

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil

Sentencia núm. 82/2021

Fecha de sentencia: 16/02/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1443/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/02/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles

Bartolomé Pardo

Transcrito por: RSJ

Nota:

Resumen

La faena de un torero no puede ser registrada como obra objeto de propiedad intelectual. Según la jurisprudencia del TJUE el concepto de obra supone la concurrencia de dos elementos cumulativos: debe existir un objeto original que constituya una creación intelectual propia de su autor; y la consideración de obra se reserva a los elementos que expresan dicha creación intelectual. La pretendida creación intelectual (artística) debería quedar expresada de forma que pudiera identificarse con suficiente precisión y objetividad, aun cuando esta expresión no fuera necesariamente permanente. En la lidia de un toro no es posible esa identificación, al no poder expresarse de forma objetiva aquello en qué consistiría la creación artística del torero al realizar una concreta faena, más allá del sentimiento que transmite a quienes la presencien, por la belleza de las formas generadas en ese contexto dramático.

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1443/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles

Bartolomé Pardo

**TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil**

Sentencia núm. 82/2021

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 16 de febrero de 2021.

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Badajoz, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz. Es parte recurrente Miguel Ángel Perera Díaz, representado por el procurador Eduardo José Manzanos Llorente y bajo la dirección letrada de Hugo de Patrocinio Polo. Es parte recurrida el Registrador Territorial de la Propiedad Intelectual de Extremadura, asistido por el letrado de la Junta de Extremadura.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Clara Isabel Rodolfo Saaveda, en nombre y representación de Miguel Ángel Perera Díaz, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz, contra el Registrador Territorial de la Propiedad Intelectual de Extremadura, para que se dictase sentencia por la que:

«1.- Se deje sin efecto la resolución denegatoria de inscripción de la solicitud BA-0141-2014 presentada por Don Hugo de Patrocinio Polo en nombre de Don Miguel Ángel Perera Díaz ante el Registro Territorial de Propiedad Intelectual de Extremadura.

»2.- Ordena la inscripción de la obra (nº BA-0141-2014) en el Registro Territorial de la Propiedad Intelectual de Extremadura como obra artística en el apartado “otras obras de propiedad intelectual” creada por su autor Don Miguel Ángel Perera Díaz, librando ello atento oficio al citado Registro.

»3.- Se condene al demandado a las costas de este pleito».

2. El letrado de la Junta de Extremadura, en representación del Registrador Territorial de la Propiedad Intelectual de Extremadura, contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

«rechazando las peticiones de la actora con expresa imposición de costas».

3. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz dictó sentencia con fecha 10 de abril de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Que debo desestimar y desestimo totalmente la demanda interpuesta por la Procuradora Doña Clara Isabel Rodolfo Saavedra, en nombre y representación de Don Miguel Ángel Perera Díaz contra el Registrador de la Propiedad Intelectual de Extremadura, manteniendo en su integridad la resolución denegatoria de la inscripción de la faena de aquel, descrita en el fundamento segundo de la presente.

»Las costas se imponen al demandante».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Miguel Ángel Perera Díaz.
2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Badajoz mediante sentencia de 22 de enero de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que desestimando como desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Miguel Ángel Pereira (sic) Díaz contra la sentencia de fecha 12-4-17 (sic) dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Badajoz en los autos de procedimiento ordinario n.º 946/15 debemos confirmar y confirmamos la indicada resolución con condena en costas a la parte recurrente».

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación*

1. La procuradora Clara Isabel Rodolfo Saavedra, en representación de Miguel Ángel Perera Díaz, interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación ante la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Badajoz.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«1º) Infracción de los derechos reconocidos en el art. 24 CE e infracción del art. 218 LEC.

»2º) Infracción del art. 136 LEC, en relación con los arts. 436.1 y 2 y 465.4, párrafo 2º y 225.3º LEC.

»3º) Vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 20.1 CE. Infracción del art. 283 LEC.

»4º) Vulneración de los derechos reconocidos en el art. 24.1 CE, al infringir la sentencia recurrida el derecho a la tutela judicial efectiva de esta parte, en su vertiente del derecho a obtener una resolución que resuelva todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente motivada fundada en derecho, con infracción, por no aplicación, de los arts. 120.3 CE y 218.1 LEC.

»5º) Vulneración de los derechos reconocidos en el art. 24 CE y violación del art. 394.1 LEC».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción de los arts. 10 y 145.1 LPI.

»2º) Infracción de los arts. 10.1 y 145 de la LPI, y el art. 22.1 del Reglamento del Registro de Propiedad Intelectual».

2. Por diligencia de ordenación de 1 de marzo de 2018, la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2.ª) tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente Miguel Ángel Perera Díaz, representado por el procurador Eduardo José Manzanos Llorente; y como parte recurrida el Registrador Territorial de la Propiedad Intelectual de Extremadura, asistido por el letrado de la Junta de Extremadura.

4. Esta sala dictó auto de fecha 18 de noviembre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º) Admitir los motivos primero y segundo recurso de casación y el motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D. Miguel Ángel Perera Díaz presentó escrito formulando recurso por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia n.º 22/2018, de 22 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.ª, en el rollo de apelación n.º 477/2017, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 946/2015, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Badajoz.

»2º) Inadmitir los motivos segundo, tercero, cuarto y quinto del recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D. Miguel Ángel Perera Díaz contra la referida sentencia.

»3º) Abrir el plazo de veinte días a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida pueda formalizar por escrito su oposición a los motivos admitidos en ambos recursos. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

»Contra la presente resolución no cabe recurso alguno».

5. Dado traslado, la representación procesal del Registrador Territorial de la Propiedad Intelectual de Extremadura presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 4 de febrero de 2021, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. El torero Miguel Ángel Perera Díaz solicitó la inscripción en el registro de la propiedad intelectual de una obra titulada «Faena de dos orejas con petición de rabo al toro “Curioso” nº 94, de peso 539 kgs, nacido en febrero de 2010 ganadería Garcigrande Feria de San Juan de Badajoz, día 22 de junio de 2014». Se trataba de la faena realizada por este torero en la reseñada feria, consistente en: «mano izquierda al natural cambiándose de mano por la espalda y da pase por la derecha. El toro sale suelto y el torero va hacia él dando pase por alto con la derecha». Con la solicitud se aportaba una grabación audiovisual y un libro descriptivo.

2. La solicitud fue denegada por el registro y la resolución de denegación fue impugnada por el torero que había realizado la solicitud. Para justificarlo, parte de la consideración de que el toreo es un arte y la faena de un torero una manifestación artística, una obra de arte. Y, en concreto, la que era objeto de solicitud de inscripción en el registro de propiedad intelectual, era una creación artística original, razón por la cual resultaba procedente su inscripción.

3. El juzgado de primera instancia desestimó la demanda, al considerar que la faena de un torero carece de la condición de creación artística susceptible de protección como obra de propiedad intelectual. Cita la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 4 de octubre de 2011, *Football Association Premier League*, que respecto de los partidos de fútbol entendió que «las obras protegidas deben constituir una creación propia de su autor» y que este criterio no se cumple en el caso de un partido de fútbol, «al estar delimitados por reglas de juego que no dejan espacio a la libertad creativa en el sentido de los derechos de autor». El juzgado entiende que esta

doctrina es aplicable a este caso, porque la corrida de toros está perfectamente regulada por un reglamento, que contiene normas sobre las características del toro, su raza, peso, astas, etc, y las dimensiones del ruedo, los instrumentos y herramientas, las distintas fases y su duración, el personal que interviene en cada una de ellas, «por lo que carece el torero de la suficiente libertad creativa para estar amparado por la Ley de Propiedad Intelectual».

4. La sentencia fue recurrida en apelación por el demandante. La Audiencia desestima el recurso. En su argumentación, para justificar la procedencia de la denegación de inscripción, ahonda en las consecuencias que conllevaría su admisión:

«La consecuencia que se produce de la inscripción que se pretende es que en ningún momento ningún torero podrá en el futuro realizar una faena como la que se indica sin incurrir en una vulneración del derecho inscrito, con las consecuencias que de ello se derivan.

»No es preciso indicar sin necesidad de prueba pericial al respecto que en cualquier lance taurino el torero es libre de llevar a cabo las faenas que tenga por conveniente dentro de las limitaciones existentes al respecto. Frecuentemente y según circunstancias irá improvisando las que tenga por conveniente a fin de hacerlo lo mejor posible dentro de los cánones que rigen la materia. Dentro de esta actividad, que es física aun buscando una determinada estética, caben numerosísimas, ilimitadas, posibilidades. No es posible describir una determinada de modo tal que no pueda ejercitarse por ningún otro torero. La descripción de la faena, por muy precisa y detallada que sea, creará siempre inevitables problemas de discernimiento con otras muy parecidas. No será posible nunca afirmar si dos faenas realizadas por dos toreros distintos son idénticas o simplemente parecidas. No se puede tampoco coartar la libertad de un torero para hacer la faena que tenga por conveniente, no sea que ya esté registrada y tenga que enfrentarse a una reclamación dineraria. En momentos tan dramáticos como lo es el lance taurino no es posible estar pensando si lo que se va a hacer está o no amparado por la propiedad intelectual de otro. Y, en fin, no cabe que todos y cada uno de los toreros inscriba cuantas faenas tenga por conveniente porque sería acabar con el lance de los toros».

5. Frente a la sentencia de apelación, el demandante ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, articulado en cinco motivos, de los cuales sólo se ha admitido el primero, y recurso de casación, sobre la base de dos motivos.

SEGUNDO. *Recurso extraordinario por infracción procesal*

1. Formulación del motivo primero. El motivo se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, y denuncia la «vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución, en cuanto al deber de motivación de las sentencias y el deber de proscripción de la arbitrariedad, con infracción del art. 218 LEC». Se denuncia falta de motivación de la sentencia, por no estar basada en derecho, ya que no invoca precepto ni jurisprudencia alguna. En el desarrollo del motivo concluye que «la falta de motivación conduce a la arbitrariedad y la ausencia de fundamentación supone una resolución situada fuera del ordenamiento».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación del motivo primero. La sentencia recurrida no incurre en falta de motivación, a la vista de cómo ha sido interpretada esta exigencia por la jurisprudencia de esta sala.

Hemos declarado en otras ocasiones que «deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengán apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla» (sentencias 294/2012, de 18 de mayo, 95/2014, de 11 de marzo, y 759/2015, de 30 de diciembre).

En nuestro caso, la razón por la cual la sentencia recurrida ratifica la decisión del juez de primera instancia sobre la improcedencia de estimar la impugnación de la denegación de inscripción en el registro de la propiedad intelectual solicitada por el demandante aparece expuesta en el fundamento jurídico octavo de la sentencia. En este fundamento, aunque no se cite ningún precepto jurídico ni resolución judicial alguna, se razona por qué, a juicio del tribunal de apelación, es razonable la denegación de la inscripción, en atención a las consecuencias perniciosas que conllevaría su inscripción, de forma que ilustra por qué la faena de un torero no puede considerarse una creación artística que merezca el monopolio de su reproducción. La ausencia de una mención legal o jurisprudencial no conduce a negar la motivación, que

en este caso existe. Se puede no estar de acuerdo con ella, pero no cabe negarla. Y, en cualquier caso, cumple con la exigencia constitucional.

TERCERO. *Recurso de casación*

1. *Formulación de los motivos.* El *motivo primero* denuncia la infracción del art. 10 de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, LPI) por errónea interpretación de este artículo por la sentencia recurrida. El art. 10 LPI recoge una lista de *numerus apertus* y no *numerus clausus*, de forma que en este precepto tienen cabida «otras obras» no recogidas en la lista, como es la obra del torero, fijada en soporte audiovisual, y el hecho de no haber sido incluida en la lista por la *mens legislatoris* no es razón para rechazar su inscripción.

El *motivo segundo* denuncia que la sentencia recurrida infringe los arts. 10.1 y 145 LPI, y el art. 22.1 del Reglamento de Propiedad Intelectual, así como la doctrina científica del test de verificación de la originalidad que habrán de hacer los expertos en la materia cuando haya dudas sobre la originalidad de la obra.

En el desarrollo del motivo se advierte que «la cuestión del debate no es hacer una valoración de la originalidad de la Tauromaquia o de la corrida o de los lances individualizados insertos en cada faena, sino de la faena en sí como obra artística de cada torero, en este caso, la presentada a inscripción por (el demandante)».

Y reitera lo razonado en la demanda:

«Es decir, cualquier torero puede utilizar las suertes, los movimientos, los pases, la técnica torera que pueda estar al alcance de todo diestro e integran el acervo común general, pero la forma, la selección, el orden, la colocación, la expresión corporal, el ritmo, la cadencia, los toques, la voz, los terrenos, la distancia, los trajes, etc., que cada espada escoge para crear y ejecutar su faena en cada momento conforme a su personalidad e inspiración, es lo que dota de originalidad a la obra, según también la condición de cada toro. De igual modo sucede con los compositores de música: ¿integran o no el acervo común general el pentagrama, las notas, las claves, los compases, el ritmo, la armonía, los acordes, los movimientos?. Evidentemente que sí, pero ello no es obstáculo para que la forma de utilizar todos estos recursos por un compositor le conceda a éste la protección de los derechos de autor (...)».

Para, a continuación, aclarar qué pretende con la estimación de su recurso:

«De este modo entendemos que la Sala habrá de decidir y fijar doctrina respecto a si la obra de los toreros, fijada en soporte audiovisual, reúnen los requisitos que marca el art. 10 de la LPI y qué criterios de originalidad habrán de tenerse en cuenta por la jurisprudencia, y en consecuencia, si su autor merece el goce de los derechos de propiedad intelectual, en concepto de autor, pudiéndola por tanto inscribir, al existir sentencias de las AAPP contradictorias respecto a los criterios de originalidad a tener en cuenta en el análisis de ciertas obras artísticas, y también referente al valor del Test de Verificación de Originalidad en supuestos de dudas, y su valor y vinculación para con el juzgador».

Procede analizar conjuntamente ambos motivos, que están vinculados, y desestimar el recurso por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación de los motivos. El apartado 1 del art. 10 LPI, que se denuncia infringido, al regular qué obras pueden ser objeto de propiedad intelectual, emplea la siguiente definición:

«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».

Esta definición va acompañada de una enumeración de obras, entre las que no se encuentra la faena de un torero en una corrida de toros (la lidia de un toro), que es lo que se pretendía inscribir en el registro de propiedad intelectual.

Es cierto que la lista contenida en el art. 10.1 LPI no es cerrada. Aunque trata de comprender todos los supuestos que merecerían esta consideración de «obra», no los agota. Como recordamos en la sentencia 253/2017, de 26 de abril, «el art.10.1 TRLPI, que enumera una serie de tipos de obras protegidas objeto de la propiedad intelectual sin incluir la edificación o construcción, no tiene carácter exhaustivo sino meramente enunciativo». Por lo que podría haber otras obras que, sin estar incluidas en este elenco, merezcan la consideración de obra de propiedad intelectual de acuerdo con la definición mencionada al comienzo del precepto.

De este modo, para examinar la procedencia de la pretensión del demandante, es preciso analizar si la faena de un torero puede ser considerada una obra objeto de propiedad intelectual.

3. La sentencia de primera instancia, ratificada por la de apelación ahora recurrida, al justificar la improcedencia del reconocimiento como obra de propiedad intelectual de la lidia de un toro realizada por el torero demandante, aplica directamente la doctrina contenida en la sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2011 (C-403/08 y C-429/08), *Football Association Premier League*, que de forma taxativa afirma:

«Pues bien, los encuentros deportivos no pueden considerarse creaciones intelectuales calificables de obras en el sentido de la Directiva sobre los derechos de autor. Esto es así, en particular, en el caso de los partidos de fútbol, delimitados por reglas de juego que no dejan espacio a la libertad creativa, en el sentido de los derechos de autor» (98).

Pero, como veremos a continuación, no cabe hacer una mera subsunción de la lidia de un toro en esta doctrina. Esta actividad, tal y como está concebida en la actualidad, no entra propiamente dentro de la categoría de los encuentros deportivos. Si bien puede apreciarse en ella algún aspecto semejante, por la relevancia del ejercicio físico y la habilidad o destreza del torero, tiene también una dimensión artística, que le aporta una singularidad propia.

En el marco de la dimensión cultural que la Ley 10/1991, de 4 de abril, reconoce a las corridas de toros, el Tribunal Constitucional en su sentencia 177/2016, ha resaltado que constituye «una actividad con múltiples facetas o aspectos», y «su complejo carácter como fenómeno histórico, cultural, social, artístico, económico y empresarial, ya que participa de todos estos matices o aspectos». Y la Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural, en su preámbulo remarca su manifestación artística:

«La Tauromaquia es una manifestación artística en sí misma desvinculada de ideologías en la que se resaltan valores profundamente humanos como puedan ser la inteligencia, el valor, la estética, la solidaridad, o el raciocinio como forma de control de la fuerza bruta».

No obstante, el hecho de que no se le aplique directamente esa doctrina contenida en la STJUE de 4 de octubre de 2011, *Football Association Premier League*, no excluye que la lidia de un toro deba cumplir con las exigencias establecidas con carácter general por el TJUE para que se le reconozca la consideración de obra objeto de propiedad intelectual.

4. Encontramos estas exigencias en la reciente sentencia del TJUE de 12 de septiembre de 2019 (C-683/17), caso *Cofemel*. Esta sentencia recuerda que el concepto de obra constituye una noción autónoma del Derecho de la UE, que supone la concurrencia de dos elementos cumulativos: debe existir un objeto original que constituya una creación intelectual propia de su autor; y la consideración de obra se reserva a los elementos que expresan dicha creación intelectual:

«29. El concepto de «obra» (...) constituye, tal como resulta de una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una noción autónoma del Derecho de la Unión que debe ser interpretada y aplicada de manera uniforme y que supone la concurrencia de dos elementos acumulativos. Por una parte, este concepto implica que existe un objeto original, en el sentido de que el mismo constituye una creación intelectual propia de su autor. Por otra parte, la calificación como obra se reserva a los elementos que expresan dicha creación intelectual (véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de julio de 2009, *Infopaq International*, C-5/08, EU:C:2009:465, apartados 37 y 39, y de 13 de noviembre de 2018, *Levola Hengelo*, C-310/17, EU:C:2018:899, apartados 33 y 35 a 37, y la jurisprudencia citada)».

Al primer elemento, el de la creación original del autor, se refieren los apartados 30 y 31:

«30. En lo que atañe al primero de dichos elementos, de la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia se desprende que, para que un objeto pueda considerarse original, resulta al mismo tiempo necesario y suficiente que refleje la personalidad de su autor, manifestando las decisiones libres y creativas del mismo (véanse, en este sentido, las sentencias de 1 de diciembre de 2011, *Painer*, C-145/10, EU:C:2011:798, apartados 88, 89 y 94, y de 7 de agosto de 2018, *Renckhoff*, C-161/17, EU:C:2018:634, apartado 14).

»31. En cambio, cuando la realización de un objeto ha venido determinada por consideraciones técnicas, reglas u otras exigencias que no han dejado espacio al ejercicio de la libertad creativa, no puede considerarse que dicho objeto tenga la originalidad necesaria para constituir una obra (véase, en este sentido, la sentencia de 1 de marzo de 2012, *Football Dataco y otros*, C-604/10, EU:C:2012:115, apartado 39 y jurisprudencia citada)».

Al segundo elemento, «la existencia de un objeto identificable con suficiente precisión y objetividad», se refieren los apartados siguientes:

«32. Por lo que respecta al segundo elemento mencionado en el apartado 29 de la presente sentencia, el Tribunal de Justicia ha precisado que el concepto de «obra», a que se refiere la Directiva 2001/29, implica necesariamente la existencia de un objeto identificable con suficiente precisión y objetividad (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de noviembre de 2018, Levola Hengelo, C-310/17, EU:C:2018:899, apartado 40).

»33. En efecto, por una parte, las autoridades a las que corresponde velar por la protección de las facultades exclusivas inherentes a los derechos de autor deben estar en condiciones de conocer con claridad y precisión el objeto protegido. Lo mismo cabe decir de los terceros frente a quienes cabe oponer la protección reivindicada por el autor. Por otra parte, la necesidad de descartar cualquier elemento de subjetividad, perjudicial para la seguridad jurídica, en el proceso de identificación del citado objeto implica que este ha de ser expresado de forma objetiva (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de noviembre de 2018, Levola Hengelo, C-310/17, EU:C:2018:899, apartado 41).

»34. Como ha subrayado el Tribunal de Justicia, una identificación basada esencialmente en las sensaciones, intrínsecamente subjetivas, de la persona que percibe el objeto en cuestión no cumple la exigencia requerida de precisión y objetividad (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de noviembre de 2018, Levola Hengelo, C-310/17, EU:C:2018:899, apartado 42)».

5. A favor del reconocimiento de la «lidia de un toro» como obra de propiedad intelectual se aduce que el torero concibe y ejecuta su obra al mismo tiempo, y su singularidad parte de la peculiaridad del toro que le ha correspondido en suerte. Cada toro es distinto, tiene sus características singulares, y en la medida en que sólo puede ser toreado una vez, imposibilita la copia, nadie puede volver a ejecutar esa misma faena. Además, el toro aporta un elemento de incertidumbre, en cuanto que su comportamiento es aleatorio, sin perjuicio de que parte de la faena consista en predecirlo, dominarlo y controlarlo, con la pretensión de realizar unos movimientos y figuras bellas.

El acento de la originalidad de la creación artística de la lidia de un toro se suele poner en la personalidad del torero ante el toro y su modo de interpretar el toreo, de tal forma que, según los entendidos y aficionados, cada torero hace su toreo y este es fruto de su capacidad creativa y expresiva, donde se conjugan factores físicos, sociales e intelectuales. En este contexto, existe una amplia literatura sobre el toreo que califica, sin ambages, al torero

de artista, en cuanto creador de belleza. Belleza que se plasmaría en el lenguaje corporal, la estética y la creación de figuras, mediante las cuales el torero proyecta sus sentimientos al espectador.

6. Pero, sin merma de la consideración artística que pueda reconocerse a la faena de un torero por parte de críticos y aficionados, y de los sentimientos que pueda generar en quienes la presencian, como refleja la obra de algunos célebres poetas (Gerardo Diego, Federico García Lorca, José Bergamín, entre otros) y pintores (Goya, Picasso, Fortuny, Sorolla, también entre otros), para que pueda ser protegida como obra de propiedad intelectual, en atención a la finalidad de esta protección, debe cumplir los requisitos propios de la obra ya mencionados.

Para ello, es necesario precisar sobre qué se pide el reconocimiento de obra, en qué consistiría la creación intelectual, sobre qué se atribuirían al autor los derechos morales y patrimoniales consiguientes.

El propio recurrente nos aclara que no lo pide respecto de los pases, lances o recursos para dominar al toro, sean los ya conocidos u otros nuevos que se pudieran «inventar», sino respecto de la totalidad de la faena (desde que sale el toro al ruedo hasta que finaliza con su muerte), con el capote, la muleta y la estocada. Con la singularidad, antes apuntada, de que cada lidia es irrepetible, necesariamente distinta de las anteriores faenas que pudiera haber hecho ese torero y de las que podría hacer en el futuro.

La pretendida creación intelectual de cada lidia, atribuible al torero, participa de un argumento común: el torero se enfrenta a un toro bravo, a quien intenta dominar y finalmente matar, eso sí, con la pretensión de hacerlo de forma artística. Esta faena se desenvuelve en una secuencia de actos en cierto modo pautada, en cuanto que se desarrolla en tres tercios (varas, banderillas y muleta), además de la muerte del toro, y está previsto el contenido de cada uno de ellos, el lugar en que se ha de desarrollar y la función que ha de realizarse.

Por otra parte, en la lidia del toro destacan dos aspectos que escapan a la protección como obra de propiedad intelectual: la técnica y la habilidad del torero. Forma parte de su saber hacer proyectado en cada faena, el

conocimiento que tiene de los toros y su capacidad de entender el que en ese caso le corresponde torear, que le permite adaptarse a su comportamiento (provocar una salida, encauzar el curso del animal, dirigirlo con un movimiento de brazo o de muñeca, etc), así como su colocación respecto del toro. También la habilidad desarrollada con el capote, la muleta y la espada, para realizar una concreta faena, que no dejan de ser destrezas.

7. Partiendo de lo anterior, la creación intelectual atribuible al torero, a su talento creativo personal, estaría en la interpretación del toro que le ha correspondido en suerte, al realizar la faena, en la que además de la singularidad de ese toro, influiría mucho la inspiración y el estado anímico del torero. Esta creación habría de plasmarse en una expresión formal original, que en este caso podría llegar a ser la secuencia de movimientos, de los pases realizados por el torero, que para ser originales deberían responder a opciones libres y creativas, o a una combinación de opciones con un reflejo estético que proyecte su personalidad. Y, en cualquier caso, esta expresión formal original debería poder ser identificable con precisión y objetividad.

Es aquí donde, en aplicación de la doctrina del TJUE, expuesta primero en la sentencia de 13 de noviembre de 2018 (C-310/17), *Levola Hengelo*, y reiterada después en la sentencia de 12 de septiembre de 2019 (C-683/17), *Cofemel*, radica el principal escollo para que pueda reconocerse a la lidia del toro la consideración de obra objeto de propiedad intelectual. La pretendida creación intelectual (artística) debería quedar expresada de forma que pudiera identificarse con suficiente precisión y objetividad, aun cuando esta expresión no fuera necesariamente permanente (STJUE de 13 de noviembre de 2018, *Levola Hengelo*, C-310/17). Ha de ser expresada de forma objetiva para que tanto quienes deban velar por la protección de los derechos de exclusiva inherentes al derecho de autor, como los particulares, puedan estar en condiciones de conocer con claridad y precisión el objeto protegido (SSTJUE 13 de noviembre de 2018, *Levola Hengelo*, y 12 de septiembre de 2019, *Cofemel*).

En la lidia de un toro no es posible esa identificación, al no poder expresarse de forma objetiva aquello en qué consistiría la creación artística del torero al realizar una concreta faena, más allá del sentimiento que

transmite a quienes la presenciaron, por la belleza de las formas generadas en ese contexto dramático. Por esta razón no cabe reconocerle la consideración de obra objeto de propiedad intelectual.

8. Se ha pretendido equiparar la lidia de un toro a una coreografía, que en la actualidad sí se incluye en el listado de obras objeto de propiedad intelectual, en la letra c) del art. 10.1 LPI. Pero en la coreografía es posible, mediante la notación, identificar con precisión y objetividad los movimientos y formas de la danza en qué consiste la creación original del autor, respecto de la que se pide la protección como obra de propiedad intelectual. Esta identificación precisa y objetiva, además de facilitar que se pueda reproducir nuevamente, permite identificar en qué consiste la creación, tanto a terceras personas como a las autoridades encargadas de la protección de las obras de propiedad intelectual. No ocurre lo mismo en la faena de un torero, en la que más allá de los concretos pases, lances y suertes, respecto de los que no cabe pretender la exclusiva, resulta muy difícil identificar de forma objetiva en qué consistiría la creación artística original al objeto de reconocerle los derechos de exclusiva propios de una obra de propiedad intelectual.

CUARTO. Costas

Desestimados los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, procede imponer a la parte recurrente las costas generadas por ambos recursos (art. 398.1 LEC), con pérdida de los depósitos constituidos para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.^a, apartado 9.^a, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Miguel Ángel Perera Díaz contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2.ª) de 22 de enero de 2018 (rollo núm. 477/2017) que conoció de la apelación formulada frente a la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz de 10 de abril de 2017 (juicio ordinario 946/2015).

2.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por Miguel Ángel Perera Díaz contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2.ª) de 22 de enero de 2018 (rollo núm. 477/2017).

3.º Imponer a la parte recurrente las costas generadas con sus recursos y la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Lpderecho.pe