



La posible protección del sabor por el derecho de autor

David Fuentes Lahoz

Jurista especializado en propiedad intelectual

Este trabajo ha sido finalista en el **Premio «Estudios Financieros» 2019** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don Pedro Vela Torres, doña Rocío Fernández Domínguez, doña María de las Heras García, don Carlos Lema Devesa, don Juan José Marín López y don Miguel Ruiz Muñoz.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

Hoy en día, la gastronomía se erige como expresión del arte. Debido a ello, durante los últimos años ha surgido el debate relativo a la protección que los platos culinarios deberían ostentar en virtud del derecho de autor. Por su parte, los platos culinarios se configuran como creaciones fácticamente complejas, en la medida que pueden ser percibidos a través de diversos canales de exteriorización (gusto, vista, olfato, oído y tacto). No obstante, fue la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de noviembre de 2018 la que pareció zanjar la cuestión al establecer la imposibilidad de calificar un sabor como obra. Efectivamente, a pesar de que el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual permite proteger cualquier creación perceptible y original, la imposibilidad de identificar objetivamente un sabor conlleva que no pueda ser amparado jurídicamente. A pesar de ello, dicha imposibilidad es relativa, ya que, si en el futuro las técnicas para la identificación precisa y objetiva de los sabores evolucionan, sería posible proteger un sabor como objeto del derecho de autor. Asimismo, la receta permitiría objetivar la creación culinaria, de tal manera que se eviten los inconvenientes fácticos que suponen sus diferentes formas de expresión y se proteja indirectamente el sabor del plato culinario.

Palabras clave: sabor; plato culinario; derecho de autor; exteriorización; originalidad; identificación objetiva; receta culinaria.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

Cómo citar: Fuentes Lahoz, D. (2020). La posible protección del sabor por el derecho de autor. *Revista CEFLegal*, 231, 5-40.





The possible protection of taste under copyright

David Fuentes Lahoz

Abstract

Gastronomy has become one of the most acclaimed artistic fields. As a result, in recent years the discussion has arisen regarding the protection that culinary dishes should have under copyright. A culinary dish is a gastronomic creation which can be perceived by people via different exteriorization channels (taste, sight, smell, hearing and touch). In this way, culinary dish is a complex creation because its external expression affects all the senses. On the other hand, despite the legal admission of culinary creations as objects of copyright as long as they are, first of all, original and perceptible, nowadays the gustatory aspect of culinary dishes is totally impossible to detect in an objective way in view of all the influential external and internal factors. The same idea was analysed by the Judgement of the Court of Justice of the European Union of 13 November 2018. The European Court concluded that the taste of food cannot be qualified as a creation. However, this current impossibility is not absolute in view of the fact that the difficult task of objectify this kind of form of expression could be overcome if we had technical resources that allow us to identify it objectively. It actually seems that the only way to protect culinary works is through the recipe considered as a graphic representation. In this way, the culinary recipe will carry out the function of objectify the culinary dish, so it can avoid the factual inconveniences due to its different forms of expression and this would provide the indirect protection of taste.

Keywords: taste; culinary dish; copyright; externalisation; originality; objective detection; culinary recipe.

Citation: Fuentes Lahoz, D. (2020). La posible protección del sabor por el derecho de autor. *Revista CEFLegal*, 231, 5-40.



Sumario

1. Introducción: Los platos culinarios como arte gastronómico
2. Análisis jurídico del plato culinario como creación perceptible por todos los sentidos
 - 2.1. El listado *numerus apertus* de la ley y los requisitos esenciales para la protección de las obras
 - 2.2.1. El ambiguo concepto de la originalidad
 - 2.2.2. La exteriorización y la necesaria perceptibilidad de la obra
 - 2.2. La cuestión acerca de los ingredientes, utensilios y máquinas empleados en la labor creativo-culinaria
 - 2.3. La tradicional reticencia a admitir un sabor como objeto del derecho de autor
 - 2.4. El carácter utilitario del plato culinario
 - 2.5. El carácter efímero del plato culinario
3. Los inconvenientes fácticos del sabor a efectos de lograr la protección del derecho de autor
 - 3.1. La relativa imposibilidad de calificar un sabor como obra: El caso Levola
 - 3.1.1. Hechos, historia procesal y cuestión prejudicial del caso Levola
 - 3.1.2. Análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el caso Levola
 - 3.1.3. El criticable planteamiento de la cuestión prejudicial del caso Levola
4. La receta culinaria
 - 4.1. La receta culinaria como obra literaria o como contenido de una colección o base de datos
 - 4.2. El plato culinario y su receta como un único *corpus mysticum*
 - 4.2.1. La ejecución de la receta culinaria con base en el artículo 17 del TRLPI
 - 4.2.2. La necesaria superación de la tradicional dicotomía forma/contenido
 - 4.2.3. La protección indirecta del sabor en el ámbito del derecho de autor
5. Conclusiones

Referencias bibliográficas

1. Introducción: Los platos culinarios como arte gastronómico

Durante los últimos años, la gastronomía española ha adquirido una relevancia nacional e internacional sin precedentes debido a su calidad e innovación¹. Esta importancia de la gastronomía ha dado lugar a una auténtica transformación en su concepción social, en la medida que, hoy en día, la gastronomía es reconocida como un pilar fundamental de la cultura y como expresión del arte. Ese reconocimiento ha sido expresado de diversas maneras a través de numerosas instituciones sociales y políticas. Por un lado, es de destacar que el Diccionario de la RAE emplee la palabra «arte» para referirse a la gastronomía al definirla como el «arte de preparar una buena comida»; y que, al igual que la lengua y la historia, la gastronomía goce de una real academia propia². Por otro lado, resulta llamativo

¹ Según el Informe sobre la Cultura en España de enero de 2019, «respecto al momento actual de creación y repercusión internacional en cada uno de los campos de la cultura, vuelve a encabezar el ranking en forma muy destacada la Gastronomía con 8,33 puntos, seguida de Diseño, Literatura, Moda y Fotografía» (Fundación Contemporánea (enero de 2019). *Informe de la Cultura en España en 2018. Observatorio de la Cultura de la Fundación Contemporánea* (p. 8). Madrid. Recuperado de <<http://www.fundacioncontemporanea.com/wp-content/uploads/2019/02/Observatorio-de-la-Cultura-2019.pdf>>). Lo cierto es que la gastronomía ha sufrido una bajada de puntos respecto al informe del año 2018, en el que ostentaba 8,52 puntos. No obstante, sin perjuicio de esa ínfima bajada de 0,19 puntos, la gastronomía se consolida como el ámbito más relevante del panorama cultural español. Como bien comenta Couso Pascual (2019, p. 141):

La Gastronomía está de moda, como lo prueba la popularidad de programas divulgativos y concursos televisivos sobre la Alta Cocina, la consolidación de establecimientos gastronómicos de prestigio y gran calidad, la creación de numerosos restaurantes que aspiran a nuevas formas culinarias, la visión de la creación artística y la experiencia singular en la mesa, la convicción de que comer debe aunar placer y salud, etc. Esto es así, como lo es, también el hecho de que en torno a un 15% de los extranjeros que visitan nuestro país lo hacen porque quieren degustar nuestra Cocina, conocer nuestros restaurantes y disfrutar de la experiencia del Arte Culinario tradicional e innovador del que España es una singular referencia internacional.

² Según el Real Decreto 1071/2010, de 20 de agosto, por el que se reconoce a la Real Academia de Gastronomía como corporación de derecho público y se aprueban sus estatutos (Boletín Oficial del Estado, de 24 de septiembre de 2010, n.º 232, p. 81148), «la variedad y riqueza de la cocina española, desde la tradicional y local hasta la creativa y de autor, ha obtenido un reconocimiento universal, que ha situado a algunos de nuestros cocineros entre aquellos considerados como los mejores del mundo». En efecto, la labor creativo-culinaria realizada por los cocineros españoles ha sido valorada constantemente. A modo de ejemplo, la medalla al Mérito en las Bellas Artes ha sido otorgada a profesionales como Ferrán Adrià (Real Decreto 784/2007, de 8 de junio, por el que se concede la Medalla al Mérito en las Bellas Artes, en

que la gastronomía haya sido reconocida como expresión del arte en ámbitos en los que hasta hace unos años parecía impensable. Paradigma de ello es el ámbito universitario, ya que actualmente es posible cursar el grado oficial en Gastronomía y Artes Culinarias en una universidad pública³. Asimismo, es de interés mencionar que una institución tan representativa como el Parlamento Europeo haya utilizado el término «arte» para hacer referencia a la gastronomía al señalar que puede ser considerada como el «conjunto de conocimientos, experiencias, artes y artesanías que permiten comer saludable y placenteramente»⁴. Por último, es reseñable la incipiente celebración de congresos y jornadas relativas al derecho y la gastronomía con el fin de analizar temas de interés jurídico en el ámbito culinario⁵. En definitiva, la concienciación general sobre el reconocimiento de la gastronomía como arte y parte fundamental de nuestra cultura es evidente. Ahora bien, no cabe duda de que a los cambios sociales les siguen o, cuando menos, les deberían seguir los correspondientes cambios jurídicos. Por ello, surgió el debate sobre la posible tutela jurídica de uno de los principales elementos que integran la gastronomía: el plato culinario entendido como creación⁶.

su categoría de oro, a las personas y entidades que se relacionan. Boletín Oficial del Estado, de 9 de junio de 2007, n.º 138, p. 25304); Carme Ruscalleda i Serra (Real Decreto 815/2008, de 9 de mayo, por el que se concede la Medalla al Mérito en las Bellas Artes, en su categoría de oro, a las personas y entidades que se relacionan. Boletín Oficial del Estado, de 3 de junio de 2008, n.º 134, p. 25627); Juan María Arzak (Real Decreto 238/2009, de 23 de febrero, por el que se concede la Medalla al Mérito en las Bellas Artes, en su categoría de oro, a las personas y entidades que se relacionan. Boletín Oficial del Estado, de 5 de marzo de 2009, n.º 55, p. 23051); José Andrés Puerta (Real Decreto 1064/2017, de 22 de diciembre, por el que se concede la Medalla al Mérito en las Bellas Artes, en su categoría de oro, a las personas y entidades que se relacionan. Boletín Oficial del Estado, 23 de diciembre de 2017, n.º 311, p. 128099); y Martín Berasategui Olazábal (Real Decreto 742/2019, de 20 de diciembre, por el que se concede la Medalla al Mérito en las Bellas Artes, en su categoría de oro, a las personas y entidades que se relacionan. Boletín Oficial del Estado, 21 de diciembre de 2019, n.º 306, p. 139360).

³ Resolución de 21 de diciembre de 2011, de la Secretaría General de Universidades, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2011, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos de Grado y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos. Boletín Oficial del Estado, de 6 de enero de 2012, n.º 5, p. 952.

⁴ Resolución del Parlamento Europeo de 12 de marzo de 2014, sobre el patrimonio gastronómico europeo: aspectos culturales y educativos, n.º proc. 2013/2181(INI).

⁵ Al respecto, podemos mencionar el Congreso Europeo de Derecho y Gastronomía celebrado en el IFE-MA de Madrid en 2018, así como las Jornadas Internacionales sobre Derecho y Gastronomía (*Gastro-Law*) cuya celebración tendrá lugar en la Universidad de Deusto de Bilbao durante los meses de junio y julio de 2020.

⁶ Con ánimo de comprender con mayor exactitud la cuestión que nos atañe, es preciso partir de que cuando hablamos de «plato» no nos referimos al «recipiente bajo y redondo, con una concavidad en medio y borde comúnmente plano alrededor, empleado en las mesas para servir los alimentos y comer en él y para otros usos» (primera acepción de la palabra «plato» en el Diccionario de la RAE). Al hablar de «plato», «plato de cocina» o «plato culinario» hacemos referencia a todos los elementos que lo conforman *lato sensu*, esto es, tanto el «alimento» en sí mismo considerado como, en su caso, la base material en el que se sirva aquel, siempre que el sujeto que lleve a cabo la labor creativo-culinaria así lo haya concebido. Ello conformaría lo que podríamos denominar «creación culinaria» u «obra culinaria» en caso de que, en su conjunto, fuera

Concretamente, la discusión se centraba en si es posible proteger un plato culinario como objeto de propiedad intelectual. Ello supondría el consiguiente reconocimiento de una «exclusiva de explotación» al autor del plato protegido, cuya especial naturaleza obligaría a recurrir a ese *ius prohibendi* como «una exigencia al servicio del goce de la creación intelectual»⁷. En otras palabras, se estaría admitiendo la constitución de lo que algunos juristas han llegado a denominar *cookright*⁸, esto es, un monopolio económico y moral sobre la creación culinaria gozado por el autor; titular originario que, en cualquier momento, podría ceder los derechos de explotación sobre el plato culinario a otros posibles titulares derivativos. Al mismo tiempo, las eventuales infracciones de los derechos exclusivos legitimarían para su persecución vía judicial, ya fuera en el orden civil o, en su caso, en el penal. No obstante, dado que lo que más caracteriza a los platos culinarios es su expresión gustativa, fue la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 13 de noviembre

original. De otro lado, debemos tener claro que para que una creación culinaria sea protegida por el derecho de autor, no es necesario que sea creada por un chef, entendido este como un sujeto que se dedica profesionalmente a cocinar. Defender lo contrario supondría dejar fuera de una posible autoría a otros sujetos que no fueran profesionales del mundo gastronómico y, por consiguiente, se estaría admitiendo una discriminación no acorde a nuestro ordenamiento jurídico. Desgraciadamente, lo anterior no es una consideración aislada, en la medida que han sido varios autores los que, consciente o inconscientemente, han dado a entender que una obra culinaria únicamente puede ser fruto de una actividad profesional (así, Robert Guillén, 2017, p. 58; y González Soria, 2019, pp. 62 y 63). Con todo, y sin perjuicio de lo ya comentado, soy de la opinión de Romero Coloma (2017, p. 26), quien adecuadamente señala que «habría que superar, con creces, la noción, ya anticuada, elitista, del arte». En efecto, no niego que la dificultad de crear un plato culinario original generalmente será mayor en caso de no gozar de una formación gastronómica adecuada o de no disponer de máquinas culinarias especiales para elaborar determinadas partes de un plato, pero ello no supone que, en todo caso, el titular de derechos de propiedad intelectual tenga que ser un profesional del ámbito culinario. Por otra parte, es necesario tener en cuenta que el derecho de autor protege aquellas creaciones que ostenten originalidad y sean perceptibles con independencia del grado de desarrollo creativo que hayan alcanzado. En otras palabras, una creación culinaria podrá ser protegida desde el momento en que, una vez exteriorizada, alcance un nivel mínimo de originalidad, sin necesidad de que haya sido efectivamente terminada. Esta tesis ha sido plenamente acogida por la doctrina y, de hecho, se deduce del propio texto legislativo. Así, por un lado, el artículo 10.1 e) del texto refundido de la Ley de propiedad intelectual habla de «ensayos o bocetos» y, por otro, el único precepto de la ley que requiere explícitamente una «versión definitiva» es el artículo 92.1 para, entre otras cuestiones, determinar el momento en el que se pueden ejercer los derechos morales de los autores (art. 93). Además, en este último caso, la determinación de dicha versión definitiva simplemente depende del acuerdo entre el director-realizador y el productor, y no de otras valoraciones fácticas relativas al grado de desarrollo efectivo de la obra audiovisual. También cabría decir que la obra que aparente y objetivamente esté terminada para un tercero puede no estarlo para su autor –o viceversa– (sobre esto último, Plaza Penadés, 2017, p. 32).

⁷ Así, Bondía Román en referencia al poder de monopolio sobre la creación (1988, p. 31).

⁸ Según González Soria (2019, p. 63):

La vía ideal para consolidar el *cookright* sería el reconocimiento de las creaciones culinarias como creaciones artísticas incluidas en el listado [...] del artículo 10 de la LPI, con lo que nos aseguraríamos el derecho moral a que se reconozca su autoría, y a exigir que se respete la integridad de sus creaciones, así como el resto de los derechos morales. Y, por supuesto, también los derechos económicos.

de 2018⁹ la que, estableciendo que el sabor de un alimento no puede gozar de la calificación de obra, pareció terminar con la discusión que reinaba hasta el momento. Con todo, debemos recordar que el no resuelve los litigios nacionales, sino que son los tribunales de carácter nacional los que deben resolver tomando una decisión de conformidad con lo que haya sido establecido por aquel. Precisamente por esto, el presente estudio tiene por objeto analizar el panorama jurídico actual tras el pronunciamiento del TJUE, de manera que podamos determinar si existe alguna posibilidad de que el sabor de un plato culinario alcance la protección del derecho de autor. Pues bien, podemos adelantar que dicha protección es todavía posible a pesar de la aparente rotundidad del antedicho pronunciamiento del tribunal europeo, si bien, como tendremos posibilidad de analizar, únicamente existen dos posibles vías de tutela jurídica. Si unimos esto a lo que acabamos de comentar, resulta claro que, si en el Estado español o en otro país de la Unión Europea se presenta un caso similar relativo a la protección de un sabor por el derecho de autor, cabría admitir la existencia de un tipo de *copyright* sensorial. He ahí la relevancia de la cuestión.

Se presenta ante nosotros un auténtico estudio de investigación, en la medida que la ausencia de desarrollo legal, jurisprudencial e incluso doctrinal impera en este tema, propiciando así que nos encontremos ante una materia plenamente difusa que requiere claridad¹⁰. En las siguientes líneas analizaremos las diversas posibilidades que existen para admitir la tutela de un sabor en sede del derecho de autor, para lo que será preciso partir del estudio fáctico y jurídico del plato culinario. Ello nos llevará a examinar las consecuencias jurídicas de la complejidad fáctica que reviste el plato, así como la mencionada sentencia del TJUE. Y, por otro lado, tendremos que estudiar si la receta culinaria podría facilitar, de una forma u otra, la eventual protección jurídica del sabor¹¹. Dicho todo esto, es preciso mencionar que para la elaboración de este estudio me he atenido a las normas internas más relevantes

⁹ STJUE de 13 de noviembre de 2018, as. C-310/17, *Levola Hengelo BV contra Smilde Foods BV* (NCJ064622).

¹⁰ En efecto, la protección del sabor por el derecho de autor es un tema de carente desarrollo en prácticamente todos los ámbitos. A pesar de ello, lo cierto es que algunos juristas y medios de comunicación han tratado la cuestión, aunque con estudios no puramente técnico-jurídicos ni especializados que, además, ni siquiera analizan el fondo del asunto. Por todo ello, este estudio tiene como objetivo analizar detallada y minuciosamente la antedicha sentencia del TJUE, así como las diferentes posibilidades de protección de un sabor en el ámbito del derecho de autor. De esta manera, aspiro a aclarar las dudas existentes al respecto y, a su vez, a animar a otros juristas a seguir investigando sobre este incipiente ámbito jurídico que podría ser denominado «derecho gastronómico».

¹¹ En definitiva, principalmente nos centraremos en el aspecto gustativo de las creaciones culinarias comestibles o bebibles. Por ello, no serán objeto principal de este estudio otras creaciones que, a pesar de pertenecer igualmente al ámbito gastronómico, no son platos culinarios y no ofrecen dudas sobre su posible tutela en el ámbito del derecho de autor. A modo de ejemplo, un libro de cocina, en virtud del apartado a) del artículo 10.1 del texto refundido de la Ley de propiedad intelectual –sin perjuicio de ello, las obras literarias serán mencionadas cuando tratemos la receta en el ámbito del derecho de autor–. E igualmente no analizaremos las invenciones culinarias que podrían llegar a ser objeto de protección a través de patentes o modelos de utilidad.

en la materia, entre las que destaca el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual¹² (en adelante, TRLPI) y, a su vez, he hecho referencia a normativa comunitaria e internacional, así como a determinadas decisiones judiciales que pueden tener cabida a la hora de resolver las cuestiones que tratamos. Sin perjuicio de todo ello, habrá que prestar especial atención a la mencionada STJUE de 13 de noviembre de 2018 (asunto C-310/17) que, sin duda alguna, es la más importante para el tema que nos atañe por ser la única que, hasta la fecha, se ha pronunciado sobre la posibilidad de protección de uno de los aspectos de las creaciones culinarias en el ámbito del derecho de autor.

2. Análisis jurídico del plato culinario como creación perceptible por todos los sentidos

Un plato culinario es una creación gastronómica generalmente perceptible por las personas a través de diversos canales de exteriorización. Estos canales de exteriorización son el gusto, la vista, el olfato, el oído y el tacto. De esta manera, los platos culinarios se conformarían como una realidad objetivamente compleja, dado que su expresión externa afectaría a todos los sentidos¹³. Pues bien, es necesario partir de un análisis jurídico sobre las posibilidades de protección de estas complejas creaciones, de tal forma que podamos determinar si existe algún tipo de óbice jurídico que impida una eventual consideración del plato culinario y su sabor como obras en el sentido del TRLPI. Para ello, será preciso comenzar analizando si nuestro ordenamiento jurídico permite, *a priori*, con carácter general la protección de estas creaciones para, posteriormente, centrarnos en sus particularidades y establecer si estas pueden llegar a obstaculizar la tutela jurídica del derecho de autor.

2.1. El listado *numerus apertus* de la ley y los requisitos esenciales para la protección de las obras

Como bien se desprende del artículo 10.1 del TRLPI¹⁴, el derecho de autor protege toda creación que sea original y se encuentre exteriorizada. Efectivamente, debe tenerse claro

¹² Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Boletín Oficial del Estado, 22 de abril de 1996, n.º 97, p. 14.369.

¹³ Como explica Ansón Oliart (2019, p. 32), «el olfato y el gusto se ponen en funcionamiento por razones obvias, su relación con el sabor. Y el tacto porque también se han incorporado las texturas y temperaturas al placer de la comida».

¹⁴ «Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: [...]».

que cuando el tenor literal del artículo indica «comprendiéndose entre ellas», deja constancia de que nos encontramos ante un listado *numerus apertus*¹⁵, de tal manera que admite la posibilidad de plantear la protección de toda creación, siempre que reúna los requisitos antedichos de la originalidad y la exteriorización que a continuación me dispongo a analizar¹⁶.

2.2.1. El ambiguo concepto de la originalidad

La originalidad se conforma como un concepto jurídico indeterminado que, al no gozar de una definición en nuestro texto legal, requiere una concreción jurisprudencial y doctrinal. Dicha concreción se ha logrado durante los últimos años, si bien hoy en día siguen existiendo ciertas discrepancias en la doctrina e incluso contradicciones relevantes entre los órganos jurisdiccionales de ámbito nacional. Ahora bien, podría afirmarse que la ausencia de una definición legal del concepto ha sido una opción premeditada del legislador, ya que el TRLPI ha sufrido numerosas reformas durante el último siglo y ninguna de ellas ha incidido en el concepto de originalidad¹⁷. La cuestión se centra en si la originalidad debe analizarse en sentido subjetivo o si, por el contrario, procede ser analizada desde un punto de vista objetivo. Según el Tribunal Supremo, «en sentido subjetivo se entiende que la obra es original cuando refleja la personalidad del autor», mientras que en sentido objetivo se «considera la "originalidad" como "novedad objetiva"»¹⁸. Finalmente, el Tribunal Supremo ha terminado

¹⁵ En este sentido, Rodríguez Tapia (2009a, p. 128) y Bercovitz Rodríguez-Cano (2007, p. 151).

¹⁶ Asimismo, no debe olvidarse el hecho de que no existe un requisito esencial de carácter formal para lograr la protección del derecho de autor. Así, de acuerdo con el artículo 1 del TRLPI, «la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación», por lo que la inscripción de las creaciones en el Registro de la Propiedad Intelectual es, en todo caso, meramente declarativa (N. Moralejo Imberón. El Registro de la Propiedad Intelectual. *Revista PE.I.* Recuperado de <<https://www.pei-revista.com/contenidos-en-abierto/el-registro-de-la-propiedad-intelectual-detail>>). Esta falta de carácter constitutivo en la inscripción se debe, entre otras cuestiones, al deseo de ruptura respecto al sistema de propiedad intelectual que regía desde 1879, así como al Convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886 para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Instrumento de Ratificación de España de 2 de julio de 1973, Boletín Oficial del Estado, 4 de abril de 1974, n.º 81, p. 6885), ya que su artículo 5.2 establece –en referencia a los derechos de autor– que «el goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad». No obstante, lo cierto es que la inscripción es preferible a efectos de protección, dada la presunción *iuris tantum* de autoría que otorga el artículo 145.3 del TRLPI. Así lo establece expresamente dicho artículo cuando declara que «se presumirá, salvo prueba en contrario, que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo». En efecto, «dicha presunción solo podrá ser destruida contradiciendo en juicio el derecho del titular inscrito y solicitando a la vez la rectificación del Registro» (Marco Molina, 2017, p. 1.919). Todo ello es igualmente comentado por Carrasco Perera (Carrasco Perera, 2007, p. 97); y Guijo Vázquez (2008, p. 60).

¹⁷ De hecho, la última reforma del TRLPI se ha producido con la reciente Ley 2/2019, de 1 de marzo.

¹⁸ STS, Sala de lo Civil, de 26 octubre de 1992, rec. núm. 1530/1990 (NCJ043046). Sin embargo, la originalidad objetiva no debe confundirse con la novedad que se exige en el artículo 6 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes (Boletín Oficial del Estado, de 25 de julio de 2015, n.º 177, p. 62765) para las

decantándose por la valoración de la originalidad en ambos sentidos, si bien con cierta preferencia sobre la originalidad objetiva que, en ocasiones, ha sido complementada con la exigencia de una «altura creativa»¹⁹. Esta es la tendencia del Tribunal Supremo en relación con la exigencia de originalidad, pero lo cierto es que tanto la normativa comunitaria en materia de propiedad intelectual²⁰ como el TJUE²¹ se decantan por un concepto de la originalidad mucho más laxo. En concreto, desde instancias europeas se intenta implantar y armonizar en la Unión Europea un concepto subjetivo de la originalidad sin necesidad de acudir a la exigencia de «altura creativa», de tal manera que baste con que la creación intelectual sea fruto de elecciones libres y la obra refleje la personalidad del autor²². Dicho todo esto, podríamos

invenciones que es, en todo caso, más restrictiva que la originalidad objetiva. Efectivamente, la novedad exigida en el ámbito de las patentes hace referencia a todo aquello que no esté comprendido en el «estado de la técnica», esto es, «todo lo que antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente se ha hecho accesible al público en España o en el extranjero por una descripción escrita u oral, por una utilización o por cualquier otro medio». Como bien explica Garbayo Blanch (2017, p. 249), «el examen de la novedad implicará necesariamente dos fases: (i) delimitar la invención que constituye el objeto de la patente solicitada y (ii) indagar si esta invención, tal cual ha sido descrita, es sustancial o esencialmente idéntica a otra que se encuentra comprendida en el estado de la técnica en el momento de su presentación o solicitud de la patente».

¹⁹ A estos efectos resultan interesantes las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2017 (Sala de lo Civil, n.º 253/2017 [NCJ062393]), 5 de abril de 2011 (Sala de lo Civil, n.º 214/2011 [NCJ055047]), 24 de junio de 2004 (Sala de lo Civil, n.º 542/2004 [NCJ041832]), 26 de noviembre de 2003 (Sala de lo Civil, n.º 1125/2003), 30 de enero de 1996 (Sala de lo Civil, n.º 34/1996) y 7 de junio de 1995 (Sala de lo Civil, n.º 563/1995). E igualmente son de interés las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de mayo de 2009 (sección 28.ª, n.º 135/2009) y 11 de enero de 2007 (sección 28.ª, n.º 5/2007), así como las de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de julio de 2008 (sección 15.ª, n.º 261/2008), 29 de septiembre de 2005 (sección 15.ª, n.º 411/2005) y 10 de marzo de 2000 (sección 15.ª, n.º rec. núm. 1400/1997). Por último, también puede ser analizada la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 16 de mayo de 2000 (sección 1.ª, n.º 281/2000).

²⁰ De esta manera, el artículo 6 de la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (Diario Oficial de la Unión Europea, n.º L 372, de 27 de diciembre de 2006, p. 12) expresa que las fotografías que «sean creaciones intelectuales propias del autor serán protegidas con arreglo al artículo», sin que sea preciso aplicar «ningún otro criterio para determinar su derecho a la protección». Y, de manera similar, el artículo 3.1 de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 77, de 27 de marzo de 1996, p. 20) estableció que «las bases de datos que por la selección o la disposición de su contenido constituyan una creación intelectual de su autor estarán protegidas, como tal creación, por los derechos de autor», sin que sean de aplicación otros criterios para determinar si pueden ser protegidas.

²¹ Al respecto se puede observar la STJUE de 4 de octubre de 2011, *Football Association Premier League Ltd. y otros contra QC Leisure y otros* (C-403/08) y *Karen Murphy contra Media Protection Services Ltd.* (C-429/08); así como la STJUE de 1 de diciembre de 2011, *Eva-Maria Painer contra Standard VerlagsGmbH y otros* (C-145/10).

²² Un buen estudio sobre el tema se puede encontrar en T. Margoni. *The Harmonisation of EU Copyright Law: The Originality Standard* (es posible consultar el documento en: <<https://www.researchgate.net/>

afirmar que para que un plato culinario y su sabor pudieran ser objeto de propiedad intelectual deberían ser, en primer lugar, originales de acuerdo con lo que acabamos de comentar.

2.2.2. La exteriorización y la necesaria perceptibilidad de la obra

Cuando hablamos de exteriorización hacemos referencia a la plasmación «por cualquier medio o soporte» (art. 10.1 TRLPI) de la creación con el objeto de que pueda ser percibida y apreciada por las personas (Plaza Penadés, 2017, p. 34). En este sentido, *a priori*, las ideas y los sentimientos que no tienen forma y no son exteriorizados carecen de protección (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2007, p. 161), y lo mismo sucede con el estilo seguido por el autor²³. Por consiguiente, una creación culinaria podría adquirir la calificación de obra en caso de que ostentare una originalidad suficiente y, a su vez, fuera perceptible por los demás; algo fácilmente admisible si no olvidamos el hecho de que un plato culinario es perceptible por todos los sentidos. Sin duda, ello nos llevaría a considerar la posible tutela jurídica de su concreta exteriorización gustativa (el sabor), perceptible a través del paladar. En relación con ello, y teniendo en cuenta que la exteriorización tiene como único requisito su perceptibilidad, es necesario saber que no son necesarias condiciones o circunstancias especiales en cuanto al soporte o medio que podrá ser, en cualquier caso, tangible o intangible (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2007, p. 161)²⁴. En definitiva, tangible sería el propio alimento que

publication/303514866_The_Harmonisation_of_EU_Copyright_Law_The_Originality_Standard>). Asimismo, para ahondar más en la cuestión relativa a la originalidad en el ordenamiento jurídico español, pueden resultar de gran interés las aportaciones de Muñoz Vico (2011, pp. 48-51), Peinado Gracia (2017, p. 181), Bercovitz Rodríguez-Cano (2007, p. 155), Martín Salamanca (2017, pp. 62 y 63), Plaza Penadés (2017, pp. 36, 39 y 40), Marín López (2006, p. 41), J. C. Erdozain López (El concepto de originalidad en el derecho de autor. *Revista PE.I*. Recuperado de <<https://www.pei-revista.com/contenidos-en-abierto/el-concepto-de-originalidad-detail>>), Marco Molina (2016, p. 71) y Saiz García (2000, pp. 86-157).

²³ STS, Sala de lo Civil, de 26 octubre 1992, rec. núm. 1530/1990 (NCJ043046). De manera similar, el artículo 2 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor (adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996. Instrumento de Ratificación de España de 15 de septiembre de 1998, Boletín Oficial del Estado, 18 de junio de 2010, n.º 148, p. 52061) establece que «la protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí»; manifestación que se contiene de manera idéntica en el artículo 9.2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Anexo 1C del Acuerdo de 15 de abril de 1994 por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, hecho en Marrakech. Instrumento de Ratificación de España de 30 de diciembre de 1994, Boletín Oficial del Estado, 24 de enero de 1995, n.º 20, p. 2.206).

²⁴ En otras palabras, para que una creación se considere efectivamente exteriorizada, únicamente será preciso que aquella «se plasme y esté contenida en un determinado soporte corpóreo o incorpóreo, siendo dicho soporte el vehículo en el que la obra se concreta y queda impresa, haciéndose determinable y reconocible para los demás» (Plaza Penadés, 2017, p. 34). Esta idea se desprende igualmente del Convenio de Berna de 1886, en cuyo artículo 2.1) se establece expresamente que «los términos "obras literarias y artísticas" comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión». Además, con arreglo al artículo 2.2) del mismo conve-

conforma el plato culinario, mientras que el sabor sería un elemento intangible del plato en cuestión. Ambos serían, como hemos comentado, perceptibles una vez exteriorizados y, por tanto, protegibles siempre que fueran originales.

2.2. La cuestión acerca de los ingredientes, utensilios y máquinas empleados en la labor creativo-culinaria

Debe saberse que no se excluirían del concepto de obras protegibles aquellas realizadas por una persona valiéndose de elementos de la naturaleza ni las producidas con intervención de una máquina, siempre y cuando contengan una propia aportación de su autor (Peinado Gracia, 2017, p. 177). Por ello, el hecho de que para la elaboración de un plato culinario se utilicen ingredientes procedentes de la propia naturaleza y utensilios o máquinas especiales tampoco supondría obstáculo alguno para la admisión de la creación culinaria como objeto de propiedad intelectual. A pesar de ello, no se debe perder de vista el matiz relativo a la necesaria intervención creativa del autor. En efecto, la utilización de máquinas en el proceso creativo-culinario en principio no influye a la hora de calificar el resultado como obra siempre y cuando aquellas hayan sido empleadas como meras herramientas de carácter técnico. Nos encontraríamos ante un escenario diferente si la máquina en cuestión no interviniera como una simple herramienta, sino más bien como el propio «sujeto creador» del plato culinario. En tal caso, parece que no sería posible la calificación del resultado como obra, ya que el plato culinario no habría sido creado por una persona (art. 5 TRLPI)²⁵.

nio, «queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer que las obras literarias y artísticas o algunos de sus géneros no estarán protegidos mientras no hayan sido fijados en un soporte material» y, efectivamente, si en el ordenamiento jurídico español no consta en ningún caso un uso expreso de dicha facultad, menos aún en referencia a las creaciones culinarias y sus sabores, ya que ni siquiera se mencionan explícitamente en ninguna norma sobre propiedad intelectual. Como bien expresa Rodríguez Tapia (2009a, p. 62), «desde un punto de vista legal, podemos entender por crear una obra, plasmar en una forma exterior una obra original, en parte o en todo, perceptible por los sentidos (hasta hoy, por el tacto, vista u oído; mañana, quizá, también por el olfato y gusto: los perfumes, sabores y fragancias). Lo que es esencialmente creativo es el aporte de originalidad objetiva que tenga dicha obra. Pero solo se entenderá creada una obra, a la luz de la ley, siempre que haya sido exteriorizada su forma, aunque esté incompleta (expresada por cualquier medio o soporte, dice el artículo 10 LPI)».

²⁵ En palabras de Carrasco Perera y Estal Sastre (2017, p. 107), «un aparato mecánico o electrónico no puede ser autor, ni tampoco cabe atribuir la condición de autor por aquellos resultados que son producto de la actuación de los agentes naturales y de los animales, por mucho que anteriormente no hubieran sido conocidos por la humanidad, pues el hecho generador del derecho de autor es la creación y no el descubrimiento». Sin embargo, si bien parece tener más adeptos la tesis relativa a que para que una obra sea protegida por el derecho de autor el primer requisito exigido es que aquella constituya el resultado de una actividad humana, no se puede ignorar que hoy en día uno de los temas más candentes en el panorama jurídico nacional e internacional trata sobre la posible autoría no humana y la inteligencia artificial. El estudio de dicho tema excede del objeto del presente trabajo. Sin perjuicio de ello, considero de gran interés los siguientes trabajos: Navas Navarro (2019) y Morán Ruiz (2018, pp. 9-28).

2.3. La tradicional reticencia a admitir un sabor como objeto del derecho de autor

Cabe mencionar que una parte de la doctrina se muestra harta reticente o recelosa a admitir la protección de las obras que se exteriorizan por vías diferentes a la auditiva o la visual. A modo de ejemplo, Marco Molina (2016, p. 67) comenta que, «partiendo de la Filosofía grecolatina, que es la nuestra, y, más concretamente, desde Platón, solo en las obras que, como las literarias, artísticas o científicas, se dirigen a la vista y al oído, cabe presuponer un trabajo intelectual. No lo habría, en cambio, en aquellos resultados que, como el preparado gastronómico, se dirigen primariamente al gusto, al tacto y al olfato»²⁶. Por su parte, Bercovitz Rodríguez-Cano (2007, p. 158), al hacer referencia al carácter literario, artístico y científico de las obras, indica que «cuando la creación no corresponda a ninguno de esos campos, resulta dudoso admitir la existencia de propiedad intelectual en nuestro ordenamiento». Concluye declarando que «tal sería el caso, quizá, de creaciones cuyo medio de expresión normal no sea la vista o el oído, sino el tacto, el paladar (receta culinaria) o el olor (un perfume)»²⁷. A mi juicio, en vista de que la apreciación del carácter artístico de la creación supone una valoración subjetiva²⁸ y la forma de expresión de una obra requiere un examen objetivo, no parece coherente relacionar ambos conceptos. La determinación de si un sabor es perceptible se trata de una cuestión complementemente ajena a si una obra ostenta o no carácter artístico. En efecto, se trata de cuestiones diferentes que no ostentan la misma relevancia jurídica, ya que la exteriorización de la obra se configura como uno de los requisitos exigidos *ex lege* para que una creación sea protegible, mientras que el carácter artístico de la obra, a pesar de lo que aparentemente pueda desprenderse del artículo 10.1 del TRLPI, no se erige como un requisito indispensable para la protección de una creación por el derecho de autor²⁹.

²⁶ Por el contrario, según Robert Guillén (2017, pp. 28 y 117), «contra la jerarquización de los sentidos impuesta por filósofos como Aristóteles, Kant o Hegel, ennobleciendo a la vista y al oído y degradando los demás, la sociedad contemporánea ha vinculado definitivamente la experiencia artística también a lo sensible, a las emociones del cuerpo y a los sentidos del gusto, del tacto y del olfato».

²⁷ Con independencia de lo que comentaré en las siguientes líneas, llama la atención que se llegue a considerar la receta culinaria como una creación cuya forma de expresión «normal» sea el paladar, ya que el medio de expresión normal de la receta es la vista. Efectivamente, debe tenerse clara esa dicotomía fáctica entre la receta y el plato, porque si bien están íntimamente relacionados, se configuran como dos realidades, *de facto*, distintas.

²⁸ Como bien indica Romero Coloma (2017, p. 45), «el arte escapa a cualquier intento de definición», de forma que «pretender, en la actualidad, ofrecer una definición exacta y precisa, en el ámbito jurídico, de lo que debe entenderse por tal, y por artístico, constituye una empresa de dudoso éxito». Efectivamente, «su dificultad, por no decir imposibilidad, ya se evidencia en la incapacidad de establecer un concepto unitario por parte de aquellas disciplinas que, precisamente, hacen del mismo su contenido» y, asimismo, «se trata de una materia impregnada de contenidos variables, mutables y subjetivos».

²⁹ Así, además de lo «poco ilustrativa» y «confusa» que es la clasificación por carácter (científico, literario o artístico) contenida en el TRLPI, «poco o nada va a ser secundada por el resto del articulado de la nor-

Por otro lado, merecen especial mención las conclusiones del abogado general en el caso *Levola Hengelo B contra Smilde Foods BV*³⁰ sobre la forma de expresión gustativa. Según el abogado general, el artículo 2.1) del Convenio de Berna, al señalar las obras protegibles por el derecho de autor, conforma un listado *numerus apertus* de obras objeto de protección sin importar su modo o forma de expresión; listado que «no hace referencia alguna a los sabores ni a obras análogas a estos, como los olores o perfumes, pero tampoco los excluye expresamente». Sin embargo, finalmente argumenta que «el artículo 2, apartado 1, del Convenio de Berna [...] únicamente se refiere a las obras que se perciben por medios visuales o sonoros, como los libros y las composiciones musicales, con exclusión de las producciones que pueden percibirse mediante otros sentidos como el gusto, el olfato o el tacto». Consiguientemente, parece aceptar que los aspectos gustativo, olfativo o táctil de una creación se encuentran implícitamente excluidos de una eventual protección jurídica, porque el listado en cuestión únicamente hace referencia expresa a obras percep-

mativa»; y, asimismo, una obra científica, muy a menudo, puede constituir, a su vez, una obra literaria. De hecho, también es posible observar que la antedicha clasificación «mezcla como criterios de distinción forma expresiva y contenido (así, la clasificación literaria atiende a la expresión de una idea mediante el lenguaje escrito o verbal; la clasificación científica, en cambio, atiende al contenido de la creación)». Incluso el Reglamento de 1880 ponía de relieve que resultaba irrelevante el criterio del contenido para la determinación de la obra al establecerse en su artículo 1 que «se entenderá por obras [...] todas las que se producen y puedan publicarse por los procedimientos de la escritura, el dibujo, la imprenta, la pintura, el grabado, la litografía, la estampación, la autografía, la fotografía o cualquier otro de los sistemas impresores o reproductores conocidos o que se inventen en lo sucesivo» (Real Decreto de 3 de septiembre de 1880 por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre propiedad intelectual. Boletín Oficial del Estado, de 6 de septiembre de 1880, n.º 250, p. 763). Sobre ello habla Martín Salamanca (2017, p. 59). Por último, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual –OMPI o, en inglés, WIPO–, al analizar la expresión «obra literaria y artística», declara que, «en el sentido en que a ella se alude en el Convenio de Berna y en algunas otras convenciones, y con el significado que frecuentemente se le da en las legislaciones nacionales de derecho de autor, es esta una expresión general que, a los efectos de la protección del derecho de autor, ha de entenderse que comprende toda obra original de un autor, cualquiera que sea su valor literario o artístico y aun a pesar de que no se trate de una obra de carácter estrictamente literario y artístico. En algunas legislaciones se amplía el sentido de esta expresión al mencionar globalmente las "obras literarias, científicas y artísticas"» (*Glosario de derecho de autor y derechos conexos* de la OMPI, Ginebra, 1980, p. 145: <ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/wipopublications/wipo_pub_816_efs-ocr-sp-image.pdf>). A su vez, no se puede olvidar que «el concepto de carácter literario, artístico o científico se ha flexibilizado o desnaturalizado en los últimos tiempos, para incluir obras asimiladas a las literarias, artísticas o científicas» (Plaza Penadés, 2017, p. 33). De todo ello se deduce que el carácter literario, artístico o científico de las creaciones es, en esencia, un requisito prescindible a la hora de valorar la eventual protección del derecho de autor sobre una concreta creación. Con independencia de lo que acabo de comentar, lo cierto es que la gastronomía es, como ya hemos analizado al comienzo del presente estudio, uno de los pilares culturales de nuestra sociedad, y hoy en día muchos de los platos culinarios que se crean son socialmente considerados como «auténticas obras de arte», de tal manera que, en definitiva, sería posible apreciar el carácter artístico que su creador ha querido impregnar en la creación culinaria.

³⁰ Nos referimos a las conclusiones del abogado general que antecedieron a la mencionada STJUE de 13 de noviembre de 2018 (as. C-310/17); sentencia cuyo análisis pormenorizado se realizará más adelante.

tibles visual o sonoramente³¹. Lo cierto es que no parece correcto defender que el aspecto gustativo de un plato culinario queda fuera del ámbito de protección del derecho de autor por el mero hecho de que en un listado *numerus apertus* no se haga referencia expresa a aquel. El espíritu normativo de un listado de carácter abierto es precisamente que se entiendan reguladas otras cuestiones no mencionadas expresamente en él, es decir, lo que pretende el legislador estableciendo un listado abierto es otorgar un carácter meramente ejemplificativo a su tenor literal, sin discriminar a otras creaciones por su género o forma de expresión. Justamente por esto, también podrán ser objeto de protección por el derecho de autor todas aquellas creaciones no mencionadas expresamente siempre y cuando estén exteriorizadas y sean originales³². De hecho, eso mismo es lo que ocurre en nuestro TRLPI, ya que el listado de obras protegibles del artículo 10.1 del TRLPI únicamente hace referencia a creaciones principalmente perceptibles por la vía visual o auditiva, pero no existe precepto alguno que indique que una obra perceptible primariamente por vías sensoriales distintas a las antedichas no pueda ser objeto de protección³³.

La razón por la que solo se reconocen explícitamente obras perceptibles a través de la vista o el oído es que son las creaciones más comunes y sobre las que históricamente se ha reconocido la autoría en el ámbito de la propiedad intelectual. Sin perjuicio de ello, ya he comentado que a los cambios sociales les deben seguir los correspondientes cambios jurídicos, y eso es precisamente lo que permite el listado *numerus apertus* de nuestro TRLPI y del Convenio de Berna. Por consiguiente, no cabe esgrimir argumentos tales como que, en

³¹ Hay que remarcar que esta argumentación del abogado general no sería seguida por el TJUE en el caso *Levola*, en la medida que, como bien analizaremos más adelante, de los pronunciamientos del tribunal se puede inferir que un sabor podría llegar a obtener protección por el derecho de autor siempre y cuando fuera original y estuviera exteriorizado. A pesar de ello, como veremos, es precisamente en sede de la exteriorización donde esa eventual protección del sabor perdería toda su virtualidad al no poder ser identificado con suficiente claridad y precisión. Por tanto, el tribunal y el abogado general ostentaron ideas y posiciones divergentes sobre la admisión de la protección de un sabor por la propiedad intelectual porque, mientras el abogado general inadmitió la posibilidad de protección de un sabor en virtud de motivos jurídicos, el TJUE determinó la imposibilidad de tutela jurídica del sabor de un plato en virtud de razonamientos de carácter puramente fáctico.

³² A modo de ejemplo, podemos hacer referencia a las obras arquitectónicas y de ingeniería, ya que son obras que no se mencionan expresamente en el listado de creaciones protegibles, pero sobre las que hoy en día existe unanimidad sobre su posible consideración como obras. A su debida aceptación como obra protegida hace referencia Bercovitz Rodríguez-Cano (2017a, p. 187).

³³ Concretamente, el artículo 13 del TRLPI, relativo a las exclusiones como objeto de propiedad intelectual, únicamente menciona las «disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores». Como bien señala Bercovitz Rodríguez-Cano (2017b, p. 224) en relación con el artículo 13 del TRLPI, «la excepción se basa en el interés público por que tales textos y comunicaciones orales alcancen la máxima difusión posible» y, a mi modo de ver, no existen motivos de interés público para defender que no se pueda valorar la protección jurídica de un concreto sabor en sede del derecho de autor.

vista de que no existe una disposición internacional que recoja expresamente la calificación de una creación culinaria como obra, un plato culinario no puede ser objeto del derecho de autor³⁴. Efectivamente, a pesar de que la cuestión sobre la consideración de un plato como obra no ha sido regulada, hoy en día el denominado «arte culinario» se ha consolidado y cada vez son mayores los reclamos sociales y políticos para lograr la consideración de las creaciones culinarias como objeto del derecho de autor³⁵. En conclusión, la razón por la que todavía no se ha regulado al respecto es la reciente relevancia del mundo gastronómico; ámbito en el que años atrás no se concebía la cocina como un arte y los platos culinarios solo eran considerados elaboraciones con un mero carácter utilitario³⁶.

2.4. El carácter utilitario del plato culinario

Podemos entender el carácter utilitario como la circunstancia de anteponer o prevalecer la utilidad –en el tema que nos atañe, alimentar o causar placer culinario al comensal– a cualquier otra cualidad. Pues bien, este carácter, generalmente, no adquiere relevancia a la hora de admitir la protección jurídica de una creación intelectual. Así lo reconoce implícitamente el artículo 10.1 e) del TRLPI, en el que se hace referencia a las «obras plásticas,

³⁴ El abogado general del caso *Levola* trató de argumentarlo de la siguiente manera: «En caso de dudas persistentes sobre la protección de ciertas producciones por los derechos de autor, la comunidad internacional ha intervenido frecuentemente para establecer con claridad que estas "obras" están protegidas por los derechos de autor [...], ya sea mediante la modificación del Convenio de Berna o la adopción de otros instrumentos multilaterales. De este modo, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, que es un arreglo particular en el sentido del Convenio de Berna, se adoptó, en particular, para proteger las obras en el entorno digital, como los programas de ordenador y compilaciones de datos u otros materiales (bases de datos). El sabor de un alimento no se puede comparar con ninguna de las "obras" protegidas por este tratado y, a mi leal saber y entender, ninguna otra disposición del Derecho internacional protege el sabor de un alimento mediante los derechos de autor».

³⁵ En palabras de Otero Lastres (2019, p. 103), «los estudiosos del sector no se recatan al denominar la actividad culinaria como "arquitectura gastronómica", "cocina de autor", "arte culinario", e incluso califican a algunos chefs como "pintores y escultores ataviados con delantal que pueblan nuestros fogones"». Asimismo, según Robert Guillén, «algunas formas de expresión de la creatividad humana que ya existían en el momento en que se promulgaban las normas sobre la propiedad intelectual, pero que no eran tenidas en cuenta por el legislador en el articulado de la ley, como [...] las coreografías y pantomimas, han acabado incorporándose también al elenco de obras protegibles mencionadas en el artículo 10 del TRLPI en el momento en que ha cambiado la percepción social sobre su carácter creativo» (Robert Guillén, 2017, p. 74).

³⁶ Aun así, dicha afirmación no debe esgrimirse con total rotundidad, en la medida que el tema de la autoría sobre los platos de cocina es una cuestión que, de hecho, ya se daba en la Antigüedad. Así, en el año 510 a. C., en la colonia griega de Sibaris, existió una regulación que trataba de proteger, de una forma u otra, la autoría culinaria al establecerse que, una vez creado un plato de características singulares (singularidad que podría asemejarse a lo que hoy en día conocemos como originalidad en el ámbito de la propiedad intelectual), ninguna otra persona distinta al autor podía reproducirla durante el plazo de un año. Sobre ello habla González Soria (2019, p. 63).

sean o no aplicadas», de tal manera que con el término «aplicadas» se incluyen aquellas creaciones con una finalidad de uso además de su vocación artística³⁷.

Lo cierto es que se trata de un examen que debe llevarse a cabo caso por caso, de manera que no es procedente afirmar que un plato culinario no puede ser, en ningún caso, objeto de protección en el ámbito del derecho de autor por el simple hecho de que el sujeto creador trate de buscar la mayor satisfacción posible del comensal. Todo lo contrario; hoy en día es posible encontrar platos culinarios que alcanzan cotas altísimas de originalidad por precisamente el hecho de que el sujeto que elabora el plato busca la máxima satisfacción de las personas que prueban sus creaciones, de tal forma que el comensal deguste platos innovadores que expresen la personalidad de su autor, esto es, platos originales. En efecto, la libertad creativa suele ser plena y la originalidad obvia; circunstancia que, de hecho, no solo surge cuando se utilizan una gran cantidad de ingredientes, sino cuando se utilizan ingredientes extraños o exóticos o cuando las combinaciones creativo-culinarias empleadas son novedosas³⁸.

2.5. El carácter efímero del plato culinario

De otro lado, ni siquiera el carácter efímero de la creación culinaria supone óbice alguno para su calificación como obra. Al hablar del carácter efímero nos referimos a que un plato culinario se caracteriza por su posible descomposición, modificación por el mero paso del tiempo, o destrucción dada su composición y finalidad alimenticia. Efectivamente, un plato

³⁷ Queda claro, por tanto, que «la obra se protege por su forma artística, su diseño y no por su función» (Peinado Gracia, 2017, pp. 208 y 212). No obstante, como comenta Marco Molina (2016, p. 73) «la única especialidad de esa clase de obras es que la jurisprudencia se muestra harto restrictiva a la hora de reconocer los derechos de su creador (y, llegado el caso, a admitir que han sido vulnerados por un tercero), por entender que la búsqueda de un resultado práctico o el necesario cumplimiento de una función limita la libertad creativa y, por consiguiente, las posibilidades de que su autor consiga imprimir un sello personal al producto de su trabajo». Esto se puede apreciar consultando, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 1992 (rec. núm. 1530/1990 [NCJ043046]) y 28 de enero de 1995 (n.º 12/1995).

³⁸ Sin embargo, no hay que olvidar que «no son [...] objeto de monopolio elementos como los ingredientes, ni el procedimiento de elaboración como tal, ni el estilo del autor o las tipologías culinarias que pertenecen al acervo cultural común. La protección no recaerá en dichos elementos, sino en la forma creativa que resulte de su selección y disposición, y en cuanto lo novedoso y original se deduzca de la improbabilidad de que alguien más pueda crear la obra de una forma independiente sin copiar» (Robert Guillén, 2017, p. 201). En resumen, como bien declara la STS, Sala de lo Civil, de 5 de abril de 2011, n.º 214/2011 (NCJ055047), «la ponderación de la suficiencia creativa dependerá de las circunstancias de cada caso, pues son diversos los factores y aspectos que pueden incidir», de manera que deberán ser tenidos en cuenta todos los «elementos de convicción» proporcionados por las partes, ya sean periciales o informes de expertos, revistas especializadas en la materia, certámenes o incluso exposiciones, sin olvidar las «máximas de experiencia comunes».

culinario puede ser ejecutado numerosas veces y, en todas ellas, el plato concreto, antes o después, desaparece³⁹.

Una vez analizadas todas las cuestiones jurídicas que desde un primer punto de vista podrían parecer obstáculos a la hora de admitir la consideración de un sabor como obra protegible, podemos concluir afirmando que el TRLPI admite la posibilidad de que una creación culinaria o, más concretamente, sus diferentes formas de expresión sean objeto del derecho de autor⁴⁰.

3. Los inconvenientes fácticos del sabor a efectos de lograr la protección del derecho de autor

Si bien hemos visto que no existen impedimentos jurídicos para admitir la posible protección de la autoría sobre un plato culinario, se nos plantean ahora una serie de dificultades desde una perspectiva fáctica. Me refiero al hecho de que algunos de los canales de exteriorización del plato culinario no pueden objetivarse con facilidad o, simplemente, no pueden determinarse e identificarse de manera plenamente objetiva. Este problema ocurre principalmente en sede del gusto y el olfato. Un plato culinario puede saber u oler de manera distinta en función de muchos factores. A modo de ejemplo, podemos citar la edad del comensal, sus circunstancias o costumbres personales (preferencias en la alimentación, fumar, hábitos de consumo, el embarazo, haber ingerido previamente otro alimento...), la temperatura de los alimentos y del soporte en el que estos se sirven, los utensilios con los que se degustan los alimentos, las circunstancias del lugar en el que se lleva a cabo la actividad culinaria y el ejercicio de degustación (p. ej. la iluminación o el olor del salón en el que se degustan los platos), o incluso el color del soporte en el que se sirve el alimento en

³⁹ Como bien señala Marín López (2006., p. 190), la posibilidad de que una obra se deteriore o se destruya es notablemente superior si en su creación el autor emplea materiales efímeros, perecederos, poco perdurables o fácilmente destruibles, pero «el autor es naturalmente libre para expresar su creatividad utilizando estos materiales». A ello hace igualmente referencia Peinado Gracia (2017, pp. 175 y 176) cuando comenta que «hay creaciones no incluidas en el artículo 10.1 de la LPI, que deben considerarse obras, tales como las obras arquitectónicas y de ingeniería, las obras de luz y sonido o las radiofónicas, el llamado arte efímero», o incluso «las composiciones culinarias o gastronómicas» (Peinado Gracia, 2017). Y, por su parte, Bercovitz Rodríguez-Cano (2017b) señala que «el material utilizado carece, en principio, de relevancia para apreciar la existencia de una obra protegible. Ni siquiera es preciso que se trate de un material duradero, aunque ello pueda influir sobre la subsistencia de la obra si no se hacen copias de inmediato, y, consecuentemente, sobre el contenido del derecho de autor. El material puede ser materia orgánica (jardinería), hielo, nieve, chocolate, masa o miga de pan, crema (pastelería), alimentos en general».

⁴⁰ Así, según Peinado Gracia (2017, p. 186), «la dicción literal del art. 10.1 de la LPI parece dar cabida a cualquier medio tanto de expresión como de soporte», de manera que podría plantearse «si es posible reconocer la existencia de propiedad intelectual sobre las creaciones originales no expresadas por medio de la vista o el oído, sino por el tacto, el olor o el paladar».

cuestión. Lo cierto es que todos estos factores influyen de manera determinante a la hora de identificar un sabor, por lo que nos encontramos ante una difícil tarea de concreción objetiva del aspecto gustativo de un plato culinario. De hecho, únicamente podemos evitar esa dificultad si contamos con recursos técnicos que permitan identificar precisa y objetivamente el sabor, en el sentido de poder distinguir aquellos platos que sean efectivamente diferentes o poder identificar aquellos que sean idénticos.

Por todo ello, a pesar de la aparente posibilidad de proteger la creación culinaria como objeto de la propiedad intelectual, las dificultades existentes desde un punto de vista fáctico podrían suponer que la protección del plato culinario por el derecho de autor fuera parcialmente imposible. Decimos «parcialmente imposible» porque no todas las formas de expresión del plato culinario plantean problemas en cuanto a su posible protección, ya que aquellas que no sean difícilmente objetivables podrán, sin ningún tipo de obstáculo, alcanzar la protección de su autoría. Por ejemplo, podría mencionarse el aspecto visual de una creación culinaria, entendido éste como la composición, aspecto, disposición o presentación de los ingredientes o alimentos, con inclusión de, en su caso, el propio recipiente en el que se sirven. Dicho aspecto del plato culinario podría llegar a ser protegido como una especie de «obra plástica» en el sentido del artículo 10.1 e) del TRLPI, configurándose así, como el único canal de exteriorización del plato culinario sin inconvenientes fácticos que impidan el reconocimiento de una eventual autoría. No obstante, el resto de sus formas de exteriorización, entre las que se encuentra el sabor, presentan mayores dificultades a la hora de plantear su protección como creación intelectual.

3.1. La relativa imposibilidad de calificar un sabor como obra: El caso Levola

La cuestión sobre la protección jurídica del aspecto gustativo de los alimentos adquirió auténtica virtualidad con el pronunciamiento del TJUE de 13 de noviembre de 2018, asunto C-310/17 (NCJ064622). Esta sentencia ha supuesto un antes y un después en el ámbito de la propiedad intelectual al ser la primera emanada de instancias europeas que trata la cuestión sobre la posible protección del sabor de un alimento.

3.1.1. Hechos, historia procesal y cuestión prejudicial del caso Levola

La sentencia en cuestión es fruto de un litigio que enfrentó a Levola Hengelo BV y a Smilde Foods BV en relación con una supuesta infracción, por parte de la segunda, de los derechos de autor de la primera sobre el sabor de un queso para untar llamado Heksenkaas, elaborado con nata fresca y finas hierbas. Dicho queso fue creado por un comerciante neerlandés que en 2011 decidió ceder sus derechos sobre el queso a Levola a cambio de una remuneración en función del volumen de ventas. Con todo, fue en 2014 cuando Smil-

de empezaría a fabricar un producto llamado Witte Wievenkaas con el objetivo de venderlo en los Países Bajos. Por su parte, Levola defendía que la producción y venta de este último producto infringía sus derechos de autor sobre el sabor del queso Heksenkaas, presentando por ello una demanda contra Smilde ante el Tribunal de Primera Instancia de Güeldres, Países Bajos⁴¹. Sin embargo, el 10 de junio de 2015, el Tribunal de Primera Instancia de Güeldres estableció que, sin ser necesario pronunciarse sobre si el sabor del queso podía ser objeto de protección jurídica por la propiedad intelectual, las pretensiones de Levola debían ser desestimadas, en la medida que no habían sido indicados los elementos y las correspondientes combinaciones del sabor que, en definitiva, le podrían llegar a otorgar una eventual originalidad. En vista de la situación, Levola decidió interponer un recurso de apelación ante el Tribunal de Apelación de Arnhem-Leuwarda y alegó que, aplicando una interpretación analógica con lo establecido por la Sentencia de 16 de junio de 2006 del Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos) en la que se señaló que era posible reconocer el derecho de autor sobre el olor de un perfume⁴², el sabor de un alimento podría ser calificado como obra⁴³. En este contexto, el Tribunal de Apelación de Arnhem-Leuwarda planteó una cuestión prejudicial al TJUE para principalmente decidir si, cuando se hace referencia a un sabor concreto, podemos encontrarnos ante una auténti-

⁴¹ Según Levola, el derecho de autor sobre un sabor remitía a la «impresión de conjunto producida por el consumo de un alimento en los órganos sensoriales del gusto, incluida la sensación bucal percibida a través del tacto», e instaba a que el tribunal declarase que el sabor del queso en cuestión era una creación intelectual cuyos derechos de autor pertenecían a su fabricante en virtud del derecho neerlandés; concretamente, en virtud de los artículos 1 y 10 de la *Auteurswet* (Ley sobre el derecho de autor), cuyo contenido es similar al de nuestro TRLPI –de hecho, el art. 10 de la ley neerlandesa contiene, al igual que sucede con nuestro TRLPI, un listado *numerus apertus* de obras al referirse, *in fine*, a «todas las producciones en el campo literario, científico o artístico, cualquiera que sea el modo o la forma de expresión»-. De otro lado, concretaba señalando que debía declararse que el sabor del producto fabricado por Smilde era una reproducción de su obra y solicitó el cese por parte de Smilde de cualesquiera infracciones de su derecho, incluida la producción, compra, venta y cualquier otra comercialización del producto supuestamente infractor.

⁴² Lo cierto es que, sin perjuicio de ello, la opinión en favor de que un olor pueda ser protegido en el ámbito de la propiedad intelectual carece de uniformidad en el ámbito jurisdiccional europeo. Así, la Sentencia de 10 de diciembre de 2013 de la *Cour de cassation* (Tribunal de Casación de Francia) desestimó que pudiera protegerse un olor a través del derecho de autor.

⁴³ Frente a ello, la parte demandada señalaba que no era posible admitir la protección de un sabor, en vista de que el sistema de tutela jurídica del derecho de autor solo comprende expresamente las obras visuales y auditivas. Asimismo, se argumentó que un alimento se caracteriza por la inestabilidad, lo que supone que solo sea posible percibir un sabor a través de valoraciones subjetivas. En relación con ello, la demandada también señaló que los derechos exclusivos del autor de una obra de propiedad intelectual y sus limitaciones son «virtualmente inaplicables» a los sabores. Así, según Smilde, «ningún legislador (ni los redactores del Convenio de Berna, ni los negociadores del Acuerdo DPIC, ni los autores de los convenios de la OMPI sobre los derechos de autor, ni mucho menos las partes involucradas en el proceso legislativo que dio lugar a la Directiva [2001/29/CE] tuvieron nunca la intención de permitir la monopolización, a través de los derechos de autor, de algo tan subjetivo, perecedero, impreciso, variable, inasible y técnicamente indeterminado como el gusto» (punto n.º 91 de las observaciones de Smilde).

ca obra en términos del derecho de autor⁴⁴. Nuevamente adelantamos que el TJUE declaró que el sabor de un alimento no puede ser calificado como «obra» y que, por consiguiente, no puede ser objeto de protección por el derecho de autor. No obstante, para un correcto análisis de la sentencia mencionada, será preciso examinar detalladamente los extractos doctrinales, así como el concreto planteamiento y forma de las cuestiones prejudiciales que se infieren del caso Levola.

3.1.2. Análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el caso Levola

En relación con la primera de las cuestiones prejudiciales, el TJUE señaló que, si bien la Directiva 2001/29/CE recoge una serie de derechos exclusivos que deben regular los Estados

⁴⁴ En concreto, el TJUE se basó en las siguientes preguntas y sistemática para resolver el conflicto planteado:

1. A) ¿Se opone el Derecho de la Unión a que el sabor de un alimento, como creación intelectual propia de su autor, quede protegido por el derecho de autor? En particular:

B) ¿Se opone a la protección por el derecho de autor el hecho de que el concepto de «obras literarias y artísticas» contenido en el artículo 2, apartado 1, del Convenio de Berna, que es vinculante para todos los Estados miembros de la Unión, comprenda «todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión», cuando los ejemplos citados en dicha disposición solo hacen referencia a creaciones que pueden percibirse visualmente o de manera auditiva?

C) ¿Se opone la inestabilidad (potencial) de un alimento o el carácter subjetivo de la percepción gustativa a que el sabor de un alimento tenga la consideración de obra protegida por el derecho de autor?

D) ¿Se opone el régimen de derechos exclusivos y excepciones, establecido en los artículos 2 a 5 de la Directiva [2001/29/CE], a que el sabor de un alimento esté protegido por el derecho de autor?

2. En caso de respuesta negativa a la cuestión 1. A):

A) ¿Qué requisitos deben cumplirse para poder proteger el sabor de un alimento mediante el derecho de autor?

B) ¿Se refiere la protección de un sabor mediante el derecho de autor únicamente al sabor como tal o (también) a la receta del alimento de que se trate?

C) ¿Qué debe alegar la parte que, en el marco de un procedimiento (de infracción), afirma haber creado el sabor de un alimento protegido por el derecho de autor? ¿Resulta suficiente que, durante dicho procedimiento, dicha parte presente el alimento al juez nacional para que el propio juez aprecie, tras olerlo y probarlo, si el sabor del alimento cumple los requisitos para obtener la protección del derecho de autor? ¿O debe la parte demandante facilitar (también) una descripción de las decisiones creativas adoptadas en el marco de la composición del sabor o de la receta que permitan considerar que el sabor constituye una creación intelectual propia de su autor?

D) En el marco de un procedimiento por infracción, ¿cómo debe constatar el juez nacional si el sabor del alimento correspondiente a la parte demandada coincide con el sabor del alimento correspondiente a la parte demandante de forma tal que se dé una violación de los derechos de autor? A tal efecto, ¿resulta (también) determinante el hecho de que las impresiones de conjunto de ambos sabores sean similares?

miembros⁴⁵, así como un conjunto de excepciones y limitaciones –unas potestativas y otras preceptivas– a esos derechos exclusivos, la directiva no contiene una remisión expresa al derecho de los Estados miembros para determinar el alcance y sentido del término «obra». Por ello, el tribunal determinó que se trata de un concepto que debe ser interpretado de manera autónoma y uniforme en la Unión Europea en virtud de los principios de igualdad y aplicación uniforme⁴⁶. El TJUE partió de que una creación únicamente podría ser calificada como «obra» en el sentido de la Directiva 2001/29/CE y, consiguientemente, protegida por la propiedad intelectual, cuando aquella ostentare los dos requisitos acumulativos que analizábamos más arriba: la originalidad y la exteriorización. Concretamente, el tribunal europeo aludió a una originalidad subjetiva, en el sentido de constituir «una creación intelectual propia de su autor», tal y como había venido exigiendo regularmente⁴⁷. Y, en cuanto a la exteriorización de la obra, señaló que solo se pueden proteger los «elementos» que expresan la «creación intelectual» sin importar el concreto modo o forma de expresión, siempre que se puedan identificar «con suficiente precisión y objetividad», y todo ello con independencia de que la expresión no sea permanente⁴⁸. Por otro lado, el TJUE recalcó que tanto las autori-

⁴⁵ Concretamente, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública y distribución. Consecuentemente, el derecho de transformación no forma parte del ámbito regulado en la referida directiva.

⁴⁶ De igual manera, la STJUE (Sala 4.^a) de 16 de julio de 2009, as. C-5/08 (NCJ049913), *Infopaq International A/S contra Danske Dagblades Forening*.

⁴⁷ Así, en la STJUE de 4 de octubre de 2011, *Football Association Premier League Ltd. y otros contra QC Leisure y otros* (C-403/08) y *Karen Murphy contra Media Protection Services Ltd.* (C-429/08); e igualmente, en la STJUE de 1 de diciembre de 2011, *Eva-Maria Painer contra Standard VerlagsGmbH y otros* [C-145/10 (NCJ055920)].

⁴⁸ Sobre esto, resulta llamativa la tesis que el abogado general defendió en sus conclusiones cuando, a pesar de aceptar la necesidad de una interpretación autónoma y uniforme del concepto «obra», razonó de una manera totalmente distinta al TJUE. Concretamente, el abogado general señaló que, «aunque el hecho de que un objeto sea original es un requisito necesario para beneficiarse de la protección del derecho de autor, este no es suficiente», en la medida que, además, «debe tratarse de una "obra"»; es decir, «el artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29 exige, por una parte, la existencia de una "obra" y, por otra parte, que dicha obra sea original». Dicho esto, terminó concluyendo que «el hecho de que una obra pueda estar protegida por los derechos de autor en virtud del artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29 únicamente si cumple este criterio de originalidad, no puede interpretarse en el sentido de que implica que, a la inversa, todo objeto que cumpla dicho criterio debe ser "automáticamente" considerado una "obra" protegida por el derecho de autor». Entendido así, «originalidad» y «obra» se configurarían como dos conceptos distintos, autónomos y acumulables. La originalidad seguiría siendo un requisito indispensable para lograr la protección del derecho de autor, pero sería necesario algo más para alcanzar dicha protección de forma efectiva. Se trata, en definitiva, de un planteamiento novedoso en términos jurídicos, en la medida que nuestro sistema de propiedad intelectual se basa en que toda creación que sea original y esté exteriorizada ostenta la calificación de obra. A pesar de ello, el abogado general pretendió que el TJUE aceptara la tesis de que solo puede ser protegida aquella creación que sea una obra y, a su vez, sea original. El matiz es sutil pero relevante, ya que, en ese caso, la «obra» en sí misma considerada no sería el resultado protegido, sino más bien un requisito complementario para alcanzar la protección por el derecho de autor, de tal manera que aquellas creaciones que aun siendo originales no fueran obras, no podrían ser protegidas. Ahora bien, no está claro qué pretendía dar a entender cuando se refería a ese

dades que deben velar por la protección de los derechos como los particulares tienen que estar en condiciones de identificar con claridad y precisión los objetos protegidos. Por esta razón, el tribunal europeo determinó que «la necesidad de descartar cualquier elemento de subjetividad, perjudicial para la seguridad jurídica, en el proceso de identificación del objeto protegido, implica que este pueda ser definido mediante una expresión precisa y objetiva».

Consiguientemente, el TJUE llegó a la conclusión de que «no hay posibilidad de identificación precisa y objetiva del sabor de un alimento», en vista de que «a diferencia, por ejemplo, de una obra literaria, pictórica, cinematográfica o musical, que es una expresión precisa y objetiva, la identificación del sabor de un alimento se basa en lo esencial en sensaciones y experiencias gustativas, que son subjetivas y variables, toda vez que dependen, en particular, de factores relacionados con la persona que prueba el producto en cuestión». Además, con el ánimo de no dejar dudas sobre lo comentado, señaló que «la identificación precisa y objetiva del sabor de un alimento, que permita distinguirlo del sabor de otros productos de igual naturaleza, no es posible mediante los recursos técnicos disponibles en la fase actual del desarrollo científico»⁴⁹. En conclusión, como ya he adelantado más arri-

concepto de «obra», ya que caben dos posibles interpretaciones. En primer lugar, si el abogado general se refería a que toda creación exteriorizada puede ser calificada como obra, en la práctica el sistema no cambiaría demasiado. En efecto, se protegerían aquellas creaciones exteriorizadas y originales, si bien lo único que cambiaría sería el significado jurídico del concepto «obra», ya que dejaría de ser un resultado original y perceptible para ser un requisito más de protección. En definitiva, estaríamos ante un cambio sin relevancia práctica. Pero si, por el contrario, entendemos que el concepto de «obra» supondría algo más que la mera exteriorización, no nos encontraríamos ante una simple variación teórico-jurídica, ya que los resultados prácticos podrían ser completamente distintos. Así, la «obra» podría tratarse de un concepto jurídico renovado de carácter indeterminado en aras de acotar el número de creaciones protegibles por el derecho de autor. De esta manera, podría considerarse que una creación, a pesar de estar exteriorizada y ser original, no fuera una obra y, consiguientemente, no alcanzara la protección de la propiedad intelectual. Ahora bien, como hemos visto, el TJUE no se acogió a esta tesis y aplicó la teoría tradicional de la obra entendida como creación original y exteriorizada.

⁴⁹ En cuanto al abogado general, su posición respecto a esta última cuestión la argumentó con base en la STJUE de 12 de diciembre de 2002 sobre el caso *Ralf Sieckmann contra Deutsches Patent- und Markenamt* (asunto C-273/00). En dicha sentencia se estableció que cabría la posibilidad de que un olor constituyera una marca en caso de que pudiera ser objeto de representación gráfica, en vista de que «la representación tiene precisamente por objeto excluir todo elemento de subjetividad en el proceso de identificación y percepción del signo». Pues bien, el abogado general determinó que los sabores en sí mismos son «efímeros, volátiles e inestables», por lo que su identificación precisa y objetiva no es posible, sin perjuicio de que, además, hoy en día el «estado actual de la técnica» no permite tal identificación. El abogado general partió de la idea de que los alimentos sean potencialmente inestables no es convincente *per se*, en la medida que «la Directiva 2001/29 no establece ninguna obligación de fijar una obra» y «el objeto del derecho de autor no es el soporte en el que esta se fija, sino la obra en sí misma». Sin embargo, a pesar de dicha declaración, finalmente llegó a la conclusión que acabamos de exponer. Merece la pena remarcar que en el pronunciamiento del abogado general se comete una equivocación *in verbis* bastante relevante. Nos referimos a que fijación no es lo mismo que exteriorización, ya que para que una obra pueda ser protegida tendrá que ser exteriorizada en cualquier medio o soporte con la finalidad de ser perceptible (art. 10 TRLPI) y, posteriormente, podrá «fijarse» en un medio o forma a efectos de re-

ba, la STJUE de 13 de noviembre de 2018 (asunto C-310/17) terminaría declarando que «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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el sabor de un alimento quede protegido por el derecho de

producción (art. 18 TRLPI y art. 2 de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001). Fijación significa, simplemente, reproducir en un soporte tangible la obra previamente exteriorizada. Otra cuestión es que haya algunas obras –como generalmente sucede con las obras musicales improvisadas– que requieran ser fijadas para seguir existiendo. Dicho esto, es evidente que para que pueda plantearse la protección de un sabor no es necesario fijarlo, así como un olor tampoco requiere de fijación para ser protegido. De hecho, tanto el olor como el sabor, una vez exteriorizados, son intangibles, y a pesar de ello pueden, *de iure*, ser protegidos por la propiedad intelectual, sin perjuicio de que tal posibilidad devenga nula por el motivo que sentó el TJUE; la imposibilidad actual de determinarlos objetivamente. En definitiva, el TJUE utilizó, de una forma u otra, la misma argumentación que el abogado general para llegar a una conclusión idéntica. No obstante, no parece lo más acertado relacionar las posibilidades de protección de un sabor por la propiedad intelectual con las posibilidades de protección de un olor por la propiedad industrial y la eventual necesidad de representar gráficamente un sabor. En primer lugar, porque son dos ámbitos jurídicos diferentes cuyos objetos de tutela son completamente distintos (en el ámbito del derecho de autor el objeto es la obra, y en el ámbito del derecho de marcas el objeto es el signo distintivo o marca); y, en segundo lugar, porque la representación gráfica no es necesaria para que una obra sea protegible por la propiedad intelectual, en la medida que basta con que esté exteriorizada y sea original. Además, ya hemos comentado que en sede del derecho de autor no es necesaria ninguna formalidad para ostentar la autoría sobre una determinada creación, dado que la inscripción de la obra en el Registro de la Propiedad Intelectual tiene meros efectos declarativos. Realmente, en la actual regulación la representación gráfica ni siquiera es *stricto sensu* necesaria para el caso de las marcas porque, sin perjuicio de que la inscripción en el Registro de Marcas ostente carácter constitutivo, en virtud del Real Decreto-Ley 23/2018, de 21 de diciembre, el artículo 4 de la Ley de marcas ya no establece la necesidad de que el signo sea susceptible de representación «gráfica». Efectivamente, el artículo 4 de la anterior Ley de marcas se expresaba tal que así: «1. Se entiende por marca todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras. 2. Tales signos podrán, en particular, ser: [...]»; mientras que la actual Ley de marcas indica expresamente en su artículo 4 que «podrán constituir marcas todos los signos, especialmente las palabras, incluidos los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, los colores, la forma del producto o de su embalaje, o los sonidos, a condición de que tales signos sean apropiados para: a) distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras empresas y b) ser representados en el Registro de Marcas de manera tal que permita a las autoridades competentes y al público en general determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada a su titular». Por tanto, no hay mención específica al grupo de marcas no tradicionales –como el olor, el sabor, el tacto o textura– que quedan remitidas en cuanto a su posible aceptación en el registro a la norma general mencionada, esto es, a la representación en el registro de una manera tal que permita determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada. Pese a ello, Ruiz Muñoz (2017, pp. 489, 493 y 494) considera que «en principio, y a la espera de lo que suceda con la aplicación del nuevo concepto de marca, los signos inmateriales (olfativos, táctiles y gustativos) no tienen cabida fácil en el derecho de marcas por la dificultad que plantea su representación en el registro, ya sea gráfica o de otro tipo. Pero también porque en estos casos se suele producir la coincidencia entre el producto y la marca, como sucede especialmente con los perfumes»; y lo cierto es que «el signo no debe confundirse con el producto, porque en materia de marcas rige el principio de separabilidad entre el signo distintivo y el producto al que se aplica dicho signo».

autor con arreglo a dicha directiva y a que una normativa nacional se interprete de tal forma que conceda la protección del derecho de autor a ese sabor». No obstante, no debemos quedarnos en el tenor literal de esta declaración final que, en todo caso, está incompleta si tenemos en cuenta lo dicho por el tribunal a lo largo de la sentencia. Concretamente, no podemos olvidar lo establecido en relación con el «estado actual de la técnica». En efecto, la imposibilidad de proteger un sabor por el derecho de autor no es absoluta, sino meramente «relativa», ya que lo que ocurre es que un sabor es, *de iure*, protegible como objeto del derecho de autor, pero los inconvenientes actuales relativos a su exteriorización, objetivación e identificación provocan que, *de facto*, tal posibilidad devenga nula. Sin embargo, esos inconvenientes pueden superarse, siempre y cuando las técnicas para la identificación precisa y objetiva de los sabores evolucionen; ello, sin duda, podría desembocar en la admisión del sabor como objeto directo del derecho de autor⁵⁰.

3.1.3. El criticable planteamiento de la cuestión prejudicial del caso Levola

El TJUE se encuentra sometido al principio de justicia rogada, en el sentido de que debe atender a las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales nacionales. Pero tal principio también implica que el tribunal europeo puede alterar el orden o modificar las preguntas que se le planteen, si bien únicamente en caso de que, de esa manera, se logre una mejor resolución de las diferentes cuestiones. Pues bien, en el asunto Levola no ocurrió lo segundo, en la medida que las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal de Apelación de Arnhem-Leuwarda de los Países Bajos fueron resueltas por el TJUE tal y como le fueron planteadas, en relación tanto con el orden como con el contenido. Ahora bien, debemos preguntarnos si las cuestiones prejudiciales fueron correctamente planteadas o si, por el contrario, la técnica empleada por el tribunal del Estado miembro no fue la más idónea.

⁵⁰ Se trata de lo mismo que ocurrió en la conclusión final del caso Svensson (STJUE de 13 de febrero de 2014 –as. C-466/12– [NCJ058230]). En ese caso, el TJUE declaró en su conclusión primera que «el artículo 3, apartado 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, debe interpretarse en el sentido de que no constituye un acto de comunicación al público, a efectos de dicha disposición, la presentación en una página de internet de enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras que pueden consultarse libremente en otra página de internet». A pesar de ello, si leemos atentamente los extractos doctrinales de la mencionada sentencia, el TJUE sí consideró que el establecimiento de enlaces podría llegar a ser calificado como un caso de comunicación al público (más concretamente, como una puesta a disposición del público). Como bien señala Sánchez Aristi (2017b, p. 563), «lo que sucede probablemente es que algunos matices importantes señalados a lo largo de los apartados de la sentencia se pierden y no hallan reflejo en la primera conclusión del fallo»; y, en efecto, eso es precisamente lo que también ocurre en la conclusión de la STJUE del caso Levola.

A mi juicio, el TJUE podría haber llegado a una conclusión diferente si hubiera llevado a cabo la reformulación y alteración del orden en las preguntas planteadas o si, desde un principio, el tribunal nacional hubiera planteado las cuestiones prejudiciales de otra manera, ya que las preguntas esenciales se encuentran en la cuestión prejudicial segunda. Esta se centra en una serie de preguntas que entran en juego únicamente «en caso de respuesta negativa a la cuestión 1. A)» y, como hemos comentado, el tribunal de justicia responde positivamente a la primera cuestión prejudicial, en el sentido de que el derecho comunitario se opone a que un sabor quede protegido por el derecho de autor. Por consiguiente, no entra a valorar la segunda cuestión prejudicial⁵¹. Considero que las preguntas de la cuestión prejudicial segunda adquieren una especial y particular relevancia en el asunto que tratamos, ya que, en caso de haberse resuelto, podrían haber supuesto la admisión de la protección de un sabor por la propiedad intelectual. Me refiero concretamente a la cuestión relativa a si la receta culinaria puede aportar algo a la hora de valorar la protección jurídica de un sabor, en la medida que, como veremos, la única forma de proteger hoy en día el sabor de un plato culinario es a través de su receta. Por ello, podríamos afirmar que el TJUE no se ha pronunciado sobre todas las posibilidades de tutela jurídica de las creaciones culinarias, sino solo sobre la posibilidad de proteger «directamente» un sabor en sede del derecho de autor. En conclusión, la discusión sobre la eventual tutela jurídica de una creación culinaria sigue plenamente abierta.

4. La receta culinaria

Ante la ausencia de una definición legal, podríamos definir la «receta culinaria» como una representación gráfica que expresa la composición de un plato culinario y, en su caso, el procedimiento para elaborarlo. Entendida así la receta culinaria, es necesario analizar su posible calificación jurídica en el ámbito de la propiedad intelectual.

4.1. La receta culinaria como obra literaria o como contenido de una colección o base de datos

El artículo 10.1 del TRLPI, apartado a), indica que son objeto de propiedad intelectual creaciones tales como «los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza». Consiguientemente, resulta obvio que, en caso de ser originales y estar exteriorizados, tanto una única receta culinaria como un libro de cocina confor-

⁵¹ Por su parte, el abogado general llegó a la misma conclusión al señalar que «no procede responder a la segunda cuestión, dado que solo se plantea para el caso de que la Directiva 2001/29 no se oponga a la protección del sabor de un alimento mediante derechos de autos y versa, en particular, sobre el alcance y las condiciones para beneficiarse de dicha protección».

mado por diversas recetas serían susceptibles de protección como obras literarias. De otro lado, el artículo 12 del TRLPI indica expresamente que «también son objeto de propiedad intelectual, en los términos del Libro I de la presente Ley, las colecciones de obras ajenas, de datos o de otros elementos independientes como las antologías y las bases de datos que por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio, en su caso, de los derechos que pudieran subsistir sobre dichos contenidos», a la vez que recalca que «la protección reconocida en el presente artículo a estas colecciones se refiere únicamente a su estructura en cuanto forma de expresión de la selección o disposición de sus contenidos, no siendo extensiva a estos»⁵². En virtud de ello, además de las recetas o libros de recetas, podrán ser igualmente protegidas por la propiedad intelectual las colecciones o bases de datos en las que se contengan aquellas⁵³.

No obstante, hay que recordar que, con carácter general, el derecho de autor únicamente protege la expresión o la composición, y no el contenido o las ideas de la creación intelectual. En efecto, la originalidad de un libro deberá apreciarse en su expresión, en su composición o en ambas a la vez, mientras que en el caso de una colección o de una base de datos la originalidad residirá en el «continente», esto es, en la concreta selección, estructura, sistemática, presentación o disposición del contenido (Morillas Jarillo, 2017, p. 250). Con independencia de ello, podría suceder que, como bien se infiere del artículo 12.1 del TRLPI, el contenido de una base de datos o de una colección fuera protegido por el derecho de autor, de manera que nos encontraríamos ante dos objetos de derecho diferentes: la colección o base de datos y, por otro lado, su contenido, que generalmente será una obra literaria –en el caso que tratamos, un libro de cocina o una receta–⁵⁴. Sin embargo, a pesar de que el contenido de la base de datos o colección pudiera alcanzar la protección del derecho de autor, la propiedad intelectual únicamente abarcaría la propia obra literaria y, en cuanto a esta última, ya hemos dicho que solo se protegería su expresión o composición. En consecuencia, ni en el caso de la colección o base de datos ni en el supuesto de la obra literaria el derecho de autor protegería el auténtico contenido de la receta (el plato culinario) y, por consiguiente, su sabor tampoco alcanzaría directamente ningún tipo de tutela jurídica.

⁵² Asimismo, el siguiente apartado del artículo en cuestión establece que, «a efectos de la presente Ley, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, se consideran bases de datos las colecciones de obras, de datos, o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma». A todo ello se refiere de manera similar el artículo 5 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor.

⁵³ De hecho, es posible encontrar algunos ejemplos de sentencias que han considerado libros de recetas y bases de datos de recetas como objeto de la propiedad intelectual; así, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28.ª, de 18 de mayo de 2009 (n.º 131/2009) y de 18 de abril de 2016 (n.º 144/2016).

⁵⁴ Así, «la colección, cuando lo es de obras ajenas, constituye una apropiación indirecta de materiales preexistentes que son extraídos de su contexto originario para conformar, junto con estas obras, datos o elementos, una nueva creación cuyos contenidos se encuentran dispuestos de forma original» (Mariscal Garrido-Falla y Minero Alejandro, 2017, p. 217).

4.2. El plato culinario y su receta como un único *corpus mysthicum*

Resulta claro que no será posible proteger el aspecto gustativo del plato culinario si solo atendemos al sabor en sí mismo considerado o a la receta como obra literaria o como contenido de una colección o base de datos. En el primer caso, el derecho de autor no podría proteger un sabor porque este, al ser impreciso, subjetivo y no objetivable, no permitiría dicha tutela jurídica. Efectivamente, como hemos comentado con anterioridad, esa protección jurídica solo sería posible en caso de que las técnicas de identificación precisa y objetiva de los sabores evolucionaran de alguna manera. Y, respecto al segundo supuesto, como acabamos de ver, el derecho de autor no alcanzaría el sabor del plato culinario a pesar de permitir, de una forma u otra, la tutela jurídica de la receta en sí misma considerada. Pero ya hemos comentado que el TJUE no se ha pronunciado sobre todas las posibilidades de tutela jurídica sobre las creaciones culinarias, sino solo sobre la posibilidad de proteger «directamente» un sabor en el ámbito del derecho de autor, es decir, sobre la posibilidad de calificarlo como obra. Por esta razón, debemos preguntarnos si es posible proteger el sabor de un plato culinario de alguna otra forma.

4.2.1. La ejecución de la receta culinaria con base en el artículo 17 del TRLPI

A mi juicio, la única forma de proteger hoy en día el sabor de un plato culinario es a través de la receta, si bien partiendo de un cambio de enfoque en el objeto de protección; esto es, no considerando la receta como una obra literaria o como contenido de una base de datos o colección. En concreto, abogo por entender la receta como una «representación gráfica con base en la que se ejecuta un plato culinario». En relación con ello, debemos prestar especial atención al artículo 17 del TRLPI. Este artículo expresa que «corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley». Lo que resulta interesante de este artículo para el tema que nos atañe es la utilización de los términos «en cualquier forma» y «en especial», ya que dan a entender que nos encontramos ante un listado de derechos de explotación de carácter plenamente abierto⁵⁵. En consecuencia, no habría obstáculo para aceptar que el autor de una

⁵⁵ Como bien explica Sánchez Arísti (2017a, p. 294), «el artículo 17 LPI contiene una cláusula general de atribución al autor del derecho exclusivo de explotación de su obra en cualquier forma. Aunque el precepto explicita o tipifica cuatro formas particulares de explotación, la mención de las mismas no constituye un *numerus clausus*, antes al revés, el precepto denota [...] que nuestro sistema se basa en la asignación genérica al autor de toda la forma de explotación sobre su obra, aunque no se encuentre tipificada. Aunque la ley habla de "derechos" de explotación, parece claro que se trata de "facultades", en

receta debería ver protegida su autoría frente a la «ejecución» del contenido de la propia receta, frente a la explotación y la integración de ese contenido en la actividad económica de un tercero sin su correspondiente autorización. Dicho esto, no se puede perder de vista la posibilidad de que existan platos culinarios sin receta o simplemente improvisados, pero lo normal es que, dada la complejidad un plato culinario original, este sea representado en una receta con carácter previo o posterior a la propia «ejecución tridimensional» del plato. Así, admitiendo esa facultad de explotación sobre el plato culinario, estaríamos admitiendo que tanto la receta como el plato conforman un único *corpus mysticum*; estaríamos aceptando que ambos son la misma obra.

4.2.2. La necesaria superación de la tradicional dicotomía forma/contenido

Al analizar la exteriorización como requisito para lograr la protección del derecho de autor, hemos dicho que generalmente la propiedad intelectual protege la obra desde el momento en que es exteriorizada y, si bien no centra su protección en el soporte material que haya servido a la exteriorización —objeto de propiedad ordinaria—⁵⁶, ampara jurídicamente la concreta forma de expresión que haya adquirido, ya que solo puede ser protegido aquello que sea perceptible por el resto de las personas. De esta manera, la propiedad intelectual no protegería el contenido de la obra, sino solo la forma que haya adquirido al ser exteriorizada. Por ello, a pesar de que el contenido de la receta sea el propio plato culinario, parece que, a efectos jurídicos, no podríamos sostener la idea de la receta como una «representación gráfica del plato culinario» y, por consiguiente, no podría ser aceptada la tesis del surgimiento de un único *corpus mysticum*. La razón de esto es que la forma de expresión de la receta es completamente distinta a la del plato culinario y, por tanto, en su caso, nos encontraríamos necesariamente ante dos obras distintas. Consecuentemente, si bien desde un punto de vista fáctico podría afirmarse que el contenido de la receta es el propio plato culinario al conformarse como la representación que expresa la composición de un plato e incluso el procedimiento para elaborarlo, desde un punto de vista jurídico el plato culinario no podría alcanzar la susodicha protección por no verse expresado en la receta *stricto*

el sentido de que conforman un haz de posibilidades de actuación que comparten una misma naturaleza y que se integran bajo el ámbito de control de un mismo titular en relación con un mismo objeto». Con ello, «la cláusula general de artículo 17 LPI propicia que el autor tenga siempre asegurado el control de lo que pueda ser considerado un acto de explotación *in genere* sobre su obra. Se trata de descartar, en beneficio de los autores, que pueda haber zonas muertas o "tierras de nadie" entre los ámbitos respectivos de cada uno de los cuatro derechos de explotación tipificados: quien explota una obra no puede por tanto argumentar que su actividad no penetra en la esfera de exclusiva reservada al autor, por no encajar exactamente en ninguna de las cuatro modalidades típicas».

⁵⁶ Artículo 3. 1.º del TRLPI: «Los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con la propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual».

sensu. En efecto, esa receta vendría a ser una expresión simplemente literaria. Asimismo, por su parte, el plato culinario solo podría ser considerado como un peculiar tipo de obra plástica, dada su forma de expresión visual⁵⁷.

Pues bien, tales consideraciones solo pueden ser superadas si defendemos un cambio particular en el sistema relativo a la exclusiva protección de la forma de expresión de las creaciones, basándonos precisamente en la antedicha relación fáctica entre la receta y el plato culinario. Para ello, podemos atender a la identidad de razón que efectivamente existe entre, por un lado, creaciones como los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería y, por otro lado, las recetas de los platos culinarios. El Tribunal Supremo⁵⁸, en referencia a las creaciones antedichas, indicó, *obiter dicta*, que «se trata [...] de obras en las que, al contrario de lo que ocurre con la mayoría de las que obras protegidas por la propiedad intelectual, la forma de la expresión es muy secundaria respecto del contenido expresado». Ello se debe a que «el contenido se impone como factor necesario, siendo el margen para la recreación formal del mismo escaso y de importancia muy secundaria, pues en ellas la originalidad opera directamente sobre el contenido». Por tanto, queda claro que el Tribunal Supremo avaló la necesidad de reformular el sistema tradicional de la exclusiva protección jurídica de la forma de expresión de las creaciones⁵⁹.

Sobre ello, si bien existe un sector doctrinal que se muestra reticente a admitir que la protección conferida a los proyectos, planos, maquetas y diseños pueda extenderse a las obras arquitectónicas o de ingeniería (Arribas del Hoyo, 2009, pp. 175 y 176; y Rodríguez Tapia, 2009b, pp. 128 y 129), lo cierto es que la doctrina mayoritaria tiende a aceptar la protección de ambos como un único *corpus mysticum* (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2017a, p. 187 y 188; Ortega Doménech, 2011, p. 169; Robert Guillén, 2017, pp. 148 y 149; y Sánchez Aristi, 2017a, p. 300). Como bien apuntó la antes mencionada Sentencia del Tribunal Su-

⁵⁷ Esta idea es plenamente compartida por el abogado general del caso Levola cuando afirma que, «aunque la forma en que se expresa una receta (la expresión) puede ser protegida por los derechos de autor siempre que la expresión sea original, los derechos de autor no protegen la receta como tal (la idea)».

⁵⁸ STS, Sala de lo Civil, de 22 de octubre de 2014, n.º 588/2014 (NCJ059041).

⁵⁹ Efectivamente, con el ánimo de ahondar más en la cuestión, el Tribunal Supremo estableció que «lo expuesto no contradice la regulación de la protección conferida por la propiedad intelectual, puesto que la contraposición entre la "forma de expresión" que constituiría el continente (en principio, lo protegido por la propiedad intelectual) y las "ideas" que constituirían el contenido (que suele afirmarse se halla exento de protección) no puede establecerse por igual en todas las categorías de obras. La afirmación de que solo la forma de una obra y no su contenido es objeto de protección por la propiedad intelectual ha de ser matizada. Es significativo, por ejemplo, que entre los derechos de explotación del autor se encuentre el derecho de transformación (arts. 11, 17, 21, 89 TRLPI), en que se modifica la "forma" de la obra pero se mantiene, más o menos sustancialmente, su contenido. Es por tanto necesario relativizar la dicotomía forma/contenido, en la que la forma estaría protegida por la propiedad intelectual, mientras que el contenido carecería de tal protección, puesto que en este tipo de obras (planos, proyectos, maquetas, diseños, y argumentos, guiones y formatos televisivos) es el contenido lo que se protege por encima de la forma en que está expresado».

premo de 22 de octubre de 2014, «lo que interesa al autor de este tipo de obras es la protección frente a lo que podríamos calificar como aplicación o ejecución del contenido de su obra, frente a la explotación, a la integración de dicho contenido en la actividad económica de un tercero, en el proceso de producción y oferta de bienes o servicios sin su consentimiento». En vista de ello, «no existe obstáculo legal para otorgar tal protección por cuanto que según el artículo 17 de la Ley de Propiedad Intelectual "corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma", por lo que cualquier forma de explotación de su obra ha de ser protegida»⁶⁰.

Por todo ello, atendiendo a esa identidad de razón entre los proyectos, planos, maquetas o diseños arquitectónicos y las recetas culinarias, debemos entender que el plato culinario y la receta conforman una misma creación intelectual, de tal manera que el contenido de la receta puede ser ejecutado y así dar lugar al plato culinario. En otras palabras, la receta y el plato culinario constituyen la creación culinaria *stricto sensu* como una única obra, si bien la receta representaría su versión bidimensional mientras que, una vez ejecutado su contenido, tendría lugar la versión tridimensional de la creación culinaria, esto es, el plato culinario. Por consiguiente, queda claro que la receta –como representación que expresa la composición de un plato y, en su caso, el procedimiento para elaborarlo– se configura, de una forma u otra, como el propio plato culinario. Por ello, podría entenderse que el plato culinario es la ejecución de esa receta culinaria, siendo ambos la misma obra, si bien representada y exteriorizada de manera diferente. Exactamente, ejecución no es lo mismo que exteriorización; lo originariamente exteriorizado puede ser objeto de ejecución al igual que puede ser comunicado públicamente, distribuido o reproducido. De la misma manera, cuando se ejecuta el plato culinario con base en la receta, generalmente no se está transformando la receta culinaria, sino que simplemente se está «ejecutando». Defender lo contrario supondría admitir que la receta y el plato culinario son dos obras distintas e independientes entre sí, mientras que lo cierto es que conforman una única realidad jurídica y ambas expresan como un único *corpus mysticum* la creación intelectual preconcebida por su autor.

4.2.3. La protección indirecta del sabor en el ámbito del derecho de autor

Surge ahora la concreta cuestión de cómo proteger el aspecto gustativo del plato culinario si, como hemos visto, el TJUE ha ratificado la imposibilidad de proteger un sabor como objeto de derecho de autor, al menos mientras no existan medios técnicos suficientes para determinarlo de manera objetiva. Pues bien, la estrecha relación entre la receta y el propio

⁶⁰ En efecto, y como se ha comentado antes, «la enumeración de los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación que se hace a continuación en dicho precepto solo tiene un carácter enunciativo, porque constituyen las formas de explotación típicas y más frecuentes de una obra protegida por la propiedad intelectual, pero no las únicas posibles».

plato culinario supondría la relegación a un segundo plano de la cuestión acerca de la relativa imposibilidad de proteger algunas de sus formas de expresión, en la medida que la receta permitiría proteger jurídicamente el plato culinario, entendido como contenido de la receta. No sería necesario debatir sobre si un sabor es protegible, porque el plato culinario estaría protegido a través de la receta, y el plato en cuestión siempre ostentará un determinado sabor con independencia de su fugacidad, su inestabilidad o la subjetividad en su determinación. Tampoco habría necesidad de determinar o identificar un sabor concreto, porque este estaría igualmente protegido al ser una parte intrínseca del plato culinario. Se trata de lo que podría denominarse «protección jurídica indirecta en sede del derecho de autor», ya que, a pesar de que el sabor no estuviera considerado como una obra, lograría una protección indirecta con base en la tutela jurídica directa que ostentarían tanto el plato culinario como su receta. Dicho de otra manera, la cuestión se centra en el plato culinario en sentido estricto, conformado por todas sus formas de expresión sin distinción entre cada una de ellas. No sería protegido un sabor o un olor, sino el plato culinario en su totalidad, y ello se lograría con la ayuda de la receta culinaria, la cual permitiría percibir objetivamente su contenido⁶¹. Para terminar, habrá que tener en cuenta que la receta culinaria deberá ser concreta y detallada, de tal manera que pueda apreciarse de forma completa el plato culinario representado gráficamente y, a su vez, sea posible valorar la presencia de originalidad, cuando menos, «en lo sustancial» de la creación culinaria y no solo en pequeñas variaciones o meros cambios de combinación⁶². Se tratará, en esencia, de una obra de carácter complejo⁶³. Y, por último, en cuanto a la determinación de ese contenido sustancial que debe ser original, creemos que lo ideal sería que fuere apreciado caso por caso con apoyo de expertos o profesionales del ámbito culinario.

⁶¹ A modo de ejemplo, en caso de que dos sujetos degustaran respectivamente dos platos elaborados con base en la misma receta y ambos consideraran que su sabor es distinto, tal consideración carecería de valor en vista de que la receta en la que se han basado para ejecutar los dos platos es la misma; todo ello sin perjuicio de la carga de la prueba de que, en efecto, se tratara realmente de la misma receta culinaria.

⁶² Decimos «en lo sustancial» porque, de acuerdo con la STS de 23 de octubre de 2001, Sala de lo Civil, n.º 963/2001, el plagio consiste «en una copia en lo sustancial de una obra ajena». Asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2003, Sala de lo Civil, n.º 1125/2003, y 28 de enero de 1995, Sala de lo Civil, n.º 12/1995, indican que «las situaciones que representan plagio hay que entenderlas como las de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarse de los ardides y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual», de forma que «el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales».

⁶³ Entendido así, no cabría argumentar tesis tales como la defendida por Marco Molina (2016, p. 80), quien afirma que, «como en cocina cualquier pequeña variación o cambio de combinación puede desembocar en un resultado personal o incluso novedoso y, por ende, indiscutiblemente "original" (arts. 10.1, 11 y 21 LPI), sería perturbador que la estricta prohibición de "transformar" o versionar la obra ajena (y difundir el resultado de esa actividad) sin autorización de su creador (o de quien ostentase la propiedad intelectual sobre ella) minase o cercenase las posibilidades creativas de un sucesivo creador».

5. Conclusiones

Un plato culinario se configura como una creación fácticamente compleja, en la medida que puede ser percibido a través de diversos canales de exteriorización, a saber: el gusto, la vista, el olfato, el oído y el tacto. Pues bien, a pesar de que no existen impedimentos jurídicos para admitir la protección de un plato culinario y, más concretamente, de su sabor por el derecho de autor (siempre que la creación esté exteriorizada y sea original), algunos de los canales de exteriorización del plato culinario no pueden objetivarse con facilidad. De hecho, la única forma de expresión del plato culinario que no admite discusión sobre su posible calificación como obra es la visual, en la medida que se configura como un aspecto del plato culinario plenamente objetivable. Actualmente no es posible proteger de forma directa el sabor de un plato culinario, ya que no hay posibilidad de identificarlo precisa y objetivamente, al basarse dicha identificación en sensaciones y experiencias gustativas subjetivas y variables. Ello conlleva que, si bien, *de iure*, es posible proteger el sabor de un plato culinario en virtud del TRLPI, los inconvenientes actuales relativos a su exteriorización provocan que, *de facto*, tal posibilidad devenga nula. Esa imposibilidad de calificar un sabor como obra en el ámbito del derecho de autor ha sido ratificada por la STJUE de 13 de noviembre de 2018 (caso Levola). A pesar de ello, dicha imposibilidad es meramente relativa, porque si en el futuro las técnicas para la identificación precisa y objetiva de los sabores evolucionan, sería posible proteger un sabor como objeto del derecho de autor. El TJUE, al responder a las cuestiones prejudiciales planteadas en el caso Levola, no entró a valorar la segunda cuestión prejudicial. Esta se refería precisamente a si la receta culinaria puede ayudar a proteger jurídicamente un sabor. Por ello, podemos afirmar que el TJUE únicamente se ha pronunciado sobre las posibilidades de tutela jurídica directa de un sabor por el derecho de autor, pero no sobre otras vías indirectas de protección en el ámbito de la propiedad intelectual.

En vista de ello, es preciso analizar si la receta puede aportar algo a la discusión sobre la protección del sabor. La receta culinaria, como representación gráfica que expresa la composición de un plato culinario –y, en su caso, el procedimiento para elaborarlo–, puede ser protegida como obra literaria o como contenido de una colección o base de datos. No obstante, dicha protección no alcanza al contenido de la receta, sino solo a su forma de expresión o composición y, en su caso, a la concreta selección, estructura, sistemática, presentación o disposición del contenido. Por esa razón, es preciso entender la receta como «representación gráfica con base en la que se ejecuta un plato culinario», en la medida que, solo de esta manera, la receta cumplirá las siguientes funciones interdependientes: a) objetivación de la creación culinaria, de tal forma que se eviten los inconvenientes fácticos que conllevaban sus diferentes formas de expresión; y b) protección de su contenido que, en esencia, viene a ser el propio plato culinario. Entendida así la receta, tanto ella como el plato culinario conformarían un único *corpus mysticum*. Así, respecto al sabor se produciría lo que hemos denominado «protección jurídica indirecta en sede del derecho de autor», ya que, a pesar de no adquirir la calificación de obra, el sabor lograría una protección indirecta en virtud de la tutela jurídica de carácter directo que ostentan tanto el plato culinario

como su receta. Además, para que todo lo dicho goce de plena coherencia, el plato culinario debería estar representado en la receta de forma concreta y detallada, de tal manera que sea posible percibirlo objetiva y plenamente y determinar su originalidad sustancial.

En definitiva, a pesar de lo concluido en el caso *Levola* por el TJUE, el sabor de un plato culinario podría ser protegido en el ámbito del derecho de autor de dos maneras distintas: 1) a través de calificación del sabor como obra (protección directa del derecho de autor), siempre y cuando hayan evolucionado las técnicas para la identificación precisa y objetiva de los sabores; o bien, 2) a través de la receta considerada como «representación gráfica con base en la que se ejecuta un plato culinario», de tal manera que el plato y la receta sean una única obra y, consiguientemente, se proteja directamente el contenido de la receta y se objetive la identificación del sabor concreto. De esta manera, en este segundo caso, el aspecto gustativo sería protegido indirectamente a pesar de no configurarse como una creación intelectual. En conclusión, la protección del sabor en el ámbito de la propiedad intelectual es todavía posible en virtud de los dos motivos analizados, pero parece que, con ánimo de lograr una mayor seguridad jurídica en el ámbito autoral, sería preferible regular expresamente estas controvertidas situaciones de acuerdo con las particularidades que les caracterizan.

Referencias bibliográficas

- Ansón Oliart, R. (2019). Un marco jurídico para la gastronomía del siglo XXI. En J. Cremades y R. Ansón (Dir.), *Derecho y Gastronomía* (pp. 29-33). Madrid: Dykinson.
- Arribas del Hoyo, P. (2009). Derechos morales y derechos de explotación sobre el resultado de las obras de ingeniería. En M. T. Carrancho, E. Vicente y R. de Román (Coords.), *Ingeniería y propiedad intelectual* (pp. 171-201). Madrid: Reus.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2007). Comentario al artículo 10. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. (3.ª ed.). (pp. 151-189). Madrid: Tecnos.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2017a). Comentario al artículo 10. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. (4.ª ed.). (pp. 159-197). Madrid: Tecnos.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2017b). Comentario al artículo 13. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. (4.ª ed.). (pp. 223-226). Madrid: Tecnos.
- Bondía Román, F. (1988). *Propiedad Intelectual. Su significado en la Sociedad de la Información*. Madrid: Trivium.
- Carrancho, M. T., Vicente, E. y Román, R. de (Coord.). (2009). *Ingeniería y propiedad intelectual*. Madrid: Reus.
- Carrasco Perera, A. (2007). Comentario al artículo 5. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. (3.ª ed.). (pp. 97-105). Madrid: Tecnos.

- Carrasco Perera, A. y Estal Sastre, R. del (2017). Comentario al artículo 5. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. (4.^a ed.). (pp. 105-114). Madrid: Tecnos.
- Couso Pascual, J. R. (2019). Paralelismos entre la Abogacía y la Gastronomía: algunas reflexiones sobre organización, contratación y retención de talento. En J. Cremades y R. Ansón (Dir.), *Derecho y Gastronomía* (pp. 141-147). Madrid: Dykinson.
- Cremades, J. y Ansón, R. (Dir.). (2019). *Derecho y Gastronomía*. Madrid: Dykinson.
- DENAE (2018). *V Certamen de artículos jurídicos sobre Derecho del Entretenimiento, Premios DENAE*.
- Garbayo Blanch, J. (2017). Derecho de Patentes. En M. Ruiz Muñoz (Dir.), *Derecho de la Propiedad Intelectual. Derecho de autor y Propiedad industrial* (pp. 241-299). Valencia: Tirant lo Blanch.
- González Soria, J. (2019). Problemática de los derechos de autor en la Gastronomía. En J. Cremades y R. Ansón (Dir.), *Derecho y Gastronomía* (pp. 49-67). Madrid: Dykinson.
- Guijo Vázquez, J. M. (2008). El Registro de la Propiedad Intelectual como instrumento de protección de los derechos de autor. En E. Serrano Gómez (Coord.), *El Registro de la Propiedad Intelectual* (pp. 41-63). Madrid: Reus.
- Instituto de Derecho de Autor. (2017). *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de Propiedad Intelectual*. Madrid: Instituto de Derecho de Autor.
- Marco Molina, J. (2016). La obra gastronómica como objeto de la propiedad intelectual. En R. Morral Soldevila (Dir.), *Problemas actuales de Derecho de la Propiedad Industrial*. V Jornada de Barcelona de Derecho de la Propiedad Industrial (pp. 59-81). Madrid: Tecnos.
- Marco Molina, J. (2017). Comentario al artículo 145. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. (4.^a ed.). (pp. 1.902-1.924). Madrid: Tecnos.
- Marín López, J. J. (2006). *El conflicto entre el Derecho Moral del Autor Plástico y el Derecho de Propiedad sobre la Obra*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Mariscal Garrido-Falla, P. y Minero Alejandro, G. (2017). Comentario al artículo 12. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (4.^a ed.). (pp. 212-223). Madrid: Tecnos.
- Martín Salamanca, S. (2017). Derecho de autor. En M. Ruiz Muñoz (Dir.), *Derecho de la Propiedad Intelectual. Derecho de autor y Propiedad industrial* (pp. 45-240). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Morán Ruiz, M. (2018). ¿Creadores en riesgo de extinción? En *V Certamen de artículos jurídicos sobre Derecho del Entretenimiento, Premios DENAE* (pp. 9-28). DENAE.
- Morillas Jarillo, M. J. (2017). Comentario al artículo 12. En F. Palau Ramírez y G. Palau Moreno (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (pp. 248-271). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Morral Soldevila, R. (Dir.). (2016). *Problemas actuales de Derecho de la Propiedad Industrial*. V Jornada de Barcelona de Derecho de la Propiedad Industrial. Madrid: Tecnos.
- Muñoz Vico, A. (2011). Una defensa convencional de la libertad de creación. En J. Torres Ripa y J. A. Gómez Hernández (Coord.), *El copyright en cuestión* (pp. 43-78). Bilbao: Universidad de Deusto.

- Navas Navarro, S. (Dir.). (2019). *Nuevos desafíos para el derecho de autor. Robótica, Inteligencia Artificial, Tecnología*. Madrid: Reus.
- Ortega Doménech, J. (2011). Proyectos, planos, maquetas y diseños de las obras de ingeniería y de arquitectura. Anteproyectos. Modificaciones de planos. Intervención del dueño de la obra y límites de la misma. En J. Ortega Doménech (Coord.), *Ideas, bocetos, proyectos y derecho de autor* (pp. 159-177). Madrid: Reus.
- Otero Lastres, J. M. (2019). Una aproximación a la protección jurídica de la obra gastronómica. En J. Cremades y R. Ansón (Dir.), *Derecho y Gastronomía* (pp. 103-119). Madrid: Dykinson.
- Palau Ramírez, F. y Palao Moreno, G. (Dir.). (2017). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Peinado Gracia, J. I. (2017). Comentario al artículo 10. En F. Palau Ramírez y G. Palao Moreno (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (pp. 170-233). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Plaza Penadés, J. (2017). Comentario al artículo 1. En F. Palau Ramírez y G. Palao Moreno (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (pp. 27-49). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Robert Guillén, S. (2017). *Alta cocina y Derecho de Autor*. Madrid: Reus.
- Rodríguez Tapia, J. M. (2009a). Comentario al artículo 1. En J. M. Rodríguez Tapia (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. (2.ª ed.). (pp. 59-64). Cizur Menor: Aranzadi.
- Rodríguez Tapia, J. M. (2009b). Comentario al artículo 10. En J. M. Rodríguez Tapia (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. (2.ª ed.). (pp. 119-130). Cizur Menor: Aranzadi.
- Romero Coloma, A. M. (2017). *El arte y el Derecho. Una visión constitucional (Censura, Protección jurídica y Libertad artística)*. Madrid: Dilex.
- Ruiz Muñoz, M. (2017). Derecho de marcas. En M. Ruiz Muñoz (Dir.), *Derecho de la Propiedad Intelectual. Derecho de autor y Propiedad industrial* (pp. 471-652). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Saiz García, C. (2000). *Objeto y sujeto del derecho de autor*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sánchez Aristi, R. (2017a). Comentario al artículo 17. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. (4.ª ed.). (pp. 293-309). Madrid: Tecnos.
- Sánchez Aristi, R. (2017b). Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014. En *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de Propiedad Intelectual* (pp. 559-568). Madrid: Instituto de Derecho de Autor.
- Serrano Gómez, E. (Coord.). (2008). *El Registro de la Propiedad Intelectual*. Madrid: Reus.
- Torres Ripa, J. y Gómez Hernández, J. A. (Coord.). (2011). *El copyright en cuestión*. Bilbao: Universidad de Deusto.