficiarse de la excepción de copia privada, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 31.2 del TRLPI. En cualquier caso, su estudio excede el ámbito de análisis del presente estudio.

Como consecuencia de todo lo anterior, en lo que se refiere a **los actos de reproducción realizados en el entorno del servicio nPVR**, aunque fuera de aplicación la excepción de reproducciones provisionales a las posibles copias *buffer* que tuviera que realizar el prestador del servicio, como acabamos de analizar, la sucesiva copia permanente en la nube de los operadores no puede beneficiarse de la excepción de copia privada. Por tanto, será en cualquier

---

<sup>131</sup> Así lo interpreta también J.J. MARÍN LÓPEZ, *La copia privada frente a las medidas...*, cit., págs. 20 y siguientes.

caso necesario obtener las correspondientes autorizaciones de los titulares de derechos de propiedad intelectual afectados por esta actividad de nPVR.

En este sentido, se da la paradoja de que desde la reforma legislativa operada por la Ley 21/2014, en concreto al artículo 25 del TRLPI, la actividad de *time-shifting* en el entorno *offline*, es decir, a través de dispositivos físicos locales (del propio usuario), se regula como uno de los supuestos de reproducción amparado por la excepción de copia privada, al mencionarlo expresamente entre aquellos supuestos de copia privada que generan un daño mínimo a los titulares de derechos y, por tanto, no dan lugar a compensación equitativa. No obstante, de acuerdo con la reforma operada por esa ley al artículo 31.2, esa misma actividad realizada en el entorno *online*, donde es necesaria la asistencia de terceros, ya no está amparada en la excepción de copia privada. En consecuencia, cualquier actividad de *time-shifting* que requiera la colaboración de terceros, aunque sea puramente técnica, como ocurre con el nPVR, no estará cubierta por la excepción<sup>132</sup>. De este modo, se está obstaculizando una actividad de copia que sólo difiere de la autorizada por la excepción en cuanto a la tecnología utilizada<sup>133</sup>.

En definitiva, **sólo una modificación legislativa** que, entre otros y fundamentalmente, elimine el requisito de la ausencia de asistencia de terceros para considerar que aplica la excepción de copia privada o, mejor, que especifique que la asistencia de terceros es posible, siempre que se establezcan algunos criterios para su admisión (ej. se justifique técnicamente y no genere beneficios adicionales al prestador del servicio), **podría dar cabida a que la prestación de este tipo de servicios**, que en la práctica, y ello sí ha quedado constatado, funcionan como grabadores de video personales (estos sí sujetos a la excepción de «copia privada»), no requieran la autorización de los titulares de derechos para su prestación<sup>134</sup>.

## 2. DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA (PUESTA A DISPOSICIÓN DEL PÚBLICO)

El análisis de la problemática en materia de propiedad intelectual con respecto a los servicios de nPVR podría detenerse aquí, toda vez que hemos concluido

---

<sup>132</sup> El artículo 25.5, tras la modificación llevada a cabo por la Ley 21/2014, prevé que: «No darán origen a una obligación de compensación aquellas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho de reproducción haya sido mínimo, que se determinarán reglamentariamente. En todo caso, no dará origen a una obligación de compensación por causar un perjuicio mínimo la reproducción individual y temporal por una persona física para su uso privado de obras a las que se haya accedido mediante actos legítimos de difusión de la imagen, del sonido o de ambos, para permitir su visionado o audición en otro momento temporal más oportuno».

<sup>133</sup> La exclusión de la copia por encargo en la excepción de copia privada no se menciona en la legislación comunitaria, pero tampoco se excluye.

<sup>134</sup> Y ello sin perjuicio de que, en caso de aplicar la copia privada, se estableciera la correspondiente compensación equitativa, como prevé la normativa. Esa compensación se podrá exigir cuando el daño causado por esas copias privadas no se considerara mínimo, si bien la propia norma declara que sí lo es en relación al *time-shifting*.

que se necesita autorización de los titulares de derechos sobre los contenidos grabados a través de dichos servicios, para explotar el derecho de reproducción sobre los mismos. Por tanto, deja de ser clave el analizar si se puede estar infringiendo también el derecho de comunicación pública, ya sea en la modalidad de mera comunicación o en la de puesta a disposición<sup>135</sup>. No obstante, considero importante completar el presente estudio analizando si, efectivamente, de acuerdo con la legislación española y teniendo en cuenta la jurisprudencia en la materia (internacional y comunitaria), los actos de difusión de contenido realizados en el marco de los servicios de nPVR deben considerarse actos de «comunicación pública» —como hace parte de la jurisprudencia analizada— y, en consecuencia, requieren también la autorización expresa de los titulares de derechos, salvo que exista alguna disposición en la normativa aplicable que permita obviar esa obligación, como sería una excepción a los derechos de propiedad intelectual.

A diferencia del derecho de reproducción, no existe en la legislación española ninguna limitación específica aplicable a los actos de comunicación pública en el contexto del nPVR<sup>136</sup>. Por tanto, sólo nos queda averiguar —como hace la jurisprudencia internacional— si efectivamente se produce un acto de comunicación pública, es decir, **si existe una «comunicación» (o «puesta a disposición») a los usuarios, y si ésta se puede considerar realizada a un «público».**

En el caso del RS-DVR de Cablevision, el TASC concluye que no hay comunicación al público, puesto que la suma de todos los usuarios del servicio de nPVR no puede considerarse «un público» a los efectos de tal derecho. A esa misma conclusión llega el BGH con respecto a los casos Shift.tv y Save.tv<sup>137</sup>. Por tanto, la tendencia es a considerar que no hay actos de comunicación al público en la actividad de nPVR. No obstante, existe cierta jurisprudencia internacional que, aunque no trata de forma específica el caso del nPVR, nos puede ayudar a entender mejor el papel del derecho de comunicación pública en el entorno digital. La analizamos brevemente en este estudio.

---

<sup>135</sup> La primera modalidad se regula en distintos apartados del artículo 20.2 del TRLPI, en función fundamentalmente de la tecnología utilizada. La segunda modalidad se regula en el artículo 20.2.(i) de esa misma norma.

<sup>136</sup> En ningún caso aplica el límite de copia privada, que sólo se refiere al derecho de reproducción.

<sup>137</sup> No se identifica que exista un «público» al que pueda considerarse transmitidos esos contenidos y, por tanto, no hay comunicación al público. No obstante, en este caso el Alto Tribunal se cuestiona si existe un acto de (re)transmisión al captar la señal de los canales e incorporar los contenidos incluidos en la misma en la nube, pero éste es un acto «previo» a esa acción de poner el contenido a disposición de los usuarios, que no tiene cabida en derecho español. En España, la captación de la señal por el servicio de nPVR y su copia en la nube se considerarían, en todo caso, actos de reproducción, puesto que hace referencia a la captación (y grabación) la señal, pero no a su redirección sucesiva a los usuarios. Es en esta ulterior difusión donde está la clave para determinar si efectivamente se realiza un acto de comunicación al público. En Wizzgo no se llega a analizar en detalle la cuestión, declarándose directamente que se produce la infracción.

## 2.1. EEUU: caso Aero

El caso Aero enfrentó a un consorcio de organismos de radiodifusión norteamericanos<sup>138</sup>, frente a la empresa Aero, que presta servicios en la nube. Entre esos servicios *cloud*, Aero incluía (i) un servicio que permitía a los usuarios ver contenido de televisión en directo (o casi) en sus dispositivos móviles en el momento y lugar que eligieran, y (ii) un servicio adicional que permitía a los usuarios grabar el contenido emitido para su visionado en un momento posterior, es decir, un servicio de nPVR. La tecnología utilizada por Aero para prestar estos servicios era la instalación de una infraestructura («granja») de antenas minúsculas localizadas en la nube y conectadas a través de circuitos. Cuando un usuario se conectaba al servicio se le asignaba una antena, que no siempre era la misma, a través de la cual el mismo podía captar la señal de los canales seleccionados por el usuario y descodificarla, creando una copia en el disco duro asignado al usuario. Las transmisiones de contenido se realizaban, por tanto, directamente desde cada antena al dispositivo del usuario, y no de forma global desde una única gran antena a un número indeterminado de individuos.

Los demandantes reclamaban que el primero de esos servicios, es decir, el relativo a la transmisión a tiempo real de contenido de televisión se asimilaba al de una compañía de retransmisión por cable y, por tanto, requería la obtención de la correspondiente autorización del derecho de comunicación al público<sup>139</sup>. En su defensa, Aero argumentaba que este servicio era similar a un grabador personal de video (PVR) pero conectado a la nube y, en consecuencia, no se producía una comunicación pública, sino privada, que debía estar amparada en la excepción de *fair use* y, por tanto, exenta de autorización, tal y como se decidió en los casos Betamax y Cablevision.

En primera<sup>140</sup> y segunda<sup>141</sup> instancia, se declaró que dicho servicio de Aero era lícito, en ambos casos basándose en el caso Cablevision y, en particular, en el concepto de «público» contenido en el mismo. Por el contrario, en sentencia de 25 de junio de 2014, el Tribunal Supremo de los EEUU decidió que el servicio infringía los derechos de propiedad intelectual de los organismos de radiodifusión demandantes y, en particular, el derecho de comunicación pública (*public performance/display*) de acuerdo con los artículos 101 y 106(4) de la

---

<sup>138</sup> Entre ellos se encontraban los principales canales de televisión, parte de los cuales habían sido también demandantes en el caso Cablevision: ABC, CBS, NBC Universal, Disney, Fox, y otros.

<sup>139</sup> Las demandantes renunciaron a reclamar en relación al segundo servicio, es decir, el de grabación de contenido para su visionado posterior, por considerar que sí se amparaba en la excepción de *fair use*, ya que el mismo era similar al RS-DVR de Cablevision. Por tanto, renunciaron a la infracción de su derecho de reproducción y también a reclamar por responsabilidad indirecta (*contributory liability*).

<sup>140</sup> *American Broadcasting Companies, Inc. et al. v. Aero, Inc.* 874 F.Supp.2d 373 (S.D.N.Y. 2012).

<sup>141</sup> *American Broadcasting Companies, Inc. et al. v. Aero, Inc.* 712 F.3d 676.

USCA. El Tribunal Supremo tuvo, una vez más, que analizar el diseño técnico del servicio, concluyendo que —tal y como defendían los demandantes— ese uso individualizado, pero masivo, de antenas para transmitir los contenidos a una pluralidad de personas funcionaba como una antena colectiva.

A pesar de que este caso difiere del supuesto de hecho que estamos analizando en el presente estudio, la realidad es que Cablevision, por un lado, y Aero, por otro, *a priori* parecen interpretar de forma distinta el concepto de «comunicación al público», como expone Monica Horten<sup>142</sup>. En ambos casos, la comunicación del contenido se lleva a cabo individualmente al usuario que lo solicita. En Cablevision, esa suma de individuos no constituye un público, mientras que, en Aero, sí. El Tribunal argumenta que es necesario tener en consideración, no tanto la infraestructura técnica mediante la que opera el servicio, sino el «efecto» que la «suma de múltiples envíos de contenido» conlleva para el servicio y para la experiencia de usuario, puesto que esa suma de envíos simultáneos hace que se asimile a una empresa de retransmisión por cable. En último término, Katarzyna Klafkowska-Wásniowska<sup>143</sup> considera que de la lectura conjunta de los casos Cablevision y Aero no podemos concluir qué entiende la jurisprudencia estadounidense por el concepto de «público» en el entorno de servicios prestados por la nube. En este sentido, y aunque la jurisprudencia norteamericana no utiliza expresamente este argumento (que sí utiliza la europea, como veremos seguidamente), personalmente entiendo que la diferencia está en que los destinatarios del contenido en Cablevision no son un «público nuevo», puesto que son los mismos que los del servicio de televisión, mientras que sí lo son los usuarios de Aero, que previamente no se había dirigido a los mismos.

## 2.2. *Jurisprudencia comunitaria*

El TJUE se ha pronunciado en numerosas ocasiones al respecto de la interpretación del derecho de comunicación pública regulado en el artículo 3 de la Directiva 2001/29 y, en particular, en lo relativo al concepto de «público», aunque nunca en relación a los servicios de grabación en la nube. En concreto, en el entorno de servicios online, los casos más recientes y nombrados son los casos TVCatchUp<sup>144</sup> y Svensson<sup>145</sup>.

El caso **TVCatchUp** enfrentó en el Reino Unido a ciertas emisoras comerciales de televisión británicas contra una empresa que ofrecía servicios de televisión

---

<sup>142</sup> M. HORTEN, «The Aero dilemma and copyright in the cloud». *Internet Policy Review*, 3(4). DOI: 10.14763/2014.4.325.

<sup>143</sup> K. KLAFKOWSKA-WÁSNIOWSKA, «Under One Umbrella. Problems of Internet Retransmissions of Broadcasts and Implications for New Audiovisual Content Services», 6 (2015) *JIPITEC* 86, para 1.

<sup>144</sup> *ITV Broadcast y otros v. TVCatchUp*. C-607/11.

<sup>145</sup> *Nils Svensson, Sten Sjogren, M.Sahlman, P.Giad v. Retriever Sverige AB*. C-466/12.

online, que consistían en permitir a los usuarios acceder, de forma individualizada, a contenidos de televisión (incluidos los de las demandadas) vía *streaming* y en casi directo, e incluyendo publicidad<sup>146</sup>. TVCatchUp se aseguraba que esos usuarios tenían la licencia de televisión necesaria para acceder a esos contenidos. Por otra parte, para entregar esos contenidos, TVCatchUp tenía que transformar la señal de radiodifusión terrestre o por satélite en la que emitían los canales en una señal por Internet.

Las emisoras reclamaban que, al emitir sus contenidos a través de Internet, TVCatchUp estaba infringiendo su derecho de comunicación pública, regulado en el artículo 20 de la Ley de Derechos de Autor, Diseños y Patentes británica<sup>147</sup>. Por su parte, la *High Court of Justice (England & Wales)* [Alto Tribunal de Justicia (Inglaterra & Gales)] remitió determinadas cuestiones prejudiciales al TJUE en lo relativo a la interpretación del concepto de derecho de comunicación pública previsto en el artículo 3 de la Directiva 2001/29.

En cuanto al **concepto de «comunicación»**, el Tribunal entiende que —en línea con la jurisprudencia comunitaria ya existente en la materia<sup>148</sup>— el concepto debe interpretarse en sentido amplio, con el fin de proteger a los titulares de derechos, aunque siempre teniendo en cuenta la finalidad de las excepciones, para evitar dejarlas vacías de contenido. Así, el TJUE afirma que **una retransmisión de contenido a través de una tecnología (Internet) distinta a la de origen (televisión terrestre), por una entidad también distinta a la de origen, debe ser considerada un acto de «comunicación» distinto al inicialmente autorizado**, a los efectos del artículo 3.1 de la Directiva y, en consecuencia, requiere una nueva autorización de los titulares de derechos, independientemente de que esa comunicación se dirija a un «público».

Al respecto del **concepto de «público»**, el TJUE —también citando la jurisprudencia comunitaria<sup>149</sup>— afirma que ha de entenderse por tal **«un número**

---

<sup>146</sup> En modo *pre-roll*, es decir, antes de la emisión y en modo *in-skin*, es decir, insertada en la pantalla del dispositivo de visionado

<sup>147</sup> *Copyright, Designs and Patents Act de 1988* (CDPA). Bajo el título «Infracción del derecho de autor mediante comunicación al público, el artículo 20 de la CDPA prevé:

«1. La comunicación de la obra al público es un acto limitado de derecho de autor sobre: (a) una obra literaria, dramática, musical o artística; (b) una grabación sonora o una película; o (c) una obra radiodifundida.

2. Las referencias en la presente parte a la comunicación al público incluyen la comunicación al público por transmisión electrónica, y en relación con una obra comprenden (a) la radiodifusión de la obra; y (b) la puesta a disposición del público de la obra mediante transmisión electrónica de modo que cualquier persona pueda acceder a ella desde el lugar y en el momento que elija de forma individual.»

<sup>148</sup> Casos Premier League antes citados.

<sup>149</sup> Este criterio ya se utilizaba en *SGAE v. Rafael Hoteles, S.A.*, C-306/05 en el ámbito de la Directiva 2001/29, y en *Airfield NV y Canal Digitaal BV v. Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (Sabam)* (C-431/09) y *Airfield NV v. Agicoa Belgium BVBA* (C-432/09) (acumulados), en el ámbito de la *Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación*

**indeterminado de receptores**». Además, la existencia de ese «público» está condicionada a que se pueda acceder potencialmente al contenido en cuestión, al mismo tiempo o de forma sucesiva, por **«una cantidad considerable de personas»**. Asimismo, en el marco específico del derecho de puesta a disposición del público, alega el TJUE que a los efectos de «calcular» cuando estamos ante un público se deberá tener en cuenta el efecto acumulativo de la suma de los destinatarios potenciales de los contenidos, es decir, **el número de personas que potencialmente tienen acceso paralelo y sucesivo a la obra**. Por tanto, tal y como afirman Lucie Guibault y Joao Pedro Quintais, el TJUE en último término vincula el concepto de «público» al de «audiencia potencial», siendo ambos términos ambiguos en su interpretación legal<sup>150</sup>.

No obstante, en contradicción con otras decisiones similares<sup>151</sup>, el TJUE añade que no es necesario tener en cuenta si ese público es nuevo, a los efectos de considerar que la retransmisión que realiza TVCatchUp de contenidos de terceros requiere la autorización de sus titulares. De hecho, afirma que la autorización es en todo caso necesaria porque se produce una «nueva comunicación», provocada por el cambio tecnológico producido en la retransmisión.

El **caso Svensson** analiza de nuevo estos conceptos, aunque en referencia a un supuesto que se aleja aún más de los servicios de nPVR<sup>152</sup>. En cuanto al término «comunicación», el TJUE reitera que ha de entenderse como tal cualquier acto de puesta a disposición del público de una obra de forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella, independientemente de que efectivamente lo hagan. Respecto del concepto de «público», el TJUE aclara —citando la jurisprudencia anterior<sup>153</sup>— lo que no se dice en el caso TVCatchUp, es decir, que se entenderá por **público nuevo «aquel que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial al público»**. Así, como afirma el propio TJUE en los casos Airfield<sup>154</sup>, «se amplía el círculo de las personas que tienen acceso a esa comunicación»<sup>155</sup>.

Afirma Katarzyna Klafkowska-Wásniowska<sup>156</sup> que, al igual que en los casos Cablevision y Aero, se produce una cierta contradicción entre los casos Svensson

---

*de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable (Directiva SatCab).*

<sup>150</sup> L. GUIBAULT y J.P. QUINTAIS, *Copyright, technology and the exploitation of audiovisual works in the EU*. Iris Plus. 2004.

<sup>151</sup> Casos Football Association Premier y Airfield.

<sup>152</sup> Se refiere a la creación de *hyperlinks* dirigidos a contenidos en Internet.

<sup>153</sup> Casos SGAE, Airfiel y Premier League.

<sup>154</sup> Casos Airfield. De acuerdo con el TJUE en estos casos, el origen de este requisito está en el Considerando 17 de la Directiva SatCab, en el que se afirmaba que en la remuneración por comunicación vía satélite es necesario tener en cuenta la audiencia real y la potencial, identificando esta última con ese «público nuevo».

<sup>155</sup> Concluye el TJUE que la creación de *hyperlinks* no reúne esos requisitos, puesto que no existe un público nuevo. En consecuencia, no se requiere autorización de los titulares de derechos.

<sup>156</sup> K. KLAFKOWSKA-WÁSNIOWSKA, «Under One Umbrella...», *cit.*, págs. 90 y siguientes.

y TVCatchUP, esta vez a la hora de analizar el concepto de «público nuevo», puesto que se da la paradoja de que cuando una obra se pone a disposición del público en Internet, sin restricciones de acceso, y sucesivamente una persona crea un *link* a ese contenido, la jurisprudencia entiende que no se produce un nuevo acto de comunicación al público, puesto que no hay un «nuevo público» al que va dirigido ese *link*. Por el contrario, cuando una obra se difunde a través de satélite o bien *over-the-air*, y sucesivamente esa obra se retransmite por Internet, existe un nuevo acto de comunicación al público, aunque el «público» al que se acceda sea potencialmente el mismo, simplemente porque se realiza la transmisión a través de una tecnología distinta. En mi opinión, la diferencia está en que el cambio de tecnología permite alcanzar a personas distintas a las alcanzadas a través de la tecnología de transmisión original y es ahí donde se genera ese público nuevo.

### 2.3. Derecho español

En derecho español, la problemática es exactamente la misma que la planteada en la jurisprudencia comunitaria. El concepto de derecho de comunicación pública y, en particular, de puesta a disposición del público, sobre todo en lo relativo a lo que se debe considerar «público» no están claros, aunque la jurisprudencia comunitaria permite delimitar en cierta medida esa definición, al menos en lo relativo al concepto de «público». De este modo, con base en esas decisiones judiciales, considero que se puede entender que existe un «público» al que va dirigida una «comunicación» cuando esa comunicación se dirige a **un número indeterminado y considerable de potenciales receptores, que puedan tener acceso paralelo y sucesivo a la obra. Además, ese público será «nuevo» con respecto al de una comunicación anterior cuando el mismo no hubiera sido tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial al público.**

En este sentido, la jurisprudencia española se ha hecho eco de la interpretación de estos conceptos construida por la jurisprudencia comunitaria. En concreto, el Tribunal Supremo afirma que se debe considerar un «público nuevo» aquel integrado por una pluralidad de personas, indeterminada e indeterminable y que tienen la accesibilidad —potencial— de recibir la señal difundida<sup>157</sup>.

Como consecuencia de todo lo anterior, en lo que se refiere al nPVR, el que podamos encontrarnos o no ante un acto de comunicación al público dependerá en gran medida del tipo de servicio prestado. En particular, en un servicio de similares características al RS-DVR de Cablevision, mediante el que se da acceso a través del nPVR a contenidos a los que el usuario ya tiene derecho a

---

<sup>157</sup> Entre otros, sentencia núm. 700/2008, de 10 julio, de la Sala de lo Civil. Sección 1ª (caso Hotel Astari) y sentencia núm. 638/2015 de 27 octubre, de la Sala de lo Penal, Sección 1ª (caso Youkioske).

acceder a través del servicio de televisión que también presta ese mismo proveedor, considero que no nos encontramos ante un «público nuevo», por lo que *a priori* no habría comunicación al público, salvo que se produjera un cambio tecnológico en esa transmisión (en Cablevision sería pasar de la tecnología cable a la tecnología IP, es decir, Internet). En ese supuesto, tal y como se define en el caso TVCatchUp, entiendo que habría que considerar que a pesar de no haber público nuevo, sí hay un acto de comunicación nuevo que requiere obtener la autorización de los titulares. Por otra parte, en un modelo de servicio de nPVR en el que el prestador del servicio no se asegure de si los usuarios de su servicio tienen derecho a acceder a ese mismo contenido por otras vías, como hacía ITV o la propia Cablevision (que sólo da el servicio a quienes son ya sus clientes del servicio de televisión), podemos estar frente a un «público nuevo», pues estamos ante un número indeterminado de personas que potencialmente pueden acceder a esos contenidos y sería necesaria la obtención de autorización, independientemente de si hay o no un cambio tecnológico. En el supuesto de prestadores de servicios que sólo son de nPVR nos podemos encontrar más fácilmente en esta situación que con respecto a prestadores de servicios de televisión, que además ofrezcan el servicio de nPVR<sup>158</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, dado que se constata que en la prestación de servicios de nPVR se llevan a cabo actos de reproducción permanentes que no son susceptibles de beneficiarse la excepción de copia privada, es siempre necesario obtener las correspondientes autorizaciones de los titulares de derechos para poder prestar dichos servicios, y ello independientemente de que sí se realicen copias subsumibles en la excepción de reproducciones provisionales, e incluso si se considerara que no se han llevado a cabo actos de comunicación al público, por no haber una comunicación propiamente dicha, ni un público al que vaya dirigida la misma, sea o no el mismo nuevo con respecto a esos contenidos.

## V. POSIBLES SOLUCIONES LEGALES AL DILEMA DEL NPVR

### 1. LA ETERNA PARADOJA: NPVR V. PVR TRADICIONAL

Hemos reiterado a lo largo del presente estudio que, desde un punto de vista práctico, no se distingue un PVR tradicional de un nPVR. Las únicas diferencias entre ambos están en el procedimiento técnico utilizado para poder ofrecer la funcionalidad de *time-shifting* a los consumidores, puesto que en el caso del nPVR es necesaria la intervención de un tercero y en el PVR tradicional no. Además, en el caso del PVR esos contenidos están alojados en local, mientras que en el nPVR están alojados en remoto. Por lo demás, el usuario accede al mismo tipo de contenidos y de la misma forma.

---

<sup>158</sup> Un ejemplo es Wizzgo, que sólo incluía un aviso en su servicio indicando que las reproducciones realizadas eran copias privadas del usuario.

A pesar de ello, de acuerdo con la normativa actual, los servicios de grabación en la nube no pueden beneficiarse del límite de copia privada<sup>159</sup>, del que sí se benefician los grabadores físicos, ni de ninguna otra excepción a los derechos de propiedad intelectual. Por el contrario, su desarrollo requiere la obtención de autorizaciones de todos los titulares de derechos de propiedad intelectual, en concreto, del derecho de reproducción y, dependiendo del caso, del derecho de comunicación pública, sobre el contenido susceptible de ser grabado.

En último término, se constata que **la regulación actual en materia de propiedad intelectual está obstaculizando el desarrollo de este tipo de servicios**, hasta el punto de que, en muchos casos, los titulares de derechos que son el interlocutor directo de los prestadores de estos servicios, es decir, los organismos de radiodifusión, ni tan siquiera están dispuestos a otorgar las necesarias autorizaciones, argumentando en muchas ocasiones que no disponen de las mismas, ya que hasta ahora no las otorgaban, pues este tipo de copias se realizaban en dispositivos físicos, amparadas por la excepción de copia privada. Por tanto, es necesario buscar soluciones a esta situación que permitan flexibilizar la regulación y con ello fomentar el mercado de contenidos audiovisuales asociado a la tecnología *cloud*.

## 2. SOLUCIONES ALTERNATIVAS

### 2.1. Soluciones «intermedias»

La doctrina, y en particular Daniel Gervais<sup>160</sup>, plantea la posibilidad de adoptar soluciones intermedias entre la necesidad de negociar licencias con todos y cada uno de los titulares de derechos y la aplicación de excepciones legales a los derechos de propiedad intelectual. En términos generales, Gervais propone **la creación de un sistema apropiado de licencias online combinado con una adecuada regulación de las excepciones y limitaciones a los derechos de propiedad intelectual**. Un modelo así podría permitir, por una parte, el acceso lícito a un contenido al que por vías ilícitas ya pueden llegar los usuarios y, por otra parte, el control efectivo de dicho uso por los titulares de derechos, sin limitar las enormes posibilidades que permite la utilización masiva de la tecnología *cloud*. La idea es buena, pero el autor no nos da pistas sobre cómo se puede articular ese sistema equilibrado de licencias y excepciones.

---

<sup>159</sup> Acompañada, en su caso y en la medida que corresponda, de una compensación equitativa, la cual no corresponderá, entre otros, en el caso de que existan medidas tecnológicas de protección en las obras en cuestión (artículo 5.2.(b) de la Directiva 2001/29 y artículo 25.6 del TRLPI), o cuando el «daño causado» al titular de derechos sea mínimo (Considerando 35 de la Directiva 2001/29, y artículo 25.5 del TRLPI).

<sup>160</sup> D. GERVAIS, «Licensing...», *cit.*

En segundo término, el propio Gervais<sup>161</sup> también propone como posible solución la creación de **licencias obligatorias de derechos**. Esta opción es algo más agresiva para los titulares de derechos, puesto que les obligaría a otorgar forzosamente autorizaciones de explotación, garantizándoseles en todo caso una remuneración por la explotación de esos derechos que lleven a cabo los usuarios. En mi opinión, estas licencias deberían ir además acompañadas, como ocurre en Alemania en el ámbito de la retransmisión, de la creación de un sistema de mediación a nivel gubernamental que permita que las partes alcancen acuerdos, a ser posible, globales<sup>162</sup>.

Es difícil valorar qué opción puede ser la más favorable tanto para los titulares de derechos como para los usuarios, y para el fomento del desarrollo tecnológico en la sociedad de la información. La principal diferencia entre uno y otro modelo está en que el caso de las licencias obligatorias es necesario acordar sus términos con los titulares originales de derechos, que no pueden negarse a otorgarlas pero sí pueden negociar su ámbito de aplicación y el precio aplicable, mientras que en el caso de las excepciones, como ocurre al menos con la copia privada en los países de nuestro entorno, la compensación la establece el gobierno, lo cual elimina la necesidad de negociación, y son las entidades de gestión las que se encargan de recaudar las cantidades correspondientes, sin intervención alguna de los titulares de derechos. No obstante, este segundo modelo puede acarrear problemas de doble imposición, si los titulares pretenden incluir en los precios que aplican a la concesión de licencias de explotación alguna cantidad que les «compense» más directamente.

## 2.2. Caso finlandés

En línea con las propuestas de Daniel Gervais, el 1 de junio de 2015 se aprobó una reforma a la legislación finlandesa de propiedad intelectual (Ley 404/1961, sucesivamente modificada) por la que se creaba un **sistema de licencia colectiva ampliada** (*extended collective license*) específica para los servicios de nPVR. Este tipo de licencias son habituales en la normativa de ese país para otros supuestos, y ahora se ha extendido a los servicios *cloud*.

De acuerdo con esta nueva regulación, los prestadores de esta categoría de servicios deben contratar con las entidades de gestión una «licencia colectiva» que les permita grabar y poner a disposición del público todos los programas de televisión que se emitan en su territorio. Esa licencia abarca los derechos de titulares que no estén asociados a esa entidad y también aquellas obras extranjeras explotadas dentro del territorio. No obstante, este modelo de licencia no se aplica a aquellos programas de televisión cuyos derechos haya adquirido

---

<sup>161</sup> D. GERVAIS, «Licensing...», *cit.*

<sup>162</sup> Casos Shift.tv y Save.tv, *cit.*

un organismo de radiodifusión, en cuyo caso, el prestador del servicio tiene que negociar directamente con estos organismos la correspondiente cesión de derechos. Se permite también a los productores de esos programas excluir, caso a caso (modelo *opt-out*), sus programas de este régimen de licencias<sup>163</sup>. Por tanto, no es un modelo tan simplificado como inicialmente pudiera parecer.

Este sistema se asemeja al creado por la Directiva SatCab para la explotación de contenidos audiovisuales retransmitidos por cable, y transpuesto a derecho español en los artículos 20.2.(f) y 20.4 del TRLPI, pero sin la necesaria intervención de las entidades de gestión. Por tanto, al igual que en el marco de esa Directiva, los prestadores de estos servicios tienen que llegar a esos acuerdos globales con los titulares de derechos, que no pueden *a priori* negarse a otorgar las correspondientes autorizaciones y, en paralelo, negociar con los organismo de radiodifusión las licencias de sus respectivas señales.

Por tanto, el legislador finlandés propone un modelo más complejo que el modelo de copia privada, que conlleva la autorización implícita de explotar el contenido, sin la intervención directa de los organismos de radiodifusión ni de los titulares de derechos. Aún así, es un mecanismo más sencillo que el que existe actualmente en derecho español, que requiere alcanzar acuerdos con todos y cada uno de los organismos de radiodifusión y, en caso de que éstos no hayan obtenido la autorización del derecho de reproducción y, en su caso, de comunicación pública que permitiría ofrecer el contenido a través de un nPVR, negociar también acuerdos con los correspondientes titulares de derechos que no hayan cedido esos derechos.

### 2.3. *Iniciativa británica*

En el Reino Unido también se ha intentado recientemente dar paso al frente en la solución de la problemática que plantean los servicios *cloud*, aunque en sentido distinto a Finlandia. Para ello, el legislador inglés optó por introducir en su régimen jurídico **la excepción de copia privada, que no existía previamente, para determinados servicios de *cloud***, a través de la aprobación el 26 de agosto de 2014 la *Copyright and Rights in Performances (Personal Copies for Private Uses) Regulations 2014*.

En línea con la Directiva 2001/29, esta nueva norma define la copia «privada» como una copia realizada por el usuario (a) que posea a su vez una reproducción lícita y permanente sobre la que se hace la copia, es decir, no debe ser en origen una copia ilícita ni proceder del ejercicio de una excepción al derecho de autor, y (b) que la utilice para su uso privado, y en ningún caso para fines directa o

---

<sup>163</sup> J. LILJA, J. JOKINEN y A. HENRIKSSON, Roschier, Attorneys Ltd. Helsinki, Finlandia. [http://www.aippi.org/enews/2015/edition44/Johanna\\_Lilja\\_1.html](http://www.aippi.org/enews/2015/edition44/Johanna_Lilja_1.html)

indirectamente comerciales. En cuanto al primer requisito, se aclara que no puede incluir copias que hayan sido radiodifundidas o enviadas por *streaming*, o aquellas que se hayan descargado sólo de forma temporal. Al respecto del término «uso privado», la norma indica que abarca la creación de copias de seguridad, el *format-shifting* o el mero almacenamiento (incluido el electrónico en áreas de acceso online restringido al usuario y al gestor del espacio).

Por tanto, esta «nueva» copia privada inglesa no aplica en ningún caso las copias con fines de *time-shifting*, creadas en el entorno de un servicio de nPVR y ello es así porque, en primer lugar, se excluyen las copias accedidas a través de radiodifusión, vía *streaming* o *downloading* temporal, como es el caso del nPVR<sup>164</sup>. Por otro lado, se indica que la copia debe realizarla el usuario beneficiario de la excepción, al igual que en derecho francés y español, y ya hemos constatado que en el ámbito del nPVR esa copia no la hace personalmente el beneficiario de la misma. De hecho, esta excepción de copia privada creada por el legislador inglés está pensada casi exclusivamente para usos de espacios de almacenaje en la nube como Dropbox, de copias de contenidos adquiridos a través de dispositivos físicos (DVDs, etc.) o digitales del tipo iTunes o similares, es decir, de «compra» de una licencia indefinida de uso de un contenido, el llamado *Electronic-Sell-Through* (EST). A pesar de esas limitaciones, esta iniciativa no deja de ser un avance en cuanto a la adaptación a la tecnología *cloud*.

El problema es que esta norma no establecía una compensación equitativa que compensara a los titulares de derechos por el «uso» de esta excepción de copia privada, como prevé la propia Directiva 2001/29 ni tampoco se justifica el porqué de no haber establecido esa compensación<sup>165</sup>. Por tanto, fue anulada por los tribunales ingleses en sentencia de 19 de junio de 2015<sup>166</sup>, a raíz de una

---

<sup>164</sup> En este contexto, conviene recordar que el artículo 70 de la *Copyright, Designs and Patents Act 1988* prevé una excepción específica para el *time-shifting*, al prever que está permitido grabar en el entorno doméstico contenido retransmitido para verlo en otro momento posterior. La cuestión sería determinar si ese entorno doméstico abarca el que las copias del contenido grabado estén alojadas en la nube.

<sup>165</sup> El legislador inglés intentó argumentar que, de acuerdo con la Directiva 2001/29, cuyo Considerando 35 prevé que el pago de una compensación se hará atendiendo a las circunstancias del caso, dado que las copias se realizan a partir de contenidos legalmente adquiridos y por ellos ya se ha pagado un precio, no se debe tener que exigir ninguna compensación adicional. En este sentido, el gobierno inglés parece seguir la directriz del Informe Vitorino, al indicar que cuando un contenido se haya licenciado, no se deberá pagar ninguna compensación por la ulterior copia privada del mismo. Ver *RECOMMENDATIONS resulting from the MEDIATION ON PRIVATE COPYING AND REPROGRAPHY LEVIES*. António Vitorino. Bruselas, 31 de enero de 2013 (Informe Vitorino). No obstante, no consiguieron convencer a los tribunales ingleses, que consideraron que no se había realizado por parte del gobierno ninguna valoración del carácter mínimo del daño causado por estas copias privadas que justifique no se fije el pago de una compensación a favor de los titulares de derechos.

P. SHERRELL. <http://www.twobirds.com/en/news/articles/2015/uk/copyright-private-copying-exception-falls>

<sup>166</sup> *British Academy of Songwriters, Composers and Authors (BASCA), Musicians' Union y UK Music 2009 Limited v. Secretary of State for Business, Innovation and Skills*. Caso No: CO/5444/2014.

petición de revisión planteada por algunos titulares de derechos, en concreto, de la industria musical.

#### 2.4. *Reforma de la Directiva 2001/29*

En mi opinión, la solución debe plantearse a nivel europeo, por la propia naturaleza transnacional de este tipo de servicios, y la misma pasa por revisar profundamente la Directiva 2001/29, que en 2016 cumple quince años. Durante estos tres lustros, se han producido muchos cambios, sobre todo tecnológicos, que han influido enormemente en el modo de consumir contenidos protegidos por propiedad intelectual. Un ejemplo claro es el caso de los servicios de nPVR que nos ocupan.

De hecho, la posibilidad de revisión encuentra justificación en la propia Directiva, entre otros, en los Considerandos 5, 7 y 31 de la misma, los cuales prevén, con respecto a la normativa sobre propiedad intelectual, que la misma **«debe adaptarse y completarse para responder adecuadamente a realidades económicas tales como las nuevas formas de explotación»** y **para, en general, fomentar «el correcto funcionamiento del mercado interior»**. En concreto, el Considerando 31 indica además, con respecto a **las actuales excepciones y limitaciones, que las mismas «deben reevaluarse a la luz de los avances logrados en la electrónica»**, de manera que las diferencias existentes no incidan negativamente en el funcionamiento del mercado interior.

En cuanto a los aspectos a revisar, a los efectos de los servicios en la nube y del nPVR, esa reforma debe centrarse, en primer lugar, en adaptar a esta nueva realidad tecnológica la regulación de las excepciones y limitaciones prevista en la misma, concretamente en el artículo 5 de la Directiva 2001/29/CE, que en el año 2001 se creó no sólo para intentar armonizar esta cuestión a nivel europeo<sup>167</sup>, sino también para adaptar las excepciones que ya existían en las distintas jurisdicciones a los cambios tecnológicos del momento, que en estos quince años han variado sustancialmente.

En particular, si se optara por incluir las reproducciones realizadas en el marco de los servicios *cloud* y, en concreto, el nPVR en la excepción de copia privada, Sari Depreeuw y Jean-Benoît Hubin, de Wolf & Partners, plantean —en el estudio encargado por la Comisión Europea sobre el derecho de puesta a disposición del público<sup>168</sup>— que **esta excepción de copia privada debería ser**

---

<sup>167</sup> Si bien, esa armonización ha resultado imposible, puesto que esa lista de excepciones es «voluntaria» para los Estados Miembros y susceptible de interpretación de acuerdo con la regla de los tres pasos.

<sup>168</sup> S. DEPREEUW y J. HUBIN, *Study on the making available right and its relationship with the reproduction right in cross-border digital transmissions*. De Wolf & Partners. © European Union, 2014.

**obligatoria**, como ya lo es la excepción de reproducciones temporales, y en los mismos términos en todos los países comunitarios, es decir, debería haber una armonización europea obligatoria de esta excepción. Adicionalmente, estos autores afirman que, en caso de que se llevara a cabo esa armonización, se debería aclarar si la excepción se aplica cuando el usuario utiliza la asistencia de terceros para realizar sus copias privadas. Yo diría más, esa posibilidad de asistencia de terceros debería incluirse en esta nueva regulación armonizada de la copia privada, aunque se matice a una asistencia meramente técnica y sin remuneración. De no ser así, esa nueva regulación en el entorno online habría quedado obsoleta desde su misma aprobación. En cuanto a la excepción de reproducciones provisionales, dicho estudio también plantea la necesidad de revisarla, para flexibilizarla —yo añadiría que también para aclarar conceptos— y poder incluir todas aquellas copias técnicas e incidentales que, sin tener significación económica independiente, forman parte del proceso tecnológico asociado a la puesta a disposición de contenido en las redes digitales, como ocurre en el caso del nPVR. En definitiva, esa excepción no puede limitarse a los tres supuestos que originaron su creación.

En último término, se debería flexibilizar y actualizar la regulación de todas (o casi todas) las excepciones a los derechos de propiedad intelectual recogidas en el artículo 5 de la Directiva 2001/29, reforzando algunas de ellas al hacerlas obligatorias (como en el caso de la copia privada), puesto que sólo de este modo se facilitaría el desarrollo de esta nueva «generación» de servicios, sin por ello menoscabar el derecho de los titulares, siempre que dichas excepciones se regulen de forma correcta y se aplique debidamente la regla de los tres pasos que modula las mismas.

El problema es que hasta ahora la Comisión Europea no se ha mostrado favorable a modificar la normativa para crear mecanismos de excepción en el entorno de la copia digital en la nube, puesto que considera que **la tecnología existente debería permitir identificar los usos de contenido de manera a crear un sistema de licencias eficaz**<sup>169</sup>, sin necesidad de ampliar el régimen de excepciones. Así lo expone la Comisión en su Comunicación 529<sup>170</sup>.

---

<sup>169</sup> Al respecto de este argumento, es importante señalar que no siempre los accesos a contenidos vía online pueden estar controlados por los prestadores de servicios o al menos no tan fácilmente como plantea la Comisión y, en ningún caso podrán estarlo de antemano, es decir, cuando se firman las correspondientes licencias. Si por contrato se limita esa posibilidad de visionado, se está restringiendo el uso privado de esos contenidos por los usuarios de un nPVR, en comparación con el que puede realizar el usuario de un PVR tradicional. Por tanto, difícilmente se puede pensar en un modelo de licencias sucesivas como la alternativa a un límite de copia privada sujeto, en su caso, a compensación equitativa. En cuanto a cómo debería plantearse esa compensación, es un tema que también requiere un análisis exhaustivo, que no puede abarcar el presente artículo, y respecto de lo que la Comisión ya ha indicado que va a intervenir.

<sup>170</sup> El Informe Vitorino ya realizaba una declaración un tanto ambigua sobre este extremo, que es la que parece haber llevado a la Comisión Europea a adoptar esa posición reticente. Por un lado, parece indicar que las copias privadas de contenidos ofrecidos a través de los nuevos servicios

En consecuencia, la posición de la Comisión en este asunto resulta un tanto contradictoria. Por un lado, se muestra reticente a crear un límite de copia privada para el entorno *cloud*, como expone en la Comunicación 529 antes indicada. Por otro lado, en esa misma comunicación subrayaba la necesidad de adoptar medidas rápidas y eficaces que permitan facilitar el desarrollo de la tecnología de computación en la nube en todos los sectores económicos, con la finalidad de que Europa pueda competir tecnológicamente con otros mercados, el norteamericano principalmente. Esta necesidad ha sido reiterada recientemente por la propia Comisión en su Comunicación *Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor*, de 9 de diciembre de 2015 (Comunicación 626)<sup>171 172</sup>. No obstante, en ninguna de estas comunicaciones se hace referencia específica a una revisión del régimen de excepciones a los derechos de propiedad intelectual que faciliten la transmisión digital de contenidos, para lo cual se está pensando en otro tipo de iniciativas<sup>173</sup>.

Además de con respecto a las excepciones y limitaciones, la reforma de la Directiva 2001/29 debería afrontar otros retos necesarios para poder desarrollar plenamente un mercado digital europeo, como es la revisión de la definición de determinados derechos de explotación. En particular, como apunta la propia Comisión Europea en su Comunicación 626, es necesario **redefinir los conceptos de derecho de comunicación pública y de puesta a disposición del público**, que son los que regulan las transmisiones digitales. De hecho, este último fue creado por la propia Directiva para regular dichas transmisiones.

Existe indefinición a nivel europeo al respecto de los mismos, sobre todo, a la vista de las nuevas formas de transmisión que han surgido en los últimos años, que han dado lugar a prolífica jurisprudencia, como hemos constatado

---

online deberían autorizarse mediante acuerdos de licencia, y no por vía de excepción legal. Por otro lado, afirma que es necesario que a nivel comunitario se «aclare que las copias realizadas por los usuarios para uso privado en un servicio que ha sido licenciado por los titulares de derechos (es decir, un servicio lícito) no causan ningún daño que requiera el pago de una remuneración adicional por copia privada». Por tanto, con esta segunda afirmación parece indicar que ese tipo de reproducciones deben considerarse «copias privadas», pero su realización no debe generar un pago adicional a la licencia inicial (que en sí misma no tiene que incluir una autorización para realizar copias privadas, puesto que si fuera así la excepción quedaría vacía de contenido).

<sup>171</sup> *COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, EL CONSEJO, EL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL Y EL COMITÉ DE REGIONES. Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor* (COM(2015) 626 final).

<sup>172</sup> Esta Comunicación constituye a su vez un documento complementario a un documento más amplio aprobado también en 2015 por dicha institución, la comunicación titulada *Una estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*, aprobada el 6 de mayo de 2015. *COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, EL CONSEJO, EL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL Y EL COMITÉ DE REGIONES* (COM(2015) 192 final (Comunicación 192); y *COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT* (SWD(2015) 100 final).

<sup>173</sup> Como por ejemplo, la regulación de la portabilidad de contenidos de manera transfronteriza, o la intensificación del diálogo con la industria audiovisual para promover la oferta legal de contenidos. En lo relativo a las excepciones, se están planteando modificaciones que afectan a otros sectores, como el acceso a contenido para fines científicos o educativos.

al analizar el derecho de comunicación pública previamente en este estudio. Por tanto, es necesario aclarar definitivamente esos términos y, en particular, el concepto de «público», que plantea importantes problemas interpretativos, como se ha constatado en este estudio. En cuanto al derecho de puesta a disposición del público, es también necesario simplificarlo, incluyendo en un mismo concepto los actos de reproducción asociados a esa puesta a disposición, si bien éste es un tema que excede el ámbito de estudio del presente artículo y no entraremos a analizarlo<sup>174</sup>.

En definitiva, la propuesta de reforma de la Directiva 2001/29 aquí planteada a grandes rasgos permitiría llevar a cabo esa simplificación legislativa que facilitaría el desarrollo tecnológico digital a nivel nacional y europeo. Será necesario esperar al completo desarrollo de la Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa objeto de la Comunicación 192, para ver si efectivamente la Comisión logra adoptar medidas eficaces a este respecto.

## **VI. CONCLUSIONES**

La tecnología *cloud* es considerada por muchos el siguiente gran avance tecnológico de la llamada «sociedad de la información», tras la revolución que supuso Internet. El entorno audiovisual y, en particular, la televisión, ya han sucumbido a este fenómeno. La llamada *cloud TV* es el futuro en el consumo de televisión. Uno de los elementos fundamentales del tránsito hacia esa *cloud TV* son los servicios de nPVR, que también utilizan tecnología *cloud* para ofrecer a los usuarios la posibilidad de grabar contenidos de televisión en la nube.

A pesar del prometedor futuro (y ya presente) del *cloud*, la normativa española y europea en materia de propiedad intelectual, una vez más, no se adaptan a la nueva realidad y a las numerosas oportunidades de negocio que supone la irrupción de esta nueva tecnología en la sociedad de la información y, en particular, en el entorno de los servicios de televisión. Un ejemplo claro son los problemas legales que plantea la prestación de los servicios nPVR objeto de este estudio.

La jurisprudencia internacional constata que la finalidad de estos servicios es exactamente la misma que la de los grabadores de video personales, es decir, permitir el *time-shifting* a los consumidores de contenidos de televisión. A pesar de ello, la normativa actual no permite tratarlos jurídicamente del mismo modo,

---

<sup>174</sup> En cuanto a esa simplificación, ya la «**Agenda Digital para Europa**», publicada mediante la Comunicación del **Acta del Mercado Unión** el 13 de abril de 2011 también por la Comisión Europea, establecía como uno de los objetivos de dicha agenda la simplificación de la autorización de los derechos de autor con la finalidad de facilitar la construcción de un mercado único digital. **COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, EL CONSEJO, EL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL Y EL COMITÉ DE REGIONES**. COM (2011) 206 final (Comunicación 206).

y ello a pesar de que el *time-shifting* como tal es una actividad admitida en las distintas jurisdicciones, incluso la española, como no dañina para los intereses de los titulares de derechos. Así, el uso de grabadores caseros no requiere ninguna autorización de los titulares de derechos en la mayoría de jurisdicciones, incluida la española, tal y como se prevé en los artículos 31.1 y 25.5 del TRLPI. Por el contrario, el uso de servicios de nPVR sí necesita autorización de los titulares del derecho de reproducción y potencialmente también del derecho de comunicación pública.

Sólo en uno de los casos analizados en este estudio, el caso Cablevision, la autoridad judicial norteamericana considera que este servicio no requiere autorización de los titulares de derechos, puesto que no se llevan a cabo actos de reproducción ni de comunicación al público. En la jurisprudencia europea, por el contrario, ninguna decisión de las hasta ahora emitidas llega a esa misma conclusión, sino todo lo contrario. Los servicios de nPVR se consideran ilícitos por motivos que no son siempre los mismos. En Francia, se considera que los servicios de nPVR requieren autorización tanto del derecho de reproducción como del derecho de comunicación pública. En Alemania, por el contrario, los tribunales sí han considerado posible amparar este tipo de reproducciones en el ámbito de la copia privada, puesto que en dicha jurisdicción se acepta que la copia de contenido para uso privado pueda realizarse con «asistencia de terceros», y tampoco entienden que se lleven a cabo actos de comunicación al público asociados a esas reproducciones. No obstante, se considera que se está llevando a cabo un acto de (re)transmisión de contenidos al captar la señal de los canales objeto de grabación, y ese acto requiere la autorización de los titulares de derechos.

En derecho español, tras el análisis del TRLPI realizado en el presente estudio, podemos concluir que si bien se podría considerar que las reproducciones técnicas y temporales de contenido que tenga que realizar un prestador de este tipo de servicios —para efectivamente prestarlo— pueden ser subsumibles en la excepción de reproducciones provisionales, las copias permanentes que se realicen para uso y disfrute de los usuarios no tienen cabida en el concepto de copia privada de esa misma norma, dado que la misma exige que esas copias las realice el propio usuario, sin asistencia de terceros, lo cual no es viable en el entorno del nPVR, donde siempre se requiere la intervención técnica del prestador del servicio. En lo relativo al derecho de comunicación pública, asumiendo que se produce una «comunicación» de contenido cuando el prestador del servicio se lo entrega al usuario, dependerá del modelo concreto de servicio de nPVR prestado, si efectivamente esa entrega se hace a un público, en su caso, nuevo, de manera que se produzca un acto de explotación de este derecho.

Por tanto, a día de hoy, el desarrollo de este tipo de servicios en España requiere la obtención de autorizaciones de todos los titulares de derechos de propiedad intelectual (incluidos los organismos de radiodifusión), en concreto, del derecho

de reproducción y, dependiendo del caso, del derecho de comunicación pública, sobre el contenido susceptible de ser grabado y entregado a los usuarios.

Esta problemática jurídica se plantea actualmente en gran parte de los países de nuestro entorno y parece preocupar a las instituciones comunitarias. De hecho, la Comisión Europea ha abordado esta cuestión, y en general todo el fenómeno relacionado con la tecnología *cloud*, desde la perspectiva de los derechos de propiedad intelectual en diversas comunicaciones y documentos de trabajo. No obstante, no se ha mostrado en ningún caso favorable a modificar la normativa para crear mecanismos de excepción en el entorno digital en la nube, como vía para llevar a cabo esa «simplificación». Es más, hasta la fecha no se ha propuesto ningún tipo de solución de cualquier otra naturaleza.

Como también hemos analizado previamente, ha habido varias iniciativas nacionales en Europa, con mejor y peor suerte, en el sentido de intentar solventar esta problemática. En Finlandia, se ha creado recientemente un sistema de licencia colectiva ampliada (*extended collective license*) para los servicios de nPVR, la cual funciona de forma similar a la gestión colectiva obligatoria, con la diferencia en la práctica —existen otros matices legales— de que el interlocutor en la negociación es diferente. En Reino Unido se ha intentado introducir por primera vez la excepción de copia privada pero sólo para determinados servicios *cloud*, aunque la misma fue anulada judicialmente por no haberse asociado a la misma una compensación equitativa o haber justificado debidamente que no corresponde tal compensación, como exige la Directiva 2001/29.

Por mi parte creo que la solución está en una reforma de la Directiva 2001/29, que se ha quedado obsoleta a la hora de dar cobertura legal a una sociedad de la información como es la actual que es mucho más compleja técnicamente que la que existía hace quince años, momento en que se aprobó esa norma. Esa reforma debe permitir a la Unión Europea adaptarse a la realidad tecnológica y económica actual, para en último término fomentar el correcto funcionamiento del mercado interior. Esa reforma debe pasar por adaptar las actuales excepciones y limitaciones a los derechos de propiedad intelectual recogidas en el artículo 5 de la misma a esta nueva realidad y, en algunos casos, establecer su obligatoriedad, como podría ser en el caso de la copia privada. Por otra parte, se deben revisar la definición y ámbito de aplicación de determinados derechos de explotación, como el de puesta a disposición del público, que se creó en esa Directiva y plantea numerosos problemas para su ejercicio en el entorno digital.

En definitiva, es necesario y cada vez más urgente modificar la regulación de las excepciones a los derechos de propiedad intelectual, cuanto menos en los aspectos antes indicados, y a nivel comunitario, para conseguir una armonización en la materia que permita simplificar la gestión de derechos a nivel transnacional, como propone la Comisión Europea, con el fin último de fomentar el mercado europeo de difusión de contenidos, incluidos —aunque no sólo— los audiovisuales.