02 AUG 2024

Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte 2023, 1ª ed., julio 2024

Estudios

Tournez-moi le dos! La protección jurídica de las obras gastronómicas: De Rossini a la esferificación

I. Introducción

Estudios

Tournez-moi le dos! La protección jurídica de las obras gastronómicas: De Rossini a la esferificación (1)

Tournez-moi le dos! The legal protection of culinary creations: from Rossini to the spherification

Pablo Muruaga Herrero

Universitat de València

Resumen

Definir qué es la gastronomía es una tarea realmente complicada, puesto que bajo un concepto aparentemente homogéneo encontramos plúrimas realidades que abarcan desde la cocina hogareña hasta la más absoluta industrialización y mecanización de procesos, con la inclusión también de una serie de creaciones que, abstrayéndose de la función nutritiva, se aproximan al concepto de obra de arte –entendamos lo que entendamos por este–. Ahora bien, a diferencia de cualquiera de las artes tradicionales, como la pintura o la música, el creador gastronómico no encuentra una protección jurídica indubitada para sus obras, permitiendo que impere la inseguridad jurídica en el proceso creativo de los cocineros, quienes, precisamente, para un gran sector de la población han alcanzado

la consideración de artistas. El enunciado del problema se presenta de una manera sencilla: estamos ante un arte que carece de instituciones jurídicas que protejan sus resultados. La solución, en cambio, no lo es tanto. Así, ante esta situación se torna indispensable analizar cuál es el instrumento legal que dotaría de una adecuada protección jurídica a las obras gastronómicas en caso de que lo haya.

Palabras clave

Gastronomía, Propiedad intelectual, Propiedad industrial, Secretos empresariales, Originalidad, Creatividad.

Abstract

Defining what gastronomy is a titanic task, since under an apparently homogeneous concept we find many realities that range from home cooking to the most absolute industrialisation and mechanisation of processes, also including a series of creations that, abstracting from the nutritional function, come close to the concept of a work of art –whatever we understand by this–. However, unlike any of the traditional arts, such as painting or music, gastronomic creators do not find clear legal protection for their works, allowing legal insecurity to prevail in the creative process of chefs, who, precisely for a large sector of the population, have achieved the status of artists. The statement of the problem is presented in a simple way: we are dealing with an art that lacks legal institutions to protect its results. The solution, on the other hand, is not so simple. Thus, faced with this situation, it becomes essential to analyse what legal instrument would provide gastronomic works with adequate legal protection, if there is one.

Keywords

Gastronomy, Intellectual Property, Industrial Property, Trade Secrets, Originality, Creativity.

I. INTRODUCCIÓN

¿Qué tienen en común *La forza del destino* (2) de Verdi y *La Bohème* (3) de Puccini? ¿Qué tienen en común las *Latas de sopa Campbell* de Warhol, la *Vieja friendo huevos* de Velázquez (4) o *Manzanas y naranjas* de Cézanne? ¿Qué tienen en común la desternillante canción *Buen menú* o la emotiva *Cocidito madrileño*? ¿Qué tienen en común la película *El festín de Babette* de Axel, *Lo que el viento se llevó* de Fleming o *Indiana Jones y el Templo maldito* de Spielberg? ¿Qué tienen en común *Por el camino de Swann* (5) de Proust, *Ulises* (6) de Joyce y *Réquiem* (7) de Tabucchi?

Por lo menos, tres aspectos. En primer lugar, son obras de arte. En segundo lugar, son obras de arte en las que la gastronomía es un tema principal o, por lo menos, con gran importancia. Y, en tercer lugar, son obras de arte centradas en la gastronomía y protegidas por diversas instituciones o instrumentos, como son los derechos de autor. Pero ¿qué habría sucedido si en lugar de obras literarias, pictóricas o musicales fueran *simplemente* obras gastronómicas? A pesar de no dominar la quiromancia, ya se lo avanzo: diríamos que son simples platos de comida, simples recetas, incidiendo –lo más probable– en la idea de que

cualquier persona puede cocinar determinado plato. Es decir, nos costaría ver en la gastronomía algo más que la simple suma de una serie de ingredientes cocinados.

Resulta curioso ver cómo hemos desdeñado socialmente la gastronomía, a pesar de que –o precisamente por ello– «*la historia de la cocina se confunde con la de la humanidad, pues la utilización del fuego para cocinar y la memorización de las técnicas culinarias son el verdadero punto de partida de la cultura humana*» (8) . En efecto, la gastronomía forma parte de la esencia cultural del hombre desde que es hombre, mas socialmente no se ha visto con el prestigio o la estima de otras actividades artísticas o científicas, salvo excepciones como Brillat-Savarin, que con su estilo inimitable afirmó que «*más contribuye a la felicidad del género humano la invención de una vianda nueva, que el descubrimiento de un astro*» (9) . Pero como decíamos suele ser una excepción.

La situación actual de olvido de la gastronomía –intencionado o no– hunde sus raíces siglos atrás (10) , cuando los cocineros no eran considerados artistas –aunque actualmente tal consideración, como se verá, no es pacífica– y sus quehaceres consistían únicamente en la reiteración o repetición de unos pasos previamente establecidos (11) . Tradicionalmente, la gastronomía no ha sido considerada por la sociedad como un elemento de importancia cultural, sino únicamente de supervivencia o, en su caso, como algo limitado a la alta sociedad, que podía *comer* por placer y no por necesidad (12) . Pero esto ha comenzado a cambiar, realizándose esfuerzos encomiables por atribuir a la gastronomía el lugar que debiera meritar culturalmente (13) . A ello ha contribuido el enorme peso económico que representa la gastronomía en nuestro país. En el 2018, englobando desde la industria agroalimentaria hasta los servicios de restauración, suponía un 33,00 % del PIB español y el 18,00 % de los empleos españoles, a lo que podríamos añadir que actualmente el 15,00 % de los turistas declaran que acuden a España por motivos gastronómicos, pues ha conseguido situar ciertas localidades como mecas gastronómicas (14) .

En el año 2019, la gastronomía consiguió alzarse como el campo cultural mejor valorado por los españoles, con una nota media de 8,42 puntos (15) . A ello, claro está, ha contribuido, que se haya decidido en España que los cocineros son merecedores de la *Medalla al Mérito en las Bellas Artes,* un galardón que han recibido María José San Román Pérez, Quique Dacosta, Martín Berasategui, Ángel León, José Andrés, Pedro Subijana, Juan Mari Arzak, Carme Ruscalleda y Ferrán Adrià (16) –aunque falten otros tantos con méritos más que suficientes como para recibirlo (17) –. A ello se debe añadir que en el 2015 recibió esa medalla el restaurante El Celler de Can Roca, como institución y no a sus cocineros en particular (18) , aunque también la merecerían. No obstante, a la sociedad le sigue costando reconocer en un restaurante una institución cultural (19) o aceptar, reconocer y comprender el precio que pueden alcanzar ciertos restaurantes (20) .

Pero no solo es la sociedad o la cultura quienes tienen deudas pendientes con la gastronomía, pues el derecho ha seguido sus pasos y uno llega a plantearse ¿qué ha sucedido para que la ciencia jurídica *le dé la espalda* –en francés, *tourne le dos*– a la gastronomía y no le preste la atención que merita? Rectifico. El derecho no ha desatendido sus obligaciones para con la cocina, sino que se ha centrado en uno de los frentes que tiene abiertos, el derecho agroalimentario (21) . Empero, aunque podamos contar con algún conato, el derecho ha obviado el estudio y tratamiento del otro gran pilar jurídico de la gastronomía: la protección de sus obras o, dicho de otro modo, el reconocimiento del

cocinero como creador con los derechos que ello conlleva.

De un tiempo a esta parte, desde el ámbito jurídico se han alzado ciertas voces que reclaman una actitud activa y positiva del legislador en esta materia (22) . Se reclama que se establezca un sistema de protección suficiente y adecuado que permita la defensa y protección de las obras gastronómicas frente a posibles inmisiones de terceros que puedan terminar dañando los derechos que debieran derivarse de su naturaleza y que implican que las obras gastronómicas se desmeriten. Es decir, se pide que exista un sistema no privilegiado, sino justo y derechero, que dote a las creaciones gastronómicas de una cierta seguridad jurídica frente al plagio, al robo o a la imitación (23) . Tan simple y complejo al mismo tiempo: que la obra culinaria o gastronómica reciba el mismo trato que cualquier fruto de cualquiera de las artes o ciencias.

Con todo, antes de proceder a analizar sucintamente la problemática existente, es conveniente, aunque posteriormente se vuelva a esta idea, señalar que por obra gastronómica o culinaria nos estamos refiriendo al resultado tangible del proceso creativo de los cocineros, es decir, lo que de manera coloquial denominaríamos *plato*, aunque comprendiendo también las recetas y aquellas técnicas gastronómicas que por su significación pueden ser apreciadas de manera independiente como auténticas obras. Así, en las próximas páginas se tratará de dar una respuesta jurídica a la problemática que se plantea: ¿es necesaria, posible y deseable una protección de las obras gastronómicas en España? Y en caso afirmativo: ¿a través de qué instrumento? No obstante, antes de ello, resulta imperioso tratar otros temas que, aunque alejados de lo puramente jurídico, son imprescindibles para el devenir de este trabajo.

Para ese cometido, en primer lugar, debemos plantearnos si la gastronomía es un arte o no lo es. Y a tal fin intentaremos responder –sin éxito– esa cuestión esencial de *¿qué es el arte?*, pregunta con la que Tolstói tituló uno de sus grandes ensayos y en el que afirmó que el arte es «*un órgano vital de la humanidad que transporta al dominio del sentimiento las concepciones de la razón*» (24) . Y hemos de avanzar que, resultándonos imposible encontrar la definición acertada y completa –no la hay–, procuraremos desmentir una serie de aseveraciones que a lo largo de la historia se han vertido sobre la concepción del arte.

Taine indicó que para entender una obra de arte es necesario estudiar cuál es el entorno temporal y geográfico en el que se crea esta (25) , siendo forzoso extrapolarlo a la consideración misma de qué es el arte, pues es hija de su tiempo y por ello necesitamos comprender cuál es el estadio social y cultural actual para poder desarrollar la idea de si la gastronomía es un arte o no lo es. Y ya respondemos por adelantado todas estas cuestiones: la gastronomía debe ser considerada un arte único e independiente. Todo ello esconde, en realidad, una cuestión más simple en apariencia, pero más compleja: ¿por qué tratamos de modo diferente a la gastronomía en comparación, por ejemplo, con la literatura o la música?

En torno al concepto de arte se ha afirmado que el arte es belleza (26) y, sin entrar a analizar qué es la belleza o si se puede definir objetivamente, debemos cuestionarnos si en la gastronomía no hay belleza. Aumentemos la apuesta: «¿Se puede cocinar la belleza?» (27) . Eso, al menos, es lo que se pregunta el chef Quique Dacosta, quien en 2022 ha presentado un menú llamado *Cocinar Belleza.* ¿Su *Bosque animado,* sus *Flores raras,* su *Rodaja de tomate* o su *Flor de almendro* representan la belleza? ¿Alguien puede negar la belleza de los platos del chef Rasmus Kofoed? (28) O yendo al extremo opuesto, aceptamos que «La

Carroña» de Baudelaire es una obra de arte, donde la belleza reside en lo crudo, en la fealdad. ¿Y si afirmamos que eso es arte podríamos afirmar lo contrario de la cocina ideada por Andoni Luis Aduriz en su restaurante Mugaritz, a pesar de que lleve al comensal a lugares inimaginables a través de la provocación en platos como *Pan Azul* o *Utopía: ternera roquefort*? ¿Se negará que es arte lo que realiza Rasmus Munk en su restaurante The Alchemist en Copenhague, a pesar de que nos presente una serie de platos que pueden desagradar visualmente a la gran mayoría de comensales? **(29)** .

Se afirma también que el arte tiene como fundamentos la originalidad y la creatividad. Si observamos la línea temporal de cualquiera de las disciplinas artísticas veremos la importancia de estos dos elementos en la evolución del arte. No obstante, estos términos no deben implicar la ausencia total de influencias, pues tanto una como otra se pueden desarrollar partiendo de modelos o influencias anteriores que permiten la creación de una obra artística totalmente original y creativa **(30)** .

Ahora bien, ¿en la gastronomía no hay creatividad y originalidad? Los hermanos Adrià desarrollaron algunas de las técnicas culinarias más importantes de la historia, rompiendo con todos los movimientos anteriores para erigir la creatividad como el estandarte de *elBulli* **(31)** . ¿Su creatividad no es digna de encomio? A Arzak, padre de la *Nueva Cocina Vasca,* le debemos platos memorables de nuestra gastronomía –replicados en restaurantes de todo el globo– como es el *Pudin de Kabrarroka* de 1971 o la *Merluza en Salsa Verde* de 1985 **(32)** . ¿Es su creatividad inferior, por ejemplo, a la de Manuel de Falla? O ¿sus platos demuestran una menor personalidad o sensibilidad que las obras de otros artistas? ¿O todos los avances que ha realizado *El chef del mar*, Ángel León, son inferiores en términos de creatividad u originalidad que los de otro artista? **(33)** Y todo lo expresado es aplicable a los cocineros de otros países. ¿Alguien podría cuestionar la creatividad de José Avillez en su mítico Belcanto de Lisboa? ¿O la originalidad de Virgilio Martínez con su menú de altitudes en Central de Lima? ¿O la *revisitación* culinaria a Colombia a través de Leonor Espinosa en Leo de Bogotá?

La consideración de la gastronomía como arte conlleva necesariamente que entendamos que el cocinero es un autor **(34)** , pero también supondrá que surjan en torno a ella una serie de conceptos negativos que pueden dañarla: el plagio, la apropiación, infracciones varias… Y, ante esas posibles consecuencias, es necesario plantearse de qué modo podrá defenderse el creador de la obra gastronómica y, en definitiva, cómo podrá proteger su creación, porque podemos afirmar que actualmente la creación culinaria no encuentra en el ordenamiento jurídico una protección adecuada. Pero los conflictos culinarios no son algo nuevo, sino que se han dado a lo largo de toda la historia **(35)** .

En primer lugar, debemos plantearnos si las obras gastronómicas pueden ser protegidas por la propiedad intelectual, es decir, por los derechos de autor. Aunque en la práctica se hable de cocineros como autores o artistas, el lenguaje no va siempre acompasado con el derecho y, por tanto, se hace necesario analizar si las obras gastronómicas podrían ser objeto de los derechos de autor, debiendo partir del artículo 10 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia –en adelante, TRLPI– para discernir si fuera posible la inclusión de la obra gastronómica en su objeto y, en caso afirmativo, comprobar si la obra gastronómica cumpliría los requisitos que se establecen para ser merecedora de la protección que se

dispensa en la Ley.

El mayor reto que plantea su inclusión como objeto de los derechos de autor es el análisis de la originalidad. ¿Cuándo una obra culinaria es original? ¿Hasta qué punto influye la técnica a la hora de establecer la originalidad? ¿Se podría separar la técnica del resultado? **(36)** ¿Cómo se conjuga la originalidad con la tradición culinaria? ¿El hecho de añadir un ingrediente determina que sea original? Por ejemplo, ¿alguien puede considerar el tradicional gazpacho andaluz como original? Pero si al gazpacho le añadimos cerezas o remolacha, como hizo Dani García, ¿sería un plato original? ¿La mezcla de unos ingredientes nunca mezclados es suficiente para determinar la originalidad de una creación gastronómica?

No obstante, en la práctica, se plantean otros retos, no de menor importancia. ¿Cómo se determina quién es el autor de una obra gastronómica 'consagrada' cuando varios discuten sobre su autoría? ¿O debemos asumir que hay una serie de obras que forman parte del dominio público y, por lo tanto, nadie puede reclamar la autoría? **(37)** ¿Cualquier variación en la obra gastronómica determinaría que estamos ante una obra derivada que requerirá la autorización de su autor? ¿Es la celebérrima *aceituna verde esferificada* **(38)** de los hermanos Adrià una derivación de la patente de 1946 de William Peschardt **(39)** ? ¿Es el *signature dish* de Gaggan Anand, *yogurt explosion,* una derivación de la obra de los Adrià por utilizar la técnica de la esferificación aprendida durante su etapa en elBulli? ¿Para poder explotarlo se requeriría el consentimiento previo de los hermanos Adrià? ¿El cambio del ingrediente principal es suficiente para entender que estamos ante obras distintas, no derivadas?

¿Qué papel juega la influencia en la gastronomía? En pintura la influencia artística de un pintor en otro es muchas veces paladina **(40)** y se admite que no estamos ante obras derivadas. Por ejemplo, si observamos la producción artística de Pablo Picasso podremos apreciar las notables influencias –o robos como él afirmaba **(41)** – de otros artistas, como son su serie sobre las *Meninas* de Velázquez, la de las *Odaliscas* de Ingres o la de las *Mujeres de Argel* de Delacroix. Por tanto, ¿de qué modo se puede conjugar esa influencia, admitida y aceptada en la pintura –y en todas las artes–, con la originalidad y la creatividad en la gastronomía? Pero, más allá de eso, ¿sirve la propiedad intelectual para proteger toda obra gastronómica o solo alguna de ellas?

En segundo lugar, se analizará si es posible la utilización de los instrumentos de propiedad industrial, compuesta por las creaciones industriales técnicas, dentro de las que destacan, las patentes y los modelos de utilidad, las creaciones estéticas, personificadas en el diseño industrial, y los signos distintivos –en los que las marcas copan la atención principal–. Sabemos, no obstante, que hasta este momento nos hemos referido a la obra gastronómica en su relación con las diversas artes, sin relacionarla con la industria, pero, aunque tradicionalmente no se relacionen con la propiedad industrial, mantienen una estrecha relación y nada impide que una obra artística pueda ser protegida, cuando esto sea posible, por la propiedad industrial. De ahí que el artículo 3 TRLPI establezca que la propiedad intelectual e industrial son independientes, compatibles y acumulables o que la DA 10.ª de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial –en adelante, LPJDI– se pronuncie en un mismo sentido respecto de los diseños artísticos.

Pero en relación con la propiedad industrial y la gastronomía y lo que se acaba de

mencionar surge otra cuestión: la creación de determinadas técnicas o procedimientos culinarios podrían ser patentables. Así, España –mejor dicho, los cocineros españoles– durante los siglos XX y XXI ha sido uno de los países en que más técnicas e innovaciones culinarias se han desarrollado: esferificación, perfume-cocción, róner, rotaval, hojaldre sin harina, esferificación múltiple, burbujas sólidas o panchinos rellenos. Ahora bien, ¿a la hora de determinar la patentabilidad de tales invenciones se han de tener en cuenta los ingredientes utilizados o ellos no influirán de ningún modo en su protección? **(42)** En resumen, se trata de analizar si las obras gastronómicas pueden ser protegidas por alguna de esas instituciones. Pero, más allá de eso, se trata de estudiar si la propiedad industrial sirve para proteger las obras gastronómicas en general o solo algunas en particular.

En tercer lugar, debemos plantearnos qué lugar juegan los secretos empresariales en el arte gastronómico, puesto que los cocineros no solo son artistas, sino también empresarios, y todo restaurante es una empresa **(43)** . Los secretos empresariales se regulan en la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales –en adelante, LSE–, pero más allá de analizar el concepto de estos, se tratará de comprobar si en su definición tienen cabida las obras gastronómicas, pues la utilización de los secretos en la gastronomía no es algo nuevo en realidad. Más allá de la famosa receta de la Coca-Cola o del pollo frito de KFC, todavía hoy es secreta la famosa salsa *Café de París*, la receta de los *Pastéis de Belém* –guardada en una caja fuerte– o la tarta de chocolate de L'Ambroisie. Ahora bien, ¿de qué modo pueden encajar en un arte o industria tan particular como es la gastronomía? ¿Cómo se pueden conjugar los secretos empresariales con, por ejemplo, los congresos gastronómicos? **(44)** . En un sector en el que compartir conocimientos forma parte de su esencia, ¿es conveniente la utilización de los secretos empresariales como instrumento para la protección de sus creaciones?

Además, se ha de tener en cuenta otro aspecto: la formación de los futuros cocineros. A pesar de que cada vez encontremos más escuelas –universitarias, también– dedicadas a la gastronomía, uno de los pilares fundamentales de la formación gastronómica son los polémicos *stagiers*, pues «*casi todos los que ahora son 'grandes' comenzaron como 'stagiers'. Buscaban aprender de los que entonces eran 'grandes': técnicas, recetas, sistemas de trabajo, organización y cultura corporativa*» **(45)** . ¿Qué sucedería si todo el material intangible de los restaurantes se protegiera como secretos empresariales? ¿Se impediría que tras las prácticas pudieran utilizar dichos conocimientos secretos en sus nuevos destinos gastronómicos? O si se establecieran cláusulas de confidencialidad sobre el trabajo realizado, ¿podrían aprovechar los conocimientos adquiridos?

Cuentan que el origen del nombre del conocido plato *Tournedos Rossini* se encuentra en el hecho de que Gioachino Rossini reclamó que se cocinara la receta en el comedor del restaurante y, ante la negativa de los cocineros, el compositor italiano les exclamó «*Eh bien, faites-le tourner de l'autre côté, tournez-moi le dos!*» **(46)** De este modo, *dando la espalda* al comensal –una forma de expresar literariamente los secretos empresariales– se guardó –no por mucho tiempo, la verdad sea dicha– la receta de este mítico plato de la gastronomía francesa. ¿Pero pueden servir los secretos empresariales para proteger toda posible receta? ¿Son más ventajosos para la protección de la gastronomía que la propiedad industrial o los derechos de autor? ¿Son insuficientes estas tres instituciones? ¿Deben servir todas ellas para todo tipo de creaciones? ¿Se requiere la creación de una nueva figura? ¿O ante la heterogeneidad de las diversas situaciones habrá que buscar no la mejor protección, sino la

que pueda servir de aplicación al mayor número posible de obras gastronómicas?

En definitiva, se trata de observar si alguna de estas instituciones sirve para proteger la obra de arte total o solo resultarán útiles para proteger alguno de sus vértices; si sus regímenes son compatibles con las ideas reinantes en la gastronomía; si, ponderadas las ventajas e inconvenientes de cada régimen, hay alguno que pueda dar una solución satisfactoria a la gastronomía. Y lo que deseamos es que se adopte una solución adecuada y conveniente para una industria cultural y de tal importancia como es la gastronomía y que, en definitiva, no se opte por *tourner le dos* al sector gastronómico.

II. REFLEXIÓN SOBRE LOS TÉRMINOS EMPLEADOS

Gastronomía proviene del griego, de la unión de *gastros* 'estómago', y *gnomos* 'conocimiento o gobierno', si bien nunca tuvo un uso extendido **(47)** , hasta 1801, año en el que se publicó el poema *La Gastronomie, ou l'homme des champs à table* de Berchoux, momento a partir del cual comenzó a utilizarse en Francia hasta desbancar al término *cocina* y se extendió por todo el mundo, a pesar de tener una definición poco clara **(48)** . Así, a lo largo de las páginas anteriores se habrá observado que se han utilizado de manera indistinta los términos *arte*, *obra* y *creación gastronómica y culinaria*. Define el *Diccionario de la lengua española* de la RAE el término *gastronomía* en su acepción primera como el 'arte de preparar una buena comida', mientras que en la acepción tercera del vocablo *cocina* se define como el 'arte o manera especial de guisar de cada país y de cada cocinero'. A pesar de que algunos autores, como Robert Guillén, hayan optado por diferenciar las obras gastronómicas de las culinarias, considerando que las primeras serían el género y las segundas, una de sus especies, considero que, a los efectos de este trabajo, ambas terminologías representan a la perfección cuál es el objeto de nuestra preocupación: el resultado de la «*selección, preparación y presentación de los alimentos, fijada en cualquier medio de expresión tangible, ya sea en la forma sensible característica perceptible por todos los sentidos, comestible, o cuando es presentada bajo una forma representativa, como lo es su transcripción en una receta*» **(49)** . Así, utilizaremos ambos términos como sinónimos **(50)** .

No obstante, la definición realizada por el autor mencionado es encomiable por resumir de manera tan breve un concepto tan etéreo como es la obra gastronómica –según él, culinaria–. Además, en la definición planteada se incluyen dos formas distintas de representar una misma obra. Por un lado, la denominada *forma representativa* que sería aquella construcción *cuasiliteraria* que permitiría plasmar mediante el lenguaje escrito o verbal los ingredientes y pasos necesarios para desarrollar la creación gastronómica, es decir, la receta de lo que se ha cocinado **(51)** . Y, por otro lado, la *forma sensible característica*, que sería «*la expresión definitiva de la obra, efímera y destinada a su degustación*» **(52)** , es decir, en un lenguaje coloquial, el *plato* que el cocinero presenta al comensal y que este podrá apreciar por todos los sentidos.

Esa doble representación aporta una gran practicidad, aunque no simplifica la problemática existente. Empero sí que facilita ver la interrelación existente entre la gastronomía y las representaciones de las demás obras artísticas o inventivas **(53)** . Así, es importante tener presente que trataremos de una manera conjunta –aunque con matizaciones– las dos representaciones principales de las obras gastronómicas: el *plato* y la *receta*. Por *plato* entenderemos «*el producto de la aplicación de operaciones y*

procedimientos a diversos alimentos llamados ingredientes de la receta» (54) , es decir, el resultado de aplicar a una serie de ingredientes una serie de técnicas y un determinado emplatado; mientras que por *receta* entenderemos la descripción detallada de todos y cada uno de los elementos que intervengan en ella y que permitan su apreciación como obra de arte total, es decir, tanto gustativa, olfativa, visual, táctil y auditivamente (55) .

No se debe olvidar tampoco la importancia de las técnicas en la gastronomía. De este modo, se podría cuestionar si una técnica es una obra gastronómica, es decir, si, por ejemplo, el cocinado con 'sal viva' de Ángel León puede encontrarse comprendido dentro de la denominación obra gastronómica. En suma: ¿puede considerarse la técnica como lo principal y la suma de ingredientes como lo secundario? (56) . Aunque ello pueda ser controvertido, considero que en la gastronomía la técnica juega un papel de tal importancia que puede tener entidad propia como obra. Y sé que será rebatible, pero entiendo que la significación de ciertas técnicas –no todas– puede implicar que los ingredientes empleados pasen a un segundo o tercer plano y que lo que realmente tenga valor no sea el *plato,* sino la técnica investigada, descubierta o empleada para conseguir el mencionado *plato.*

Por ello, entiendo que dentro de la consideración de obra o creación gastronómica se deberían incluir ciertas técnicas en sí mismo consideradas. No obstante, por una cuestión de practicidad semántica y léxica y para evitar la posible confusión del lector, cuando tratemos las técnicas como obras gastronómicas se hará mención especial de ello. Porque, en definitiva, de lo que se trata aquí no es de entablar disquisiciones sobre lo que debe englobar o no una creación u obra gastronómica, sino de ponerlas en valor y procurarles una seguridad jurídica de la que hoy, por desgracia, carecen.

III. LA OBRA GASTRONÓMICA COMO OBRA DE ARTE

1. De las musas de la gastronomía y su discriminación

Desde la antigua Grecia las musas han sido las divinidades que han otorgado la inspiración a los artistas y, a través de ellas, hemos podido disfrutar de las grandes obras de arte. A Euterpe le debemos el piano de Keith Jarrett; a Melpómene, *Francisca* de Manoel de Oliveira, y así podríamos continuar revisitando todas y cada una de las diferentes artes. No obstante, entre las musas clásicas no había ninguna para la gastronomía, por lo que Brillat-Savarin la creó y escribió: «*Gasterea es la décima musa y preside los deleites del gusto. Podía tener aspiraciones a abarcar con su dominio hasta el imperio entero del Universo; porque sin vida el Universo es nada y cuanto tiene vida se alimenta*» (57) . Mas que su ingenio decidiera crear una musa no erige a la gastronomía en arte, por lo que se trata de intentar descifrar qué es el arte y si la gastronomía lo es.

Gombrich afirmó que «*no existe, realmente, el Arte. Tan solo hay artistas*» (58) y quizá sea una apreciación acertada porque a lo largo de la historia se le ha intentado poner límites sin haber llegado a una conclusión, sin haberse acercado tan siquiera a un concepto que sea compartido por la gran mayoría (59) . Al final, se trata de un término indefinido y, sobre todo, *vivo*, influenciado por el contexto histórico, social o cultural en el que se intenta definir. Por tanto, la cuestión no es definir el arte, sino plantearse por qué razón nadie duda en incluir la poesía o la arquitectura como arte y sí que se duda respecto de que la gastronomía sea incluida. Con todo, durante las próximas páginas se tratará, por tanto, de realizar una aproximación no exhaustiva –pues no es la materia que nos concierne, ni de la que somos

expertos– a la concepción del arte a lo largo de la historia, para posteriormente concretar dichas concepciones en la gastronomía.

2. Aproximación histórica

Se afirma que la primera teoría relacionada con el arte fue desarrollada por Platón al tratar de responder «¿qué es la belleza?», quien nos mostró en sus diálogos una de las primeras reflexiones sobre esta y el arte. En *Hipias Mayor*, Platón presenta tres posibles definiciones de lo bello, exponiéndolas, refutándolas y llegando a la conclusión de que «*las cosas bellas son difíciles*». De sus tres definiciones, una ha tenido una notable influencia a lo largo de la historia: lo bello es lo que produce satisfacción a través de la apreciación por el oído y la vista **(60)** ; definición que fue asumida por Aristóteles, quien, a su vez, defendió una jerarquización de los sentidos que ha trascendido a lo largo de la historia: la vista y el oído frente al tacto, olfato y gusto **(61)** .

Ello ha llegado de un modo u otro hasta nuestros días. Se ha afirmado que el tacto, el olfato y el gusto son sentidos que no son capaces de apreciar el arte, entre otras razones porque se considera que el gusto no es útil, pues únicamente tiene como objetivo la búsqueda de placer **(62)** . También se ha apuntado que epistemológicamente la vista y el oído son sentidos superiores al ser capaces de representar el mundo de manera objetiva y desde la distancia, mientras que los otros tres sentidos son incapaces de objetivar lo que captan, al necesitar en todo caso una proximidad al objeto para poder apreciarlo **(63)** .

No obstante, el concepto de 'arte' tal y como lo conocemos es posterior. Cuando se hablaba de arte se referían a una «*destreza* [… que] *se basa en el conocimiento de unas reglas, y por tanto no existía ningún tipo de arte sin reglas, sin preceptos*» **(64)** , concepción que continuó usándose durante la Edad Media, de ahí que la gran mayoría de los gremios fueran considerados artistas al ser poseedores de un saber hacer. La concepción actual del arte nació posteriormente entre los siglos XVII y XVIII, en lo que Shiner ha denominado «*la invención del arte*» **(65)** , cuando dejó de significar destreza y se empezó a distinguir entre las bellas artes y las artes menores, mecánicas o aplicadas, pues en estas no importaba la originalidad, sino que seguía siendo expresión de una destreza técnica, de un trabajo manual, no intelectual. Poco a poco el término arte fue siendo utilizado exclusivamente para las denominadas bellas artes **(66)** , mientras que las artes menores pasaron a ser denominadas artesanía, con un menor prestigio –aunque, todo sea dicho, de un modo injusto–.

Uno de los hechos más importantes en la concepción moderna del arte, fue la publicación en 1746 de la obra *Las bellas artes reducidas a un principio único* de Batteux, en la que el autor establecía que las bellas artes tenían por objetivo agradar, debían hacer gala de las virtudes humanas y su principio común era la imitación de la naturaleza, pero entendiendo esa imitación como un rastreo de «*modelos en una naturaleza ideal e idealizada por el sujeto humano, en su capacidad transformadora, en cuanto artista singularizado*» **(67)** . Así, cinco eran las bellas artes: música, danza, literatura (poesía), pintura y escultura; a las que tradicionalmente se añade la arquitectura, aunque Batteux consideró que formaba junto con la elocuencia un estadio intermedio entre las bellas artes y las artes menores **(68)** .

La concepción de las bellas artes se vio influenciada por la estética, hecho diferenciador del hombre respecto de los demás animales, examinando los principios que proporcionan las

percepciones sensibles, cuyas teorías marcaron el devenir del arte. En primer lugar, Kant en *La crítica del juicio* (69) consideró que el placer estético hacia un objeto no debía basarse en nuestro deseo por dicho objeto, sino que debía ser un placer desinteresado, pues si había interés en el propio objeto ya no podría ser considerado como bello. En segundo lugar, Hegel en *Lecciones de Estética* (70) defendió que el arte debe ser inmarcesible en el sentido literal de la palabra y que con su uso o consumo no pueda desaparecer, porque las obras de arte deben ser intemporales.

Pero en el siglo XIX la concepción teórica del arte vivió un cambio que produjo la independencia de la belleza, por lo que las bellas artes ya no podían ser descritas o apreciadas únicamente por su componente estético o bello, sino que para determinar si se estaba ante arte se debía ponderar, también, la originalidad, la creatividad expresada para representar el objeto o la experiencia y soltura que el artista tuviera a la hora de ejecutar la obra (71) . Posteriormente, a través de la obra de James, Dewey y Pierce se produjo otro gran avance en la concepción estética del arte, al sustituir el concepto de obra de arte por el de 'experiencia estética' (72) , a la postre 'experiencia artística', en la que el receptor de la obra artística debe sumergirse en ella, aislándose de la realidad en la que vive y valorando únicamente las reacciones somáticas que le produzca la obra en cuestión.

La evolución del arte o de su concepción teórica no se detuvo, sino que durante el siglo XX y el actual se ha continuado trabajando en esa complicada tarea de conceptualizar lo que es el arte. Precisamente, en el siglo XX, la filosofía trató de manera incisiva la definición de arte, pudiendo destacar, no con ánimo exhaustivo, entre otras, la teoría histórica de Levinson, las aportaciones doctrinales de Danto, la teoría institucionalista de Dickie o la teoría antropológica de Lévi-Strauss. Fruto de estas teorías se fue ampliando el concepto de arte hasta llegar a nuestra situación actual, en el que aceptamos como arte, por ejemplo, el cine (73) o los diseños de moda y, por qué no, la gastronomía.

3. La gastronomía como arte

Encontrar una definición correcta y que englobe todas las posibles artes es altamente complicado y excede de nuestras capacidades. Pero ello no debe ser óbice para intentar descifrar si podemos incluir a la gastronomía entre ellas. En este epígrafe se ha comenzado recordando la jerarquización de los sentidos desarrollada en la antigüedad, cuyas razones son morales o religiosas, pero no objetivas, ni tan siquiera epistemológicas (74) . Pero, más allá de ello, el gusto no debe ser excluido del mundo del arte, pues «*los sabores pueden armonizarse para crear una experiencia que pueda calificarse de deliciosa, además de lúdica, novedosa y significativa*» (75) . En definitiva, como expresó Tolstói: «*No se negará, sin embargo, que sea una producción estética la que el cocinero consigue hacer, cuando convierte el cuerpo de un animal muerto en objeto de placer para el hombre*» (76) .

En segundo lugar, se ha mencionado que el término que se empleaba en la antigüedad grecorromana dista bastante del actual que es obra de las teorías posteriores al siglo XVII. Así, cuando se argumenta que en la antigüedad la cocina no tenía consideración de arte, debe ser puesta dicha afirmación en *cuarentena*, pues se estaban refiriendo a otra concepción del arte, basada en unas reglas que no se contemplaban en la gastronomía, siendo la gastronomía «*un hábito, una rutina, un simple recuerdo, que se conserva, de lo que se acostumbra a practicar, y mediante el cual se procura el placer*» (77) .

Así, no se pretendía desmeritar la gastronomía como arte, sino que está utilizando una terminología totalmente diferente a la actual. A pesar de ello, la cocina no estuvo bien vista durante gran parte de la antigüedad occidental **(78)** , hasta que con la expansión del Imperio Romano las influencias orientales permitieron que la cocina fuese apreciada y se comenzase a hablar de arte culinario **(79)** , terminología que se extendió durante la Edad Media, a través de libros como el *Liber de arte coquinaria* del siglo XV. Y, aunque la concepción del arte seguía siendo la de entenderlo como destreza, la sociedad comenzó a ver en la cocina una destreza y no una simple actividad de supervivencia.

Ya en la Edad Moderna, la gastronomía fue elevando su estatus, gracias, sobre todo, a las casas nobiliarias centroeuropeas que contaban con cocineros que buscaban ciertas innovaciones en sus creaciones para agradar y sorprender **(80)** . Ahora bien, con la imposición cultural de las bellas artes, la gastronomía se vio relegada a la categoría de arte menor, a pesar del renombre de ciertos cocineros. No obstante, se ha de destacar que hubo voces que consideraron que la gastronomía era una de las bellas artes, como es la obra *Les dons de Comus, ou les délices de la table* donde en el prefacio se considera la cocina como una de las bellas artes **(81)** ; o la más famosa afirmación al respecto es la que se atribuye al célebre cocinero Marie Antoine Carême, quien supuestamente afirmó «*las bellas artes son cinco. A saber: la pintura, la escultura, la poesía, la música y la arquitectura, la cual tiene como rama principalísima la repostería*». A pesar de ello, la cocina seguía siendo una cuestión o de supervivencia o de la alta sociedad europea.

El verdadero cambio social vino a raíz de la publicación del poema *La Gastronomie, ou l'homme des champs à table* de Berchoux y del *Almanach des Gourmands* de Grimod de la Reynière **(82)** , pues a través del primero se popularizó el uso del término *gastronomía* y mediante las obras del segundo se popularizó entre la población, sin distinción de la clase, cuáles eran los lugares o las regiones en los que se podía disfrutar de la comida, destacando que algunos de los cocineros no eran simples artesanos, sino que trabajaban lo estético y demostraban un proceso intelectual en sus creaciones. A ello contribuyó también la creación de los restaurantes tal y como los conocemos hoy en día, donde se podían degustar las obras de los cocineros, comenzando a cuestionarse si los creadores de esos platos eran realmente artistas o debían seguir siendo considerados como artesanos **(83)** . Todo ello tuvo finalmente su reflejo en el Salón de Otoño de París, lugar consagrado a las bellas artes, pero en el que en su edición de 1923 el arte gastronómico tuvo su propio espacio, provocando que Croze afirmase que la gastronomía debía ser el noveno arte **(84)** .

A pesar de estos avances, la posición kantiana ha continuado teniendo un gran peso en la concepción estético-artística, pero no debe seguir siendo válida. Está claro que la comida, cualquiera que sea, tendrá un valor instrumental –el ser humano necesita la nutrición para vivir–, pero que una obra de arte lo tenga, no significa que carezca de un valor estético intrínseco. Por ejemplo, una novela puede ser una obra de arte y, llegado el caso –aunque no sea deseable–, puede ser utilizada como una calza para una mesa que cojea. A la gastronomía podemos acercarnos desde un punto de vista estético –la expresión «¡Qué buena pinta tiene!»–, pero también cultural, social o sentimental –recordemos la magdalena de Proust–. Por lo tanto, no considero que la gastronomía pueda ser excluida de las artes por el hecho de que cumpla una función esencial para el ser humano, sino que es posible adentrarse en ella y apreciarla de manera independiente **(85)** .

La posición hegeliana tampoco puede ser mantenida en la actualidad. Según ella, la gastronomía no sería un arte porque para disfrutarla se consume. La tesis presenta un error: confunde el consumo con la perdurabilidad. Y si la gastronomía no es un arte por ese consumo, tampoco lo serían la improvisación jazzística, la danza o la performance por ser acciones efímeras, mas todas ellas tienen un soporte material no consumible, como es el músico o bailarín. En la gastronomía, su objeto al disfrutarlo se consume, pero su representación se erige en eterna, pues la receta hace que el plato sea lo que es, y una vez consumido el plato, su receta perdurará. Pero más allá de esta discusión, se debe tener en cuenta que lo efímero de la representación, no implica la efimeridad de la obra **(86)** , pues esta podrá ser ejecutada, repetida y replicada, permitiendo que siga siendo descubierta y apreciada.

Como veíamos en la introducción, también se ha dicho que la gastronomía no podía ser arte por la falta de originalidad o de belleza, mas considero que son cuestiones que han quedado desmentidas con la multitud de ejemplos que se mencionaron. Además, se ha afirmado que «*todo el mundo puede cocinar*». Es cierto, pero también todo el mundo puede escribir y puede pintar. Pero del mismo modo que nadie denomina arte al dibujo realizado por una persona un domingo por la tarde y lo equipara a un Monet o a un Miguel Ángel, tampoco se debe confundir el plato cocinado en su casa por alguien para comer, con las creaciones que realizan ciertos cocineros que son reflejo de su creatividad y de su espíritu **(87)** .

Respecto del pragmatismo norteamericano que apuntaló la utilización del término experiencia estética, parece que la gastronomía podría encajar perfectamente en él, pues «*permite una experiencia completa de los sentidos, expresa la visión del artista y permite al espectador hacer una apreciación e interpretación de la obra*» **(88)** . Es más, el propio Dewey afirmó que la experiencia en un restaurante de París podía ser perfectamente una experiencia artística **(89)** . No faltan voces que han considerado que el arte se compone de tres elementos: forma, contenido y contexto **(90)** , por lo que se podría afirmar que las obras gastronómicas tienen forma, al tener textura, aroma y sabor; tienen contenido, al ser apreciadas visual, estética y gustativamente; y son creadas en un contexto que es el conjunto de circunstancias personales y sociales que llevan al cocinero a crear una determinada obra gastronómica **(91)** .

Poco a poco la gastronomía como arte está cada vez más presente entre nosotros. Durante el siglo XX, Francia se erigió en la gran potencia artístico-gastronómica, con la *Nouvelle Cuisine* y los cocineros *post-Nouvelle Cuisine*, con los que surgió la *cocina de autor* **(92)** . Pero, sin duda, la consagración definitiva como arte tuvo lugar en el año 2007 cuando Ferrán Adrià **(93)** fue invitado a la *Documenta XII* de Kassel, la exposición de arte contemporáneo de mayor importancia, en la que, a pesar de las reticencias mostradas por el mundo artístico, supuso la consagración de la gastronomía como arte. Precisamente el primero de los veintitrés puntos que marcaron la cocina de elBulli fue: «*La cocina es un lenguaje mediante el cual se puede expresar armonía, creatividad, felicidad, belleza, poesía, complejidad, magia, humor, provocación, cultura*» **(94)** ; una de las mejores definiciones posibles del término arte.

No obstante, en esta evolución que ya es presente falta un elemento de importancia: el reconocimiento de la gastronomía como arte y de los cocineros como artistas por parte de la

sociedad (95) . El peso de la historia ha influido en la concepción de la gastronomía, pero es necesario que se empiece a ver de un modo distinto, que, igual que un día todos aceptamos que la *Sopa Campbell* de Andy Warhol era una obra de arte, creamos que, efectivamente, la *Sopa de alcachofa, trufa y parmesano* de Guy Savoy es otra obra de arte. Mas esto es una cuestión contingente, que no debiera influir en la auténtica consideración de la gastronomía (96) . Con todo, el cocinero crea arte al combinar ingredientes, texturas, colores y matices y el comensal se erige en un auténtico crítico de arte (97) .

En definitiva, como se decía, no se trata de considerar como arte todos los platos, sino de darse cuenta de que ciertas obras gastronómicas van más allá de la función nutricional e invitan a detenerse ante ellas y contemplarlas a través de todos los sentidos: la presentación, forma y colores son descubiertos por la vista; los aromas por el olfato; las texturas por el tacto –aunque, también, por el gusto–; el sonido de cada ingrediente por el oído; y, finalmente, el sabor por el gusto. Si el cine era la obra de arte total por ser una unión de todas las artes, la gastronomía es la obra de arte total porque se aprecia mediante todos los sentidos.

IV. PROPIEDAD INTELECTUAL

1. Notas introductorias

El artículo 1 TRLPI establece que «*la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación*», por lo que con el término *derechos de autor* nos referimos al conjunto de derechos exclusivos que nacen a favor del autor por la creación de la obra. Por su parte, el artículo 10 TRLPI dispone que «*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*» (98) , de modo que la obra debe ser original y expresarse en algún soporte –tangible o intangible–, siendo una muestra del hecho de que los derechos de autor no protegen ideas (99) .

En primer lugar, debe destacarse que, aunque no se incluya la obra gastronómica en el artículo 10 TRLPI, ello no es óbice para que sí pueda considerarse como obra artística. La enumeración establece un *numerus apertus* (100) , que debe ser completada conforme a la evolución de la sociedad, de la cultura y de la tecnología, por lo que no habría obstáculo para considerar la creación gastronómica como creación artística (101) . Además, la cláusula de cierre que se establece en el artículo 13 TRLPI no contiene entre sus exclusiones a la obra gastronómica. Por lo que basándose estrictamente en el contenido del articulado no habría ningún motivo para negar la protección de la gastronomía mediante los derechos de autor.

De lo establecido en el Convenio de Berna y en el TRLPI se desprenden dos principios (102) que deben ser tenidos en cuenta en la protección de los derechos de autor: i. se requiere que la obra presente un cierto grado de creatividad u originalidad (103) ; y ii. la protección que otorgan los textos legales no es a la idea, sino a la representación o expresión de la idea. De este modo, no se establece una distinción según la forma de expresión; no diferencia entre, por ejemplo, una obra pictórica y otra gastronómica. Es decir, dichos artículos únicamente contienen una lista no exhaustiva a la que pueden añadirse cualquier obra que presente los requisitos exigibles y que haya sido objeto de un proceso mental de concreción creativa y posterior exteriorización.

Estos requisitos han sido desarrollados por la jurisprudencia europea, como en el caso *Levola* resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –en adelante, TJUE– **(104)** . En dicha sentencia, se recordó que «*para que un objeto pueda ser calificado de obra* […] *es preciso que concurran simultáneamente dos requisitos*». En primer lugar, establece que «*es necesario que el objeto en cuestión sea original, en el sentido de constituir una creación intelectual propia de su autor*» –primer requisito de los mencionados *ut supra*–. En segundo lugar, el término *obra* «*se reserva a los elementos que expresan dicha creación intelectual*» –segundo requisito–; pues, como ha sostenido de manera reiterada el TJUE, el concepto de *obra* debe interpretarse de manera autónoma, con un sentido y alcance idéntico en todos los Estados.

Respecto de la originalidad, el TJUE ya tuvo oportunidad de pronunciarse con anterioridad en la sentencia *Infopaq* en la que vino a decir, respecto de un artículo periodístico, que la originalidad no se encontraba en cada palabra aisladamente considerada, sino que solo a través de la elección de ellas y de su secuencia y combinación, el autor podía «*expresar su creatividad de manera original y lograr un resultado que es una creación intelectual*» **(105)** . Además, en la sentencia *Painer*, el TJUE recordó que para que una creación intelectual pudiera ser protegida debía ser un reflejo de la personalidad de su autor que ha actuado *tomando decisiones libres y creativas* **(106)** .

No obstante, en el caso *Levola,* el tribunal añadió un tercer requisito a los dos antedichos al establecer que «*el concepto de 'obra'* […] *implica necesariamente una expresión del objeto de la protección del derecho de autor que la identifique con suficiente precisión y objetividad, aun cuando esta expresión no sea necesariamente permanente*» **(107)** . Es decir, se necesita que el objeto de los derechos de autor sea perfectamente identificable.

De esta suerte, se trata de discernir si la obra gastronómica puede ser una obra intelectual, y, en caso afirmativo, si presenta la creatividad y originalidad requerida y si su objeto puede ser identificable con «*suficiente precisión y objetividad*». Pero, más allá de eso, se trata, en definitiva, de observar si el contenido de tales derechos puede cohesionarse con la realidad y exigencias del sector gastronómico, planteándonos qué sucedería con su progreso si concediéramos derechos de autor –obras derivadas, compuestas, influencia, plagio…–.

2. Objeto de la protección

¿Qué se protege mediante los derechos de autor? Hemos sostenido que la receta y el plato forman un todo inescindible, pues son las dos formas de representar la creación gastronómica, sin que se pueda entender el uno sin el otro. Por tanto, el objeto de la protección de los derechos de autor es el conjunto de ambos conceptos, la dupla formada por receta y plato, buscando la protección no solo de la receta en su forma escrita, sino también de la protección del resultado de la receta. Se trata de proteger una obra de arte que podríamos denominar, como ya lo hemos hecho, total al incluir aspectos gustativos, olfativos, visuales e incluso auditivos y táctiles, lo que añade un plus de dificultad a la cuestión que se estudia **(108)** .

2.1. La dicotomía idea-expresión en la receta

En la jurisprudencia estadounidense se ha sostenido que la receta, sin referencia al plato

en sí, no podía ser protegida por los derechos de autor, por contener un conjunto de instrucciones sin presentar rasgos de originalidad o creatividad, es decir, la receta era una «*mera exposición de hechos*» **(109)** . No obstante, se parte de un error fundamental al entender que la receta no es la expresión o representación de una idea, sino que es la idea en sí **(110)** . Ya he señalado que es más adecuado entender que la receta es la forma representativa de la creación gastronómica, y junto con la forma sensible característica conforman las dos maneras posibles de representarla **(111)** . La receta recoge la plasmación en lenguaje escrito de la obra gastronómica, lo cual permite, a su vez, dar respuesta a la clásica exigencia de que el arte no puede ser efímero –aunque ello ya haya sido superado– **(112)** .

Además, se debe tener en cuenta que la receta como forma representativa de la creación debe contener todos los elementos necesarios para poder realizar su forma sensible característica –el plato–, es decir, no solo debe incluir los ingredientes o los pasos necesarios para llegar al resultado, sino que debe aportar las claves necesarias para poder apreciar la obra gastronómica en todos sus aspectos, gustativos, visuales, olfativos, táctiles y auditivos, como la obra total que es **(113)** . Ahora bien, no se puede considerar que la problemática o el error que se aprecia sea responsabilidad exclusiva de los tribunales, sino que procede de un planteamiento incorrecto al centrar las reclamaciones en las recetas exclusivamente y no en el resultado creativo final **(114)** .

Pero, más allá de lo expresado, la postura mantenida por los tribunales estadounidenses es incoherente, ya que admiten la protección de libros de recetas **(115)** , pero no la de las recetas en sí mismo consideradas, ni como obra literaria **(116)** –lo cual sería insuficiente– a diferencia de los tribunales italianos o belgas que sí que han admitido tal protección **(117)** . De ellas, hemos de destacar necesariamente la sentencia de la Corte de Apelaciones de Lieja, en la que parece que se da un paso más en la protección de las obras gastronómicas, pues señaló que se había cometido un error en la concreción del objeto al haber solicitado la protección de la receta y no del plato culinario, ya que es este, según el tribunal, el que representa la forma tangible de la creación artística, comparándolo con un proyecto de arquitectura **(118)** .

En definitiva, no se trata de poder proteger solo la receta, sino el conjunto formado por receta y plato como dos formas representativas de una misma obra. En este sentido, Sánchez Aristi en su argumentación acerca de que las ideas deberían ser protegidas por los derechos de autor consideró que, si se creara una receta novedosa, «*no parece de recibo descartar la posibilidad de que el derecho de autor le proteja también en relación con esos aspectos de fondo, y no sólo en relación con la forma –previsiblemente original– en la que logre concretar expresivamente su receta*» **(119)** . Y, aunque el autor se encuentre un plano argumentativo distinto, resulta interesante observar cómo plantea, respecto de las recetas, que el contenido –ingredientes y técnicas– y la forma no pueden ser tratadas como partes independientes, sin relación entre ellas.

Si en nuestro ordenamiento jurídico se pretendiera proteger únicamente la receta como obra literaria –lo cual es posible–, esta protección no impediría que cualquier otra persona realizase la receta porque «*el derecho de autor no se extiende directamente hasta ese nivel*» porque los derechos que tiene «*no se extiende*[n] *más allá de la expresión literaria*» **(120)** . No obstante, si se optase por esta protección –aunque ello no sea deseable– en caso de que

la receta presentase una precisión técnica destacable se podría intentar considerar que «*la realización por un tercero puede ser una reproducción tridimensional para la cual necesita autorización del autor de la receta*» (121) ; solución con poco recorrido, pues todo intérprete podría realizar cambios notables para evitar que se considerase una reproducción.

2.2. La apariencia como objeto de protección

Se ha planteado también la posibilidad de proteger únicamente el aspecto visual de la obra gastronómica. Entre los numerosos casos existentes, por su carácter ejemplificativo, destaca el caso resuelto por el Tribunal de Grande Instance de Laval en el año 2009, en el que se consideró que la creación de un chocolatero francés era protegible por los derechos de autor, al no presentar su obra ninguna diferencia con la de un escultor, salvo el material elegido –chocolate en lugar de mármol– (122) . Es loable que se consiga esta protección, pero no se puede celebrar con el mismo entusiasmo el medio por el que se ha obtenido, ya que cercena la posibilidad de obtener la protección jurídica de otras obras gastronómicas que no presenten tales características escultóricas, pues el tribunal excluyó de la actividad creativa el propio sustrato gastronómico (123) , protegiendo la obra solo por ser comparable a una escultura.

Encontramos otros ejemplos en los que indirectamente se ha reconocido la posible protección del emplatado –no el plato en sí–: los tribunales alemanes han sostenido que la reproducción no autorizada de una fotografía que tiene por objeto el emplatado del plato de un restaurante supone una infracción de los derechos de autor del fotógrafo (124) . A raíz de esta sentencia, ha surgido el debate en su doctrina de si los tribunales hubieran resuelto del mismo modo si se hubiera discutido no sobre tal fotografía, sino sobre el mismo emplatado. Mas, aunque resolvieran del mismo modo, solo se protegería el aspecto visual, no la totalidad de la obra gastronómica, alcanzándose una protección parcial.

2.3. El plato como obra artística

Se ha planteado también considerar el plato como el objeto de los derechos de autor. La jurisprudencia estadounidense entiende que no es una creación artística, pues no se encuentra fijado en un soporte tangible que permita su existencia estable o duradera como se exige en el *17 U.S. Code § 101*. No obstante, la cuestión que subyace detrás del criterio restrictivo estadounidense no responde a la tangibilidad de los soportes –un plato puede ser apreciado tangiblemente–, sino a la consideración del plato como obra artística.

Nuestro artículo 10 TRLPI no contempla limitación alguna en cuanto al soporte o a la duración de la obra (125) . Pero, realmente, la legislación estadounidense, aunque contempla la limitación del soporte y duración, admite que ciertas obras intangibles y efímeras puedan considerarse que tienen un soporte tangible duradero en caso de que se utilicen medios fotográficos, de grabación de fonogramas o de videograbación, sin que estas posibilidades hayan sido aceptadas respecto de la obra gastronómica, donde se ha negado su tangibilidad, por ejemplo, en el caso de presentar la receta junto a una fotografía (126) . Una solución posible para esta problemática –predicable también en nuestro ordenamiento jurídico para buscar la protección adecuada– pasaría por entender que, aunque la receta es una forma representativa de la obra gastronómica, lo que se protege por los derechos de autor es el plato en sí mismo considerado, siendo la receta su soporte tangible (127) .

Las reticencias de la jurisprudencia estadounidense se deben, entre otros aspectos, a la influencia de la teoría antiesencialista de Kant, pues no entienden que una obra artística pueda tener una función utilitaria o, más concretamente, que si tiene una función utilitaria para ser protegible por los derechos de autor debe presentar una originalidad totalmente independiente de su propósito **(128)** . Así, por ejemplo, se ha mantenido que un plato de inspiración vietnamita no era protegible porque su elemento creativo no podía ser separado de la función alimenticia al que estaba destinado **(129)** . Este criterio de la utilidad de la obra no puede ser predicado en España respecto de los derechos de autor –aunque sí de los diseños, como se verá *infra*–, por lo que el mismo argumento no podría ser utilizado en nuestro ordenamiento. El criterio mantenido por los tribunales estadounidenses, heredero de una honda tradición, debería ser reconsiderado y cada vez hay más voces entre su doctrina que lo reclaman, pues consideran insostenible que una creación artística no sea considerada como tal por el hecho de cumplir una concreta función utilitaria **(130)** .

En la actualidad la gran mayoría de platos que presentan los elementos de originalidad o creatividad se disfrutan y aprecian, no por cuestiones nutricionales, sino por motivos culturales, sociales o artísticos **(131)** , pues como afirma Broussard «*la comida es un medio íntimo de expresión emocional y artística del alma entre dos sujetos, chef y comensal*» **(132)** –como un poema o una película–. La receta no es solo el camino para elaborar una obra en su dimensión nutricional o alimentaria, sino que está ligada en su concepción inextricablemente a la elaboración de la obra gastronómica en su dimensión estética, artística o expresiva, pues la receta como se dijo es una de las formas representativas de la creación gastronómica **(133)** .

A pesar de ello, como excepción a la regla general en la jurisprudencia estadounidense, en el caso *Vásquez* vs *Ybarra* **(134)** , se consideró que un plato sí que podía ser protegido por los derechos de autor, cuando presente una *creative spark*, pues puede ser que haya platos que presenten «*un aspecto creativo suficiente y, por lo tanto, podría decirse que tienen derecho a la protección de los derechos de autor*». Se trata de una sentencia aislada que no ha tenido mayor recorrido jurisprudencial, ni influencia significativa en decisiones posteriores. Pero, al menos, se puede ver que en un lugar de Kansas hubo un juez que decidió replantearse la situación.

2.4. La creación gastronómica en su conjunto

El auténtico objeto de la protección es el conjunto formado por la receta y el plato, no protegiendo algunos de sus aspectos, sino su conjunto, como ocurre en todas las artes. Este criterio parece ser que es el que la jurisprudencia alemana ha decidido seguir. El *BGH* en el caso *Geburtstagszug –tren de cumpleaños–* sostuvo que para que las artes aplicadas fueran protegidas –entre las que la doctrina alemana incluye a la cocina– no requerían más requisitos que los que se exigen a un obra literaria, musical o pictórica: que presente un nivel de originalidad que, en opinión de quienes estén familiarizados con tal arte, se pueda afirmar que es un logro artístico **(135)** . A raíz de ese pronunciamiento, parece ser que las obras gastronómicas en su conjunto sí que serían protegidas –aunque no hay casos judiciales, ese es el sentir de los juristas **(136)** –. Este cambio jurisprudencial –con anterioridad se exigía que, en la gastronomía, como arte aplicada, el diseño no estuviera relacionado con la función alimenticia de los platos– supone que un país de nuestro entorno jurídico europeo iguala las obras artísticas –en general, de todas las artes, bellas o

aplicadas, incluida la gastronomía–, por lo que, si la obra gastronómica es original, deberá ser protegida por los derechos de autor.

Este nuevo criterio –aunque, como se ha señalado, sin que se haya pronunciado todavía sobre ningún plato gastronómico– ha supuesto que, por vez primera, desde una perspectiva estrictamente jurídica, se contemple como posible la protección por los derechos de autor de la obra gastronómica en su conjunto. No obstante, sí que podemos encontrar un precedente no jurídico de esta cuestión: en Italia se ha dado uno de los supuestos más interesantes en cuanto a los derechos de autor de las obras gastronómicas, a pesar de carecer dicho supuesto de valor jurídico.

El chef italiano, Gualtiero Marchesi, creó en 1981 su icónico plato, *Riso, oro e zafferano* **(137)** , un risotto de azafrán al que añadió una lámina de oro comestible, siendo la primera vez que dicho material se introdujo en la gastronomía. Marchesi descubrió tiempo después que un antiguo discípulo suyo, Guido Rossi, estaba utilizando la receta en su restaurante, pero cambiando el tipo de arroz. Ante esa situación, propuso que en el congreso milanés *Mock Trial* se simulase un juicio sobre la protección de su plato **(138)** . Ese *falso tribunal* llegó a la conclusión de que la obra de Marchesi debía ser protegida por los derechos de autor «*porque el producto de la creación del maestro Marchesi lo merece, tanto por la creatividad, como en términos de valor artístico*» **(139)** . Más allá del hecho de que fuese una simulación, permite apreciar un cambio de tendencia, por lo menos, jurídico-social, al entender la obra gastronómica como resultado final de un proceso creativo, englobando no solo la técnica o los ingredientes, sino también su estética, aromas o sabores, siendo una *expresión de la personalidad* **(140)** del cocinero.

Cabe pensar que los platos son a los cocineros lo que los libros a los escritores o los cuadros a los pintores. Por lo que, del mismo modo que no se pretende la protección de una palabra de un libro o de una pincelada de un cuadro, sino que se busca que sea el libro o el cuadro lo protegido, no se puede pretender la protección jurídica de la creación gastronómica limitada a uno de sus aspectos o características, sino que se debe obtener una protección jurídica de la obra en su conjunto, englobando desde los elementos estéticos del emplatado hasta la configuración de sus ingredientes. En definitiva, lo que sucede con cualquier otra obra de arte compleja.

3. Precisión y objetividad

Hemos señalado *ut supra* que la sentencia *Levola* introdujo de facto un nuevo requisito para la protección de las obras artísticas, al referirse a la *precisión y objetividad* del objeto. En dicho caso, el TJUE se pronunció en contra de entender que el sabor, la percepción gustativa pudiera ser considerado como una obra por resultar imposible definir su objeto con «*suficiente precisión y objetividad*» **(141)** .

No obstante, el TJUE dejó abiertos dos caminos. En primer lugar, no negó que un sabor pudiera ser protegido por los derechos de autor, sino que actualmente es imposible determinar su objeto de manera precisa y objetiva, por lo que su consideración futura dependerá de los avances científicos que se realicen en la materia. En segundo lugar y más importante a los efectos que nos interesa, el asunto se centra en el sabor como objeto de los derechos de autor. Pero una cosa es el sabor o la percepción gustativa y otra muy distinta es el plato en sí mismo considerado **(142)** . Y, aunque actualmente el estado de la ciencia no

permita definir con precisión y objetividad un sabor, no considero que se pueda predicar lo mismo de una obra gastronómica, de un plato de un determinado autor.

Habiendo visto que se busca una protección única de la obra gastronómica en su conjunto, nada impide que se pueda definir con precisión y objetividad. Ya se ha mencionado *ut supra* un ejemplo de cómo puede llegar a ser de precisa la definición de una receta gastronómica **(143)** . Por tanto, no considero que haya ningún obstáculo para poder definir con precisión y objetividad el objeto de protección de una obra gastronómica.

4. Originalidad

4.1. Conceptualización

La originalidad, siendo «*el requisito esencial para que una creación pueda ser considerada como una obra objeto de la propiedad intelectual*» **(144)** , no es definida legalmente **(145)** y su cumplimiento plantea los mayores problemas en relación con la gastronomía. Se diferencia entre la concepción objetiva que sostiene que debe ser «*una creación novedosa en sí misma* […] *distinta a toda aquella preexistente*», es decir, que no haya ninguna obra anterior idéntica y la subjetiva, que exige que la obra no sea «*una copia de otra preexistente y de titularidad ajena*» **(146)** , es decir, puede existir una obra idéntica, pero el autor no debe haberla utilizado, «*ni consciente ni inconscientemente para crear la suya*» **(147)** . A ello debe añadirse que el TJUE en el caso *Bezpečnostní* estableció que para entender que una obra es original es necesario que «*sea una creación intelectual propia de su autor*» **(148)** .

4.2. No es una mera exposición de hechos

La jurisprudencia estadounidense mayoritaria ha sostenido que las recetas carecen de originalidad al ser una «*mera exposición de hechos*» **(149)** , que no presentan ni originalidad ni creatividad. Si bien, considero que parte de una serie de concepciones que podrían no ser del todo correctas.

En primer lugar, realiza una interpretación errónea de lo asentado en la sentencia *Feist Publications* **(150)** , en la que se consideró que la recopilación de números de teléfono en un listín telefónico no presentaba ningún rasgo de originalidad, pues era una mera exposición de hechos. Pero el contenido de una receta no debe ser ni comparable ni comparado con el contenido de un listín telefónico, puesto que la receta no es la simple exposición de unos hechos o de unas instrucciones, sino que son el reflejo escrito de un proceso creativo y artístico en el que se refleja una sensibilidad y el espíritu de su autor **(151)** .

Este criterio estadounidense ha sido seguido también en la jurisprudencia francesa. La Corte de Apelaciones de París en el caso *SARL Agence* **(152)** sostuvo que una receta no era susceptible de apropiación al no constituir por sí misma una obra de espíritu ya que carecía de originalidad. A pesar de que en el caso se analice exclusivamente una receta y no la creación gastronómica en su conjunto, no deja de sorprender que se declare que no puede constituir una obra de espíritu por falta de originalidad o creatividad cuando la receta en sí representa por escrito el trabajo creativo de su autor **(153)** .

En España se ha planteado un problema similar respecto de los programas de ordenador, resolviéndose con acierto, pues los mismos, siendo una serie de hechos o de instrucciones

plasmados en lenguaje programático, tienen la protección correspondiente a la obra creada por su autor **(154)** . Esto también ha sido tratado por la jurisprudencia estadounidense que llegó a dos conclusiones: i. que un programa de ordenador no debía ser protegible por los derechos de autor al ser un método operacional; ii. pero, que, aunque el programa fuera un método, no se trataba de protegerlo aisladamente, sino su representación conjunta, teniendo en cuenta la organización y estructura de los resultados visuales y no visuales del programa. Y, en tal caso, el programa en su conjunto sí que era protegible **(155)** . Dicha conclusión podría ser aplicada a la gastronomía –si se decide seguir optando por concebir la receta como una idea o método–, puesto que el plato es el resultado de una combinación de técnicas e ingredientes organizados y estructurados conforme a los criterios creativos de su creador. La clave de este pronunciamiento estriba en que se solicitó la protección del programa de ordenador, no de sus códigos programáticos y planteándolo de este mismo modo quizá los tribunales estadounidenses comiencen a ver la posibilidad de proteger el plato en su conjunto.

Además, en el caso *Satava* vs *Lowry* el tribunal estadounidense consideró que «*una combinación de elementos no protegibles por los derechos de autor podría ser encuadrable en tal protección si esos elementos son lo suficientemente numerosos y su selección y disposición es suficientemente original como para que su combinación constituya una obra de autoría original*» **(156)** . Cabe cuestionarse nuevamente si la protección que se niega a la receta por considerar que una lista de ingredientes y técnicas no es original, debería ser replanteada a la vista de lo sostenido en dicho caso, ya que la cantidad de elementos y técnicas elegidos para llevar a cabo una receta pueden ser más que numerosos y la originalidad del resultado puede ser más que clara **(157)** .

4.3. ¿Hay recetas creativas?

Otro de los argumentos esgrimidos por la jurisprudencia estadounidense es que las recetas carecen de originalidad y cumplen únicamente una función utilitaria, lo cual es una generalización que no puede ser aceptada. Es cierto que hay obras gastronómicas que no presentan creatividad alguna –piénsese, por ejemplo, en un *simple* guiso de pollo con patatas– y que hay recetas que, aunque sean originales, han pasado al dominio público **(158)** –piénsese, por ejemplo, en la tortilla de patatas–; pero no todas las recetas son así y no se puede obviar que existen recetas sin ningún precedente gastronómico, que no son simples declaraciones de hechos, que demuestran creatividad, originalidad y que pueden ser identificables con «*suficiente precisión y objetividad*», como afirmó el TJUE. No se puede dar por cierto que toda receta presenta una ausencia de originalidad o como se afirmó en el caso *Sassafras Enterprises* que «*las recetas se dictan por sí mismas, surgen de las características y del uso previsto del producto, no de la imaginación de ningún autor independiente*» **(159)** . Aplicar esa afirmación de manera general es, por lo menos, –y perdón por la expresión– *una tropelía jurídico-gastronómica.*

Consideren las siguientes obras y piensen si se puede afirmar que no han surgido de la mente creativa de un cocinero: el prepostre *Balloon* de Grant Achatz es un globo de helio, hecho en lugar de con goma, con caramelo de manzana; *La parte croccante della lasagna* de Massimo Bottura, en el que se reconstruyen los bordes crujientes de las tradicionales lasañas italianas; *Radishes in a pot* de René Redzepi, en el que al comensal se le servía una maceta con tierra y rábanos; las *Piedras comestibles* de Andoni Luis Aduriz, hechas con

patatas y que imitan a las piedras (160) . ¿Esos platos no son el fruto de la creatividad, de la originalidad, del espíritu de su creador?

En la creación de obras gastronómicas, los cocineros deben experimentar con diversos ingredientes tradicionales y novedosos –plancton, espirulina, alginato, agar-agar…–, observando la forma en la que estos interactúan y de qué modo sus propiedades organolépticas se pueden complementar, siendo una gran parte de las obras gastronómicas demostrativa del trabajo mental del autor, quien las impregna de su propia personalidad, pues no hay que olvidar que es la originalidad lo que, en definitiva, determina la protección de la obra por los derechos de autor (161) .

Con todo, en nuestro ordenamiento jurídico no se han dado casos en los tribunales acerca de la propiedad intelectual de un determinado plato (162) . Pero si atendemos al análisis que se ha esbozado, podemos concluir que las creaciones gastronómicas pueden ser protegidas por los derechos de autor, puesto que i. se trata de obras originales de su creador; ii. se plasman en un medio tangible, aunque esto no sea necesario; y iii. se puede definir la creación gastronómica con suficiente precisión, objetividad y exactitud.

5. Las recetas como obras derivadas o compuestas (163)

Como se ha apuntado anteriormente, reconocer derechos de autor a una obra gastronómica implica que debamos plantearnos hasta qué punto la protección limitaría la inspiración de otros autores o el progreso a partir de una receta anterior, es decir, saber cuándo para desarrollar una nueva receta se necesitará el consentimiento del autor de otra. En el sector gastronómico el acervo común juega un papel fundamental, pues la gran mayoría de recetas son versiones alteradas, mejoradas o cambiadas de otras anteriores (164) . Es decir, en la mayoría de los casos se partirá de una receta original de otro cocinero o de una receta *de dominio público*. Mientras que estas segundas no plantean problema alguno, puesto que, si nadie es su titular, no se va a poder impedir que *se versione,* la utilización de las primeras sí que pueden plantearlos.

El artículo 17 TRLPI dispone que al autor de la obra le corresponden exclusivamente los derechos de explotación de su obra, siendo necesaria su autorización para la transformación, salvo excepciones, estableciéndose en los artículos 9.1, 11.5.º y 21 TRLPI la definición de obra compuesta y derivada (165) . Conforme a ellos, la transformación de una obra corresponde a su autor, por lo que cualquier transformación de una obra gastronómica protegida o se realiza por su propio autor o se realiza con su autorización (166) . Dejando a un lado la posible distinción entre obras derivadas y compuestas (167) , dado que su régimen jurídico es el mismo –se requiere autorización del autor de la obra preexistente y esta conserva sus derechos, además de que ambas implican la transformación de tal obra–, gran parte de las recetas que pretendan ser protegidas encajarán en la categoría de obra compuesta o derivada, requiriéndose la autorización de su autor.

Pero la dificultad estará en determinar cuándo estaremos ante una obra derivada o compuesta y cuándo ante inspiración o influencias (168) , siendo aquí donde entrarán nuevamente los tribunales para determinar estos límites casuísticos (169) . Veamos un ejemplo: el *Solomillo Wellington,* receta conocida, consiste en una pieza de solomillo, envuelta en una farsa y todo ello envuelto en hojaldre; y la *Lubina en hojaldre* es un plato de Paul Bocuse en el que se emplea una lubina, envuelta en una farsa y todo ello envuelto en

hojaldre, dándole forma de pescado. ¿Esta segunda obra sería una obra derivada? ¿Si Bocuse no hubiera contado con el permiso del creador del *Solomillo Wellington* no podría haber realizado su creación por entenderse que es una derivación? ¿O sería inspiración? Con todo, admitir los derechos de autor en las creaciones gastronómicas comportará la existencia de obras derivadas o compuestas y, quizá, los efectos buscados se desvanezcan ante la imposibilidad de seguir creando sin autorizaciones previas.

6. Problemática –gastronómica–de los derechos de autor

Tras haber visto que en nuestro ordenamiento jurídico sería posible acudir a los derechos de autor para proteger aquellas creaciones gastronómicas que reúnan los requisitos marcados por la legislación, es necesario plantearse de qué modo puede influir dicha protección en el sector gastronómico y si puede tener un encaje práctico en el mismo. Así, ya se sostuvo con anterioridad la importancia que tiene en la gastronomía el aprendizaje y la cooperación en el proceso creativo.

Se reconoce que el aprendizaje es esencial en el proceso educativo de los futuros cocineros, quienes realizan *stages* en los restaurantes de los chefs de los que quieren aprender. Posteriormente, esos discípulos utilizarán los conocimientos aprendidos en sus estancias para realizar nuevas obras gastronómicas. Es más, los propios cocineros, quizá por la ausencia de una normativa protectora establecida y asumida, de manera generalizada consideran la gastronomía como un sistema de código abierto **(170)** , es decir, entienden que es un modelo colaborativo en el que la creación de un cocinero puede servir de inspiración para la creación gastronómica de otro –recuérdese el ejemplo de la introducción de las creaciones de los hermanos Adrià y Gaggan Anand–.

Se esgrime también que si las obras gastronómicas están sujetas a los derechos de autor se impedirá la acción inventiva de otros cocineros que se inspiren en las obras previas y podría provocar una *asfixia* de la innovación y originalidad que en teoría se pretende proteger, puesto que los nuevos cocineros no podrían poner en práctica las creaciones aprendidas durante sus *stages* y desarrollar nuevas creaciones **(171)** . Por ello, se debe buscar un equilibrio entre la protección de la obra, como expresión de la creatividad y personalidad de su autor, y la realidad cultural, social y económica de la gastronomía.

En los diferentes trabajos científicos que recogen el sentir de la profesión, se incide en la idea de que los propios cocineros no buscan la monetización de sus derechos, sino que el objetivo compartido es evitar el plagio o, mejor dicho, evitar que alguien se pueda atribuir la creación de una obra cuando esta fue creada con anterioridad por otro cocinero. Es decir, no se pretende la obtención de los derechos patrimoniales, sino la obtención, más bien, de los morales, en particular, el ser reconocido como autor de una determinada obra **(172)** .

Cabe destacar que el reconocimiento de estos derechos morales supone, en cierto modo, unas ventajas económicas. El reconocimiento de la autoría de un plato puede implicar que el cocinero obtenga inversores para posibles proyectos, atraiga a comensales e incluso venda libros o protagonice programas de televisión o de plataformas **(173)** . No obstante, nuestro ordenamiento jurídico no contempla tal posibilidad. En la actualidad, si se decide acudir a la protección de los derechos de autor, se incluirán también los derechos patrimoniales y toda obra derivada requerirá la previa autorización **(174)** .

En la doctrina norteamericana, buscando un cierto equilibrio, se ha considerado que en la protección de las obras gastronómicas –más bien, en la construcción de un marco jurídico para ella– la solución podría encontrarse en la doctrina del *fair use* o *uso justo* (175) , por la que se permite el uso de una obra, sin autorización de su autor, en ciertas ocasiones, ponderando para ello i. el propósito y el carácter del uso (176) ; ii. la naturaleza de la obra protegida; iii. la cantidad y la importancia de lo utilizado, en relación con el conjunto de la obra protegida; y iv. el efecto de dicho uso en el mercado potencial o en el valor de la obra primigenia; pudiendo diferenciar tres conceptos distintos: *productive fair use, necessary fair use* y *equitable fair use* (177) .

Respecto de la gastronomía, se podría entender que i. el *productive fair use* se permitirá cuando la nueva obra gastronómica sea una transformación de la original, alterándola en sus ingredientes, texturas o emplatados de una manera tan significativa como para entender que estamos ante un nuevo plato; ii. el *necessary fair use* se permitirá cuando la reproducción de la obra original se utilice en interés de la sociedad –*v. gr.*, una escuela de cocina–; iii. el *equitable fair use* se permitirá cuando el titular de los derechos de la obra los hubiera obtenido mediante fraude o abusase de su poder en el mercado gastronómico, por lo que se obligaría a los cocineros a hacer un uso equitativo de sus derechos conforme a las prácticas sociales aceptadas (178) . Nuestro sistema de derechos de autor contiene muy pocas excepciones al uso de una obra previa de otro autor sin autorización (179) y, en principio, no se ha admitido la doctrina del *fair use* (180) . Pero su admisión podría llegar a facilitar la cohesión entre el sistema de los derechos de autor y la idiosincrasia del sector gastronómico, pues no se haría depender la evolución gastronómica de la pertinente autorización.

Con todo, desde la perspectiva de los derechos de propiedad intelectual, tal y como están regulados actualmente en España, parece que, si bien las obras gastronómicas podrían ser protegidas por ellos, no termina de ser una institución adecuada para los fines de la propia gastronomía y para las bases sobre las que se construye el arte gastronómico, teniendo en cuenta que la inconcreción de ciertos términos podría perjudicar la delicada situación del sector en lo que a protección se refiere.

V. PROPIEDAD INDUSTRIAL

1. Arte, pero también industria

Hasta este momento nos hemos referido a la gastronomía como arte y, consecuentemente, en un primer nivel hemos analizado la posibilidad de que las obras gastronómicas fueran protegidas por la propiedad intelectual. No obstante, esta consideración no debe impedir que se pueda acudir a otros mecanismos protectores. La gastronomía, más allá de la expresión de los sentimientos, de la creatividad o del espíritu de un cocinero, se encuadra dentro de la industria y sector gastronómicos (181) y, por tanto, no podemos obviar la posibilidad de que las creaciones gastronómicas sean protegidas mediante las instituciones que conforman la propiedad industrial, que son ese conjunto de derechos que corresponden al autor de una creación inmaterial que puede tener aplicación en una industria.

Tradicionalmente, los derechos de propiedad industrial se dividen en dos grandes grupos: las creaciones industriales –con la distinción entre creaciones técnicas y estéticas– y los

signos distintivos (182) . Para proteger estas dos categorías, la Oficina Española de Patentes y Marcas –en adelante, OEPM– distingue las siguientes modalidades: i. como signo distintivo, la marca, principalmente; ii. como creaciones técnicas, la patente y el modelo de utilidad; y iii. como creaciones estéticas, el diseño industrial (183) . Así, se tratará de estudiar si las obras gastronómicas pueden ser protegidas a través de alguna de estas modalidades de la propiedad industrial –marcas, patentes, modelos de utilidad y diseños industriales–, teniendo en cuenta las características, requisitos y prohibiciones de cada una de ellas.

2. Marcas

2.1. Concepto, significado y requisitos

¿Quién no conoce una marca gastronómica? Posiblemente, todos podamos decir *de carrerilla* más de una. Pero ¿qué protegen realmente? ¿Podrían proteger la obra gastronómica entendida en su totalidad? Hay que partir del artículo 4 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas –en adelante, LM– que define las marcas como todo signo que sea apropiado para «*distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras empresas y 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*» (184) .

En un principio las marcas servían para señalar la propiedad de los bienes de los comerciantes, es decir, indicaban quién era el propietario o cuál era la procedencia del producto en cuestión, pero dicho significado ha sido superado. Actualmente, ya no se trata de demostrar quién es el propietario de un producto, sino de poder identificar y distinguir los productos de un comerciante de los de los otros (185) , no solo desde una perspectiva de los empresarios, sino también desde la de los consumidores, pues ya sostuvo el TJUE en el caso *Arsenal Football Club* que «*la función esencial de la marca es garantizar al consumidor o al usuario final la identidad de origen del producto o servicio que con ella se designa, permitiéndole distinguir sin confusión posible dicho producto o servicio de los que tienen otra procedencia*» (186) . Así, actualmente encontramos la marca representada en cualquier elemento del producto para evitar toda posible confusión.

Este considerable cambio se debe, entre otros factores, a que las marcas se han convertido en «activos valiosos por derecho propio», pues a través de su impronta presentan una capacidad de atracción, tanto desde el punto de vista emocional o psicológico como del comercial (187) . Hemos llegado a una situación en la que ciertas marcas suscitan por sí mismas el deseo de adquirir un producto o servicio. En definitiva, se ha convertido la marca, en sí mismo considerada, en un valor publicitario sin parangón (188) .

Se debe tener en cuenta que la marca como bien es inmaterial y, por tal razón, requiere de un signo que la identifique de manera clara, que la relacione con unos productos o servicios determinados y así, de este modo, pueda conseguir el objetivo de la marca, que es la vinculación entre un signo y un producto o servicio concreto. Pues, aunque en el plano jurídico la marca exista cuando se cumplan los requisitos establecidos en la normativa, en el plano extrajurídico una marca no existirá mientras el consumidor no relacione el signo con el producto (189) , teniendo en cuenta, además, que nuestro sistema marcario se basa en el principio de especialidad, conforme a las clases establecidas en el Arreglo de Niza de 15 de

junio de 1957 **(190)** .

Por otro lado, conforme a la actual regulación española, para que un signo constituya una marca es necesario que cumpla una función de distinción y que pueda ser representado en el Registro de Marcas –no se limitan las formas posibles de representar el signo– de una manera que permita «determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada». A ello, hemos de añadir que la marca no debe incurrir en ninguna de las prohibiciones absolutas o relativas que se establecen en los artículos 5 a 10 LM.

En cuanto a las clases de marcas, entre las numerosas clasificaciones posibles, consideramos conveniente en este caso distinguir entre marcas tradicionales y no tradicionales, considerando que las primeras son «*aquellas que se expresan a través de letras, números, palabras, dibujos o símbolos y que son apreciadas por el sentido de la vista*», mientras que la no tradicional sería «*aquella que es percibida por cualquiera de los cinco sentidos y cuya representación debe ser hecha a través de métodos de representación no tradicionales*» **(191)** . Por tanto, partiendo de esta clasificación de las marcas, trataremos de observar si la creación gastronómica podría tener cabida de algún modo en la regulación marcaria española y en la protección que se deriva de ella.

2.2. Contenido del derecho sobre la marca

Antes de proceder a analizar la cuestión ya esbozada, es conveniente señalar cuáles son los derechos que se derivan de ser titular de una marca para poder observar cuál sería su utilidad en sede gastronómica.

El artículo 34 LM confiere al titular de la marca un «*derecho exclusivo sobre la misma*» que se puede configurar como un «*monopolio de uso*», utilizándose la marca en el tráfico económico de manera exclusiva, pero, sobre todo, los derechos que se derivan de ella son negativos, puesto que el titular podrá «*prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento, en el tráfico económico, de cualquier signo en relación con productos o servicios*» cuando se den una serie de circunstancias, como, entre otras, que el signo sea idéntico o similar y se utilice para productos o servicios idénticos o similares, siempre que exista un riesgo de confusión. En definitiva, se trata de proteger el interés del empresario de que ningún competidor podrá sustraerle la clientela por copiarle o imitarle, al tiempo que se protege al consumidor, evitando que otros empresarios puedan inducirles a confusión por haber utilizado «*indebidamente para sus propios productos la misma marca u otra semejante*» **(192)** .

No obstante, hay una serie de límites al ejercicio de estos derechos. Entre ellos, destacamos por su importancia la obligatoriedad de usar la marca conforme al artículo 39 LM. Así, para poder seguir ejercitando estos derechos es necesario que esta haya sido usada en el plazo de cinco años desde la fecha del registro de la marca y que su uso no se haya visto suspendido por un plazo idéntico. Por tanto, ser titular de una marca no implica que se tenga un derecho a perpetuidad impidiendo toda utilización de esta, sino que para ello es necesario que la marca sea usada.

De este modo, la marca impide que otro pueda utilizar el signo distintivo en relación con los productos o servicios para los que se ha registrado. Pero ¿sirve para proteger una obra gastronómica? A la industria le ha servido y hay numerosos ejemplos. ¿A los restaurantes

también les serviría? Parece complicado, aunque hay también ejemplos de ello, por lo que la pregunta es ¿por qué razón? ¿En vistas a una futura comercialización del producto? ¿O porque ante la imposibilidad de proteger de otro modo su obra se decide acudir a las marcas para, por lo menos, tener *algo* de protección?

2.3. Marcas tradicionales

Las marcas tradicionales, como se ha señalado, son «aquellas que se expresan a través de letras, números, palabras, dibujos o símbolos», y en la industria gastronómica es usual encontrarse con compañías que protegen sus productos a través de ellas, adquiriendo un cierto prestigio entre los consumidores y en el mercado **(193)** . En cambio, no es tan habitual encontrarse con su utilización por parte de los cocineros, aunque sí se puede señalar algún ejemplo, como es el del afamado pastelero francés Pierre Hermé, quien ha registrado como marca los nombres de varios de sus pasteles con el objetivo de evitar que otros puedan vender otros dulces similares con un nombre idéntico: por ejemplo, *Ispahan* es un pastel de rosa, frambuesa y lichi, creado en 1997 por Hermé, y desde el año 2004 es el nombre de una marca registrada en Francia para dulces, bebidas y servicios relacionados con los alimentos **(194)** . Esta marca no impide que otra persona pueda replicar el plato o la receta, pero sí que ningún pastelero utilice tal nombre para un pastel que imite al que creó Hermé.

Si se dan los requisitos establecidos en la legislación, nada impide que el título de una obra gastronómica sea protegido mediante una marca tradicional **(195)** . No obstante, plantea una serie de problemas destacables. En primer lugar, la protección que otorga no impide que otro cocinero pueda replicar el plato o pueda emplear la receta, solo impide que alguien pueda utilizar la marca en cuestión, pues solo se protege el nombre que se utiliza como marca **(196)** . En segundo lugar, se debe tener en cuenta qué cocineros podrían encontrar rentable el coste de obtener una marca y su mantenimiento. Quizá pueda tener un efecto desincentivador para restaurantes como El Celler de Can Roca, donde cada año se desarrollan más de 30 platos nuevos. Pero, en cambio, en restaurantes donde la actividad creadora sea cuantitativamente inferior, este problema no se daría –piénsese, *v. gr.,* en la *Tortilla vaga* de Sacha Hormaechea, seña de identidad de su restaurante–. En tercer lugar, para poder seguir ostentando una marca es necesario que se use continuadamente como se señaló y esto, salvo excepciones contadas, no es una práctica habitual en los restaurantes de cocina de autor, en los que la gran mayoría de los platos están presentes solo una o dos temporadas, para dejar paso a nuevas creaciones y se recuperan años después como una evolución o como un recordatorio.

Quizá desde un punto de vista práctico la marca tradicional podría ser empleada por pasteleros, como el caso de Hermé –sus creaciones no son tan cuantiosas y su venta al público se alarga más en el tiempo–; o para proteger los *signature dishes*, como sería el caso de la *Tortilla vaga* de Sacha, aunque lo que se lograría es simplemente que otra persona no pudiera denominar del mismo modo un plato similar. Ahora bien, esto no es tan sencillo como parece. Pongamos un ejemplo práctico, uno de los *signature dish* de los hermanos Adrià: *la aceituna verde esferificada.* ¿Dicho nombre podría constituir una marca? Observando las prohibiciones absolutas del artículo 5 LM, por lo menos, parece que tal nombre podría ser contrario a algunas de ellas **(197)** . Y quizá esa sea la razón por la que actualmente las aceitunas esferificadas se comercializan bajo otra denominación, *Caviaroli* –de caviar, por ser esféricos y de *oli*, aceite en catalán–, registrada como marca en la OEPM y

que impide que otra persona pueda denominar de ese modo a la aceituna esferificada. Pero también por esa razón, por haber registrado como marca un nombre tan distinto al que se utilizó para denominar al *signature dish*, hoy en cualquier restaurante podrías degustar una aceituna esferificada, sin referencia alguna a los hermanos Adrià y presentándose al comensal con el nombre de *aceituna verde esferificada.*

2.4. Marcas no tradicionales

Por otro lado, se ha intentado también acudir a marcas no tradicionales, es decir, aquellas que se perciben «*por cualquiera de los cinco sentidos y cuya representación debe ser hecha a través de métodos de representación no tradicionales*» **(198)** , como son las marcas tridimensionales o gustativas. Ahora bien, ¿qué se conseguiría proteger con ellas? ¿Es una protección efectiva? ¿O presentan los mismos inconvenientes que las tradicionales?

A. Marcas gustativas (y olfativas)

La admisión de marcas olorosas y gustativas es uno de los temas sobre los que más se ha escrito en el derecho europeo, aunque sin llegar a una conclusión unánime. Antes de la transposición de la Directiva 2015/2436, se exigía que todo signo pudiera representarse gráficamente, por lo que se había negado que pudiera haber marcas de este tipo, ya que «*el requisito de la representación gráfica no se cumple mediante una fórmula química, una descripción con palabras escritas, el depósito de una muestra de olor en cuestión ni una combinación de dichos elementos*» **(199)** . Con la transposición de la directiva, en cambio, parece ser que sí que se podría registrar una marca olfativa o gustativa, pues no se exige representación gráfica, sino cualquier tipo de representación, dándose «*entrada a nuevas técnicas, distintas a las técnicas gráficas, siempre que permitan determinar de manera clara y precisa el objeto de inscripción y de tutela*» **(200)** . No obstante, esta variación no significa que se olviden los requisitos que se establecieron en el caso *Sieckmann*: que la representación «*sea clara, precisa, completa en sí misma, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva*» **(201)** .

Por tanto, para que pueda existir una marca de este tipo es necesario representarla cumpliendo esos requisitos, y ahí es donde se encuentra uno de los grandes problemas para admitirlas en la actualidad. Por un lado, el sabor tiene «*un objeto de protección difícil de identificar*» **(202)** porque responde mayoritariamente a una percepción subjetiva, siendo necesario basarse en «*sensaciones y experiencias gustativas,* […] *subjetivas y variables, pues dependen de factores relacionados con la persona que prueba el producto en cuestión*» **(203)** . Por otro lado, para que cualquier signo sea considerado marca es necesario que pueda separarse del producto, lo cual parece complicado en las marcas gustativas donde el sabor forma un todo inescindible con el producto **(204)** .

Finalmente, es necesario igualmente que la marca gustativa sea representada para acceder al Registro de Marcas. Por lo que ¿de qué modo podrá ser representado un sabor de manera objetiva, clara, precisa…? Se ha propuesto desde la utilización de fórmulas químicas a la descripción del sabor, pasando por la utilización de muestras o modernos métodos científicos **(205)** . Y la respuesta siempre es la misma: no parece posible que en la actualidad se puedan representar las marcas gustativas y, por tanto, admitir su registro **(206)** . Pero más allá de su representación, hay que cuestionarse qué papel juega una marca gustativa en la protección de una obra gastronómica. Su practicidad es escasa. Rara vez se relaciona un

sabor concreto con un cocinero. A lo sumo, se limitaría a la protección de sabores en productos que, en principio, deberían presentar uno distinto –*v. gr.*, las patatas fritas con sabor a huevo frito– y, en ese caso, quizá la marca gustativa tenga cierta utilidad, pero solo para proteger un determinado sabor en un determinado producto.

B. Marcas tridimensionales (y trade dress)

La otra categoría de marca no tradicional que ha sido estudiada en sede gastronómica es la tridimensional, es decir, «toda forma dotada de altura, anchura y profundidad» que sirva para identificar o representar cierto producto o servicio, englobándose en tal denominación tres tipos de forma: i. la del propio producto, ii. la del envase y iii. aquella que esté desvinculada del producto que representa **(207)** . Se debe tener en cuenta, no obstante, la prohibición absoluta del artículo 5.1.e LM, pues no serán registrables como marca los signos «*constituidos exclusivamente por la forma u otra característica impuesta por la naturaleza misma del producto o* […] *necesaria para obtener un resultado técnico, o […] que dé un valor sustancial al producto*». De este modo, la marca tridimensional en relación con la gastronomía no es un asunto del todo pacífico.

El primer gran avance en cuanto a las marcas tridimensionales se produjo en el caso *Philips* del TJUE, donde se expuso claramente cómo las marcas tridimensionales podían ser objeto de protección, señalando tres líneas maestras –hoy recogidas en la regulación de los países de la UE–. En primer lugar, para que la forma sea «*apropiada para distinguir un producto*» es necesario que su forma «*no precis*[e] *ninguna adición arbitraria, como un adorno que no tenga finalidad funcional*». En segundo luchar, en caso de que un único operador oferte una clase de productos, «*el uso prolongado de un signo, que consiste en la forma de dichos productos, puede ser suficiente para otorgar al signo carácter distintivo*», siempre que como consecuencia de su uso una gran parte de los interesados en el producto asocien la forma exclusivamente con el operador o crean que todos los productos con esa forma «*provienen de dicho operador*». Y, finalmente, «*un signo constituido exclusivamente por la forma de un producto no puede registrarse en virtud de dicha disposición si se demuestra que sus características funcionales esenciales sólo son atribuibles a un resultado técnico*» **(208)** . Desde el caso *Philips*, se ha ido ampliando el concepto de marca tridimensional, llegándose a admitir como marca tridimensional la disposición y el diseño distintivo de un establecimiento abierto al público **(209)** .

No obstante, hay que tener en cuenta que a través de una marca tridimensional no se puede obtener el monopolio sobre la comercialización de un tipo de producto. Señaló el Tribunal General de la Unión Europea –en adelante, TGUE– en el caso *Galletas Gullón* que la marca tridimensional de un producto impide que se puedan registrar marcas similares para un mismo tipo de producto, pero no que otro fabricante pueda realizar un producto de características similares o idénticas **(210)** .

En el plano gastronómico, las marcas tridimensionales han tenido un notable recorrido. Por ejemplo, en España fue sonada la sentencia del Tribunal Supremo –en adelante, STS– de 23 de febrero de 1998 en la que se confirmó la prohibición a una determinada empresa de utilizar «*un envase cilíndrico con tapa roja y cuerpo amarillo para la comercialización de un producto a base de cacao*» por suponer la violación del derecho exclusivo sobre marca de otra compañía –cuya marca incluía dicho envase– **(211)** . Si bien, no siempre se ha conseguido la protección pretendida. Por ejemplo, el caso del *Kit Kat*, en el que se buscaba la

protección de su forma, es uno de los más problemáticos jurisprudencialmente (212) , con dos vías cuasi simultáneas y paralelas.

La primera vía tuvo su origen en la aceptación de la Oficina de Marcas del Reino Unido de la forma tridimensional del dulce *Kit Kat*, llegando el caso a la High Court of Justice, quien planteó una cuestión prejudicial, resuelta en la sentencia del TJUE *Société des Produits Nestlé* de 2015, donde se sostuvo que se podía negar la forma como signo cuando incluyera «*tres características esenciales, de las que una resulta de la propia naturaleza del producto y las otras dos son necesarias para la obtención de un resultado técnico*», refiriéndose tal necesidad «*al modo en que funciona el producto* [...y no] *al modo en que se fabrica*»; añadiendo que debía probarse que «*los sectores interesados perciben el producto o el servicio que designa esta marca por sí misma*» (213) , por lo que los tribunales ingleses consideraron que no se había demostrado que se percibiera la forma tridimensional del *Kit Kat* como indicativa de su origen (214) .

Simultáneamente e intercalándose entre las decisiones expuestas, en sede de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea –en adelante, EUIPO– comenzó un procedimiento similar, con las mismas partes y sobre la misma forma, pero como marca tridimensional de la UE. El TGUE en su sentencia de 15 de diciembre de 2016 consideró que no podía otorgarse tal marca porque, «*aunque se ha acreditado que la marca controvertida había adquirido carácter distintivo por su uso en Dinamarca, Alemania, España, Francia, Italia, Reino Unido* [y otros Estados]», no se pudo concluir tal carácter distintivo en todo el territorio de la UE (215) . El TJUE confirmó el pronunciamiento por entender que efectivamente no se había probado la adquisición del *carácter distintivo en Bélgica, Irlanda, Grecia y Portugal* (216) . No obstante, a la vista de estos pronunciamientos, respecto de los Estados en los que sí que está probado el carácter distintivo, considero que se podría intentar –y obtener– la obtención de marcas nacionales (217) .

En el derecho estadounidense encontramos una figura que presenta grandes similitudes con la marca tridimensional, el *trade dress* (218) , entendiéndose que es la «*combinación de cualquier elemento con la que un producto se presenta al comprador*» (219) . Así, en torno a este concepto, se engloba tanto «*la apariencia general de las etiquetas, envoltorios y contenedores o envases usados para empaquetar un producto, como la totalidad de los elementos que componen la forma en que el producto es empaquetado o presentado e incluso, también, la forma y diseño del producto mismo*» (220) . Es decir, es más que una marca tridimensional que proteja la forma del producto o del envase, pues busca una protección de la imagen en su conjunto, *la imagen total*, incluyendo «*el tamaño, la forma, el color, las texturas o los gráficos*», así como el propio diseño de un producto (221) .

En Estados Unidos, regulada la materia en la *Lanham Act*, no se exige registro para su protección, si bien se requerirá que el demandante pruebe tres aspectos. En primer lugar, que la imagen comercial presenta una distintividad inherente, si es una imagen comercial arbitraria, o que ha adquirido dicha distintividad a través de un significado secundario, si es una imagen comercial descriptiva (222) . Además, si es la imagen comercial del producto –no del envase– no se considera que este pueda presentar una distintividad inherente, sino que es necesario que adquiera un significado secundario que le aporte la distintividad (223) . En segundo lugar, que la imagen comercial no sea funcional al producto, si bien, como señala la doctrina americana, no debe tratarse de una funcionalidad *de iure*, es decir, que, aunque el

trade dress pueda desempeñar una función o tenga una utilidad, el producto pueda existir y cumplir su función principal con otro *trade dress* (224) . Así, no será protegible cuando la apariencia sea esencial para la finalidad del producto, o cuando la apariencia afecte al coste o a la calidad del producto notablemente o cuando el uso exclusivo de la apariencia pudiera implicar una desventaja significativa para los competidores (225) . Y, finalmente, que haya probabilidad de crear confusión al consumidor medio comparado dos *trade dress* (226) .

Después de todo lo visto, sin embargo, la pregunta sería ¿cómo puede proteger una marca tridimensional o el *trade dress* una obra gastronómica? A pesar de sus diferencias y de que una pertenezca al ámbito marcario y otra al de la competencia desleal, ambas, en definitiva, protegen la apariencia de un producto o su forma. Por lo que podrían servir para proteger la apariencia de la obra gastronómica, a través de la forma creada por la combinación de texturas e ingredientes (227) . La creación gastronómica puede presentar un festín no solo gustativo, sino también visual, puesto que la apariencia externa de la creación gastronómica va más allá «*de un mero acto de embellecimiento superficial*» (228) . Pero para ello será necesario que cumpla todos los requisitos que se establecen para las marcas tridimensionales o, en su caso, para el *trade dress*, lo cual no es nada sencillo (229) . Si bien, antes de proceder a tal análisis, es necesario recordar que ambos no protegen la obra en su conjunto, sino solo su representación o forma concreta (230) .

Ya se vio *ut supra* la prohibición del artículo 5.1.e) LM y esta dificulta seriamente que una obra gastronómica pueda ser protegida como marca tridimensional. Por ejemplo, uno de los platos más conocidos del chef británico Heston Blumenthal, del restaurante The Fat Duck, tres estrellas Michelin y renovador de la gastronomía inglesa, es *Meat Fruit* (231) , un *parfait* de hígado de pollo y pato recubierto con una gelatina de mandarina y presentado al comensal como si fuera este auténtico cítrico. ¿Podría registrarse como marca tridimensional? ¿O lo impediría el hecho de que en este caso la forma es la que da *un valor sustancial al producto*?

Por otro lado, ambas instituciones requieren que haya una cierta disociación entre lo que se pretende proteger y su funcionalidad, pues en el caso de nuestro derecho no se podrá registrar una marca tridimensional cuando la forma del producto sea necesaria para obtener un resultado técnico, ya que, aunque el derecho marcario proteja aquellos signos que permitan diferenciar un producto de los que ofrezcan los competidores, esa prohibición tiene por objetivo impedir que se pueda otorgar a un sujeto el monopolio de una solución técnica o de una característica de uso del producto, suponiendo «*un obstáculo a que* [los competidores] *puedan ofrecer libremente productos que incorporen dichas soluciones técnicas o dichas características de uso*» (232) . Por ejemplo, el *croissant* de François Perret para Le Comptoir del Ritz de París (233) , en lugar de presentar la tradicional forma de medialuna, se creó con una forma paralelepípeda, alargada y oblonga, para que sea más sencillo tanto degustarlo con un café o mientras uno se desplaza como para conseguir que el *croissant* se cueza uniformemente. ¿Tal forma podrá ser registrada como marca tridimensional? ¿O por facilitar su forma el consumo y cocción se impedirá que sea registrada y protegida? (234) .

Si pensamos en la protección del emplatado, se podría argumentar que la comida no necesita ninguna sofisticación en su presentación y que, por tanto, el emplatado no tendrá una función práctica, pero, al mismo tiempo, si no se emplata no puede ser degustado. ¿Para

qué y por qué se hace un determinado emplatado? Si su colocación es puramente estética nos encontraríamos ante una prohibición del derecho europeo; si su objetivo es una mejor degustación de los ingredientes del plato, permitiendo apreciarlos homogénea o heterogéneamente, estaríamos, en este caso, ante una prohibición de nuestro derecho, porque la forma del emplatado respondería a una función utilitaria. Por tanto, parece complicado que el emplatado pueda ser protegido como marca tridimensional.

Otro de los requisitos que plantean las marcas tridimensionales, como se ha visto en la jurisprudencia europea, es la necesidad de que sea distintiva, que sea reconocida por los consumidores de manera generalizada. Un plato en su conjunto puede tener un aspecto distintivo y que su origen sea reconocido fuera de toda duda, como ocurre, por ejemplo, con las *aceitunas esferificadas* **(235)** . Pero ¿se podría afirmar lo mismo de un *simple* proceso de colocación como cuando se sirven las patatas fritas con el corte *Pont Neuf*? ¿O colocarlas de un modo distinto sería suficiente para ser distintivas? **(236)** .

No considero que, de manera general, las obras gastronómicas sean el objeto idóneo de las marcas tridimensionales o del *trade dress* **(237)** . En primer lugar, resulta complicado que una obra gastronómica pueda presentar un carácter distintivo y no funcional, al tiempo que no infrinja ninguna de las prohibiciones que se recogen en nuestro ordenamiento, sobre todo al ser vinculadas con la estética y, viendo la jurisprudencia del TJUE, no es nada sencillo que una receta pueda llegar a ser reconocida de manera general como proveniente de un determinado cocinero **(238)** . En segundo lugar, la utilización de estas instituciones solo protegería, en su caso, la percepción externa, la forma de la creación, lo que no impediría que otro cocinero pudiera realizar la misma receta **(239)** , pero presentándola con otro emplatado, o realizase una variación –por ejemplo, el chef Dani García en su restaurante Leña presenta un homenaje al *Meat Fruit* de Heston Blumenthal a través de una manzana **(240)** –. En tercer lugar, tal y como se ha dicho respecto de las marcas tradicionales, la protección de una marca exige su uso continuado, requisito que no se tiende a dar en la mayoría de los supuestos gastronómicos **(241)** .

Por todo ello, podrán ser utilizadas en ciertos casos para procurar la protección de su aspecto visual, pero la probabilidad de que ello ocurra es sumamente reducida, ya que los requisitos establecidos no contribuyen a conseguir dicha protección y, en caso de que se consiguiera, su régimen, además de que exige un uso constante, no impediría que pudiera ser utilizada la receta por otros –solo su forma o aspecto visual–, lo cual sería beneficioso para el arte gastronómico, pero no permitiría obtener unos derechos morales –el hecho de ser reconocido como creador– de la obra gastronómica. Por lo que su utilidad se limitará a aquellas obras gastronómicas que visualmente puedan llegar a crear una vinculación con su creador –como los *signature dish*– o para la fabricación industrial de productos gastronómicos –perspectiva quizá interesante para los cocineros que quieran comercializar posteriormente su creación autoral a gran escala–.

3. Invenciones industriales

3.1. Patentes

A. Concepto, objeto, clases y contenido

¿Tienen algo que ver las patentes con la gastronomía? Mucho. Solo piensen que hubo un

día en que alguien simplificó la alimentación de muchas personas inventando y patentando un microondas. ¿Pero pueden servir para proteger obras gastronómicas de restaurantes? Para responder esa pregunta es necesario, en primer lugar, adentrarse en el derecho de patentes, el cual tiene por objetivo «*impulsar el progreso tecnológico dentro de un mercado de libre competencia*», promocionar la innovación tecnológica, elevar la competitividad, recompensar al inventor y fomentar el desarrollo económico **(242)** , buscando una utilidad para la sociedad **(243)** .

El artículo 1 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes –en adelante, LP– recoge como título de propiedad industrial para la protección de las invenciones industriales las patentes de invención, aunque no lo define directamente **(244)** , sino que opta por acudir a una serie de exclusiones y excepciones recogidas en sus artículos 4 y 5. El término patente de invención «*evoca la idea de que el inventor describe o pone de manifiesto o revela su invención*» **(245)** , de ahí que se diferencien tres conceptos: i. «*el acto administrativo reglado y obligatorio si concurren los requisitos de patentabilidad*»; ii. «*el título o certificado de la patente que oficialmente se emite*»; y iii. «*el derecho de la patente como alusivo del conjunto de los derechos y facultades que asisten al titular de la invención*» **(246)** . Por su parte, el artículo 4 LP dispone que «*son patentables, en todos los campos de la tecnología, las invenciones que sean nuevas, impliquen actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial*», recogiendo así los requisitos de patentabilidad.

Ante las diversas clasificaciones existentes, dado el objeto de las obras gastronómicas asumido en este artículo, puede ser ilustrativo diferenciar las patentes, según su objeto de protección **(247)** , entre patentes de producto, cuando lo que se proteja sea un «*producto o sustancia resultante de la invención, con independencia tanto del proceso industrial utilizado en su obtención, como del uso específico que haya previsto darle*»; y patentes de procedimiento, si lo protegido es «*un modo, forma o método para obtener un resultado útil*» **(248)** .

En cuanto al contenido del derecho de patente, el artículo 58 LP establece que tendrá «*una duración de veinte años improrrogables*», confiriendo a su titular durante dicho plazo –teniendo en cuenta que es un derecho registral–, «*el derecho a impedir a cualquier tercero que no cuente con su consentimiento*» una serie de actos que impliquen la explotación directa o indirecta de la invención, *ex* artículos 59 y 60 LP, ya que el derecho de patente en nuestro ordenamiento tiene un carácter negativo, configurándose un *ius prohibendi* **(249)** .

La obra gastronómica puede ser una obra artística, pero, al mismo tiempo, nada impide que pueda ser considerada una auténtica innovación –o, por lo menos, así se afirma en un lenguaje no jurídico–: Las esferificaciones de los hermanos Adrià, el nitrógeno líquido para la realización de sorbetes y helados planteado por André Daguin, la cocina al vacío de Praulus y de los hermanos Troigrois o cualquiera de las novedades de los *genios* del restaurante Disfrutar **(250)** . ¿Todo ello es innovación o qué es? Por tanto, la pregunta que debemos realizamos es si una obra gastronómica puede ser protegida por el derecho de patentes y, en caso afirmativo, si puede ser un régimen útil para la industria gastronómica.

B. Exclusiones y excepciones a la patentabilidad

Se ha señalado anteriormente que el legislador ha optado por definir el término invención de manera negativa, indicando, por un lado, que *ciertas cosas* no tendrán la consideración

de invención y, por otro lado, que ciertas invenciones, a pesar de serlo, no serán patentables. Por lo que debemos plantearnos si las creaciones gastronómicas se podrían encontrar en alguna de esas exclusiones o excepciones a la patentabilidad.

Respecto de las exclusiones a la patentabilidad, estas vienen establecidas en el artículo 4.4 LP. Si bien, añade en su apartado quinto que solo se excluirán «*en la medida en que la solicitud de patente o la patente se refiera exclusivamente a una de ellas considerada como tal*». Por tanto, no se impide que se pueda patentar una invención que las contenga. No todas las exclusiones plantean posibles problemas con la gastronomía, por ello nos centraremos en las que puedan tener una incidencia directa.

La primera que tenemos intención de destacar son *los descubrimientos*. En la gastronomía es habitual el descubrimiento de nuevos ingredientes. Por ejemplo, pensemos en el trabajo incansable de Virgilio Martínez en su restaurante Central por «*descubrir, redescubrir y recuperar*» ingredientes de las comunidades indígenas **(251)** ; o en el esfuerzo de Ángel León por nutrir nuestras despensas de productos marinos **(252)** . No obstante, estos descubrimientos no dejan de ser una constatación de la naturaleza y no una invención. A pesar de eso, en ciertos casos, se podría llegar a obtener una patente conforme al artículo 4.2 LP, cuando dispone este que «*la materia biológica aislada de su entorno natural o producida por medio de un procedimiento técnico podrá ser objeto de una invención, aun cuando ya exista anteriormente en estado natural*». Y, además, que el descubrimiento no fuera considerado una invención no impide que pueda formar parte de un producto o de un procedimiento que constituya una invención patentable **(253)** .

La segunda de las exclusiones que debe llamar nuestra atención es la relativa a las obras «artísticas o cualquier otra creación estética». Hemos defendido que la gastronomía es un arte y continuamos considerando que ciertas obras gastronómicas son artísticas. Y, por tanto, parecería que, ante tal asunción, se debiera excluir la patentabilidad de la obra gastronómica por ser artística. Empero, conforme al artículo 5 LP, la exclusión no significa que toda obra artística deba quedar excluida, sino que podrá ser patentable cuando haya un elemento técnico que se presente como solución a un determinado problema y se cumplan todos los requisitos positivos de patentabilidad que se analizarán **(254)** .

Finalmente, tampoco se consideran invenciones los «planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales». Y se podría intentar esgrimir que una receta puede ser incluida en tal exclusión. No obstante, la receta no es una mera lista de hechos o una serie de reglas **(255)** , es una de las formas de representar la obra gastronómica, en la que no solo se define cuál es el proceso necesario para realizar el plato final, sino que se indican los ingredientes requeridos, la forma de presentarlo, sus propiedades organolépticas, etc. **(256)** .

Respecto de las excepciones a la patentabilidad, el artículo 5 LP recoge que ciertas invenciones, a pesar de ser invenciones, no podrán ser patentadas. De entre las excepciones contenidas en él, puede suponer un cierto conflicto la excepción relativa a «*las variedades vegetales y las razas de animales y los procedimientos especialmente biológicos de obtención de vegetales o de animales*» **(257)** . Si bien, se señala en el propio artículo que serán patentables las invenciones «*que tengan por objeto vegetales o animales si la viabilidad técnica de la invención no se limita a una variedad vegetal o a una raza animal determinada o si el objeto es un procedimiento microbiológico o cualquier otro*

procedimiento técnico o un producto obtenido por dichos procedimientos». Es decir, a pesar de la excepción, en determinadas circunstancias podría resultar patentable de manera indirecta.

Así, no se puede afirmar, más allá de las matizaciones expuestas, que haya una exclusión o excepción a que una obra gastronómica –el plato en su conjunto o la técnica– pueda ser una invención patentable **(258)** , por lo que será necesario el análisis de los requisitos positivos de patentabilidad para dilucidar con mayor detalle tal posibilidad.

C. Requisitos positivos de patentabilidad

Como se ha mencionado, el artículo 4.1 LP recoge los requisitos positivos que una invención debe reunir para ser patentable o, dicho de otro modo, los que requiere el titular de la futura patente para disfrutar «*del derecho de exclusividad y de exclusión*» **(259)** que le podrá corresponder: novedad, actividad inventiva y aplicación industrial.

a) Novedad

El primero de los requisitos establecidos es que la invención sea nueva, es decir, *ex* artículo 6.1 LP, que «*no está comprendid*[a] *en el estado de la técnica*»; concepto que requiere, a su vez, que se defina el término 'estado de la técnica', cosa que hace en su apartado segundo al establecer que este «*está constituido por 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*» **(260)** . Al final, con este requisito se pretende premiar al primero que llega a una invención y la registra –en cierto modo, una manifestación del principio *prior in tempore, potior in iure*–. Pero ¿cuándo una obra gastronómica es novedosa? Mejor dicho: ¿cuándo una invención gastronómica es novedosa?

El TS, desde una perspectiva negativa, afirmó que una invención puede no ser novedosa debido «*a una descripción explícita, derivada de cuanto se expone explícitamente en el documento anterior* (...), *o por divulgación implícita, que concurre, cuando, al poner en práctica las enseñanzas del documento anterior, el experto hubiera inevitablemente llegado a un resultado comprendido en los términos de la reivindicación*». Añadiendo que el mencionado juicio comparativo deberá realizarse de manera individual «*con cada una de las anterioridades, sin que sea lícito determinar la falta de novedad de una invención a partir de la combinación de varios elementos precedentes*» **(261)** . En definitiva, para considerar que una invención es novedosa se requerirá analizar y determinar cuál es el estado de la técnica anterior relacionado con la invención y compararlo con la propia invención.

Así, para no ser novedosa se requiere que todos y cada uno de sus elementos deriven de manera clara, directa y no ambigua del estado de la técnica anterior **(262)** . Ahora bien, aunque todos ellos se encontrasen en el estado de la técnica anterior, no implicaría necesariamente que la invención no fuera novedosa, pues lo necesario es que la invención en su conjunto esté completamente en el estado de la técnica y ello no es equivalente a que todos sus elementos lo estuvieran **(263)** . Por tanto, el análisis no debe hacerse abstractamente, sino centrado en las reivindicaciones concretas de la patente **(264)** .

La distinción entre la falta de novedad implícita y explícita ha sido tratada también en

otros ordenamientos jurídicos. Por su importancia, destaca el desarrollo del concepto de *enabling disclosure* –divulgación habilitante– por parte de los tribunales de Reino Unido principalmente (265) , doctrina que, si bien no es propia de nuestro ordenamiento –contamos con el consagrado análisis de la novedad implícita y explícita–, comienza a plasmarse, por lo menos, terminológicamente en ciertas resoluciones de las Audiencias Provinciales (266) . No obstante, aunque se empleen términos totalmente distintos, las razones que se encuentran detrás de ellos presentan notables similitudes.

En primer lugar, sostienen que para que una invención sea novedosa se requiere que el estado de la técnica no divulgue la invención, es decir, que un experto no sea capaz de llegar al objeto que se pretende proteger con la invención a partir de la información del estado de la técnica (267) , debiendo tener en cuenta que en nuestro ordenamiento se excluyen del estado de la técnica las divulgaciones innocuas en el artículo 7 LP. En segundo lugar, en ocasiones, no será posible considerar que la invención no es novedosa simplemente por la divulgación, sino que este primer requisito deberá enlazarse con el segundo –*enabling*–, es decir, aunque se entienda que el estado de la técnica divulga la invención, no será habilitante si esta divulgación «*no contiene la información necesaria para poner en práctica la invención*» (268) . En definitiva, mediante el requisito de la novedad «*se trata de indagar si esta invención* […] *es sustancial o esencialmente idéntica a otra que se encuentra comprendida en el estado de la técnica*», tanto explícita como implícitamente (269) .

Por otro lado, en el sector gastronómico, las divulgaciones inocuas presentan una gran importancia por la constante –para muchos, necesaria– participación de los cocineros en los congresos gastronómicos. Recoge el artículo 7.b LP que no se considerará como parte del estado de la técnica aquella divulgación acaecida en los seis meses anteriores a la solicitud de la patente, si la divulgación se hubiere realizado en «*exposiciones oficiales u oficialmente reconocidas en el sentido del Convenio Relativo a Exposiciones Internacionales*», pero los congresos gastronómicos no tienen la consideración de exposiciones oficiales u oficialmente reconocidas. Por lo que, si se presenta la invención en un congreso sin haber solicitado la protección de la patente, podría terminar no siendo patentable por falta de novedad (270) .

Con todo, para analizar la posible novedad de una invención gastronómica, se deberá analizar si del estado de la técnica se desprende explícita o implícitamente que hay una falta de novedad. Afirma la doctrina que la novedad gastronómica requiere que la creación presente una combinación de ingredientes desconocida hasta el momento o que sea una variación sin precedentes de una receta anterior (271) , aunque «*demostrar que no hay precedentes directos en el mercado para una idea será difícil*» (272) .

Veamos un ejemplo. La patente ES 2 382 644 B1 tiene por objeto una salsa brava tradicional, «*que se fabrica de forma artesanal, siendo para uso alimentario con patatas y carnes rojas, caracterizada por su sabor picante*». En la solicitud de patente se aportaban como estado de la técnica una serie de recetas anteriores de salsas bravas y el examinador consideró que la receta que se pretendía patentar era novedosa (273) . La admisión como nueva de una receta de salsa brava –que forma parte del acervo gastronómico común– plantea alguna que otra duda. Si admitimos que la conjunción de los ingredientes, proporciones de ellos y pasos determinan que estamos ante una invención novedosa, ¿cuántas recetas de salsa brava podrán llegar a ser novedosas? ¿El más mínimo cambio de un ingrediente o de una proporción o de uno de los pasos será suficiente para reconocer que

una invención es novedosa? ¿La admisión de que la variación de una salsa tradicional es una novedad puede ir en contra de los fines del derecho de patentes?

b) Actividad inventiva

Las reflexiones anteriores no se pueden responder de manera aislada, pues «*incluso si una receta o un producto alimenticio son novedosos, la receta o el producto alimenticio podrían considerarse que no presentan actividad inventiva*» **(274)** . Dispone el artículo 8.1 LP que «*se considera que una invención implica una actividad inventiva si aquella no resulta del estado de la técnica de una manera evidente para un experto en la materia*», concepto que puede producir cierta confusión con el estudio de la novedad, dado que en ambos casos se parte del estudio del estado de la técnica **(275)** , si bien en esta ocasión se trata de averiguar «*si el experto en la materia, partiendo de lo descrito y en función de sus propios conocimientos, es capaz de obtener el mismo resultado de manera evidente, sin aplicar su ingenio*» **(276)** .

Nuestra jurisprudencia ha acogido como método *cuasiexclusivo* **(277)** para analizar la actividad inventiva el desarrollado por la Oficina Europea de Patentes –en adelante, EPO– y asumido por la OEPM, denominado como «aproximación al problema y a la solución o método problema-solución», que consiste en tres pasos: i. determinar el estado de la técnica más cercano; ii. establecer el problema técnico objetivo a resolver; y iii. analizar si la invención hubiera sido obvia para un experto en la materia.

En primer lugar, hay que fijar «*cuál es el estado de la técnica más próximo en la fecha de prioridad de la patente*» **(278)** , teniendo en cuenta que los artículos 6.3 y 8.2 LP excluyen las solicitudes presentadas con anterioridad, pero que su publicación no se haya realizado en la fecha de presentación de la solicitud. Indica la EPO que el estado de la técnica más cercano normalmente es aquel documento «*que revele una materia concebida para el mismo fin o que tenga el mismo objetivo que la invención reivindicada y que tenga en común las características técnicas más relevantes, es decir, que requiera el mínimo de modificaciones estructurales*» **(279)** . Con todo, el objetivo es que este estado de la técnica «*constituya el camino más fácil para que el experto llegue a la solución reivindicada o el punto de partida más prometedor para un desarrollo obvio que conduzca a la invención reivindicada*» **(280)** .

El segundo paso consiste en determinar cuál es el problema técnico objetivo que se debe resolver. La LP no establece como requisito de la invención que haya de existir un problema, ni que la invención tenga como objetivo la resolución de un problema. Pero el artículo 3 del Real Decreto 316/2017, de 31 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la LP sí que establece que la descripción de la invención permitirá comprender el «problema técnico planteado», aunque se denomine de otro modo, así como su solución, señalándose las ventajas que presenta la invención en comparación con el estado de la técnica anterior. Así, por problema técnico debemos entender «*las características técnicas que diferencian la solución propuesta con el estado de la técnica de referencia más cercano*» **(281)** .

Finalmente, habría que analizar si la invención hubiera sido obvia para un experto en la materia. El TS ha señalado que «*si el experto en la materia, partiendo de lo descrito anteriormente (estado de la técnica) y en función de sus propios conocimientos, es capaz de obtener el mismo resultado de manera evidente, sin aplicar su ingenio*» **(282)** , estaremos

ante un supuesto en que falta la actividad inventiva. Así recuerda que la EPO afirmó que lo que importa no es que fuera obvio para una persona inventiva, sino que lo fuera para alguien «*competente, pero no imaginativ*[o]» **(283)** . El TS considera que para analizar tal obviedad es necesario que el experto no trate todas las anterioridades de manera aislada, sino conjuntamente, si bien «*la concreta combinación de anterioridades tiene que resultar sugerida en el estado de la técnica o ser evidente para el experto medio*» **(284)** . En definitiva, no se trata de que el experto pudiera haber optado por la solución propuesta, sino que hubiera efectuado tal elección, siguiendo la regla inglesa de *would-could approach* **(285)** .

En cuanto a la aplicación de este requisito en la gastronomía, afirmaba Arons que para implicar actividad inventiva debía tratarse de una «*receta no evidente, que dé lugar a un producto con características de utilidad adicionales y materialmente diferentes a las de los ingredientes utilizados y a los de cualquier receta anterior* [...*,* pues] *debe existir una relación de cooperación entre los ingredientes seleccionados que produzca una realidad inesperada*» **(286)** . Por lo que, si la invención gastronómica conduce a los resultados esperados, a una combinación de sabores presumible, lo más probable es que se considere que no implica actividad inventiva **(287)** . Ahora bien, ¿qué obras gastronómicas podrán cumplir este requisito? **(288)** .

En España, si se recuerda la patente de la salsa brava, el examinador llegó a la conclusión de que implicaba novedad, pero no actividad inventiva porque el hecho de añadir cayena es simplemente la sustitución del ingrediente picante que llevan la mayoría de las salsas bravas por otro. O, por ejemplo, la patente ES 2 564 739 B1 se solicitó para una «*composición energética para uso alimentario caracterizada por una mezcla de quinoa junto con gofio canario de maíz*», considerándose que no implicaba actividad inventiva, puesto que, aunque no hubiera precedentes de tal mezcla, «*el empleo de gofio en lugar de harina es, en este caso, una mera sustitución de un ingrediente alimenticio por otro muy similar*». Aunque el valor jurídico de un examen de este tipo se limite a las partes, no deja de ser premonitorio de cuál es el parecer de la OEPM respecto de posibles invenciones gastronómicas.

No podemos dejar de señalar que, en el ordenamiento jurídico español, el artículo 68.3 LP establece que «*para determinar el alcance de la protección* [...] *deberá tenerse debidamente en cuenta todo elemento equivalente a un elemento indicado en las reivindicaciones*», recogiendo la teoría de los equivalentes desarrollada por la EPO; lo que complica aún más la patentabilidad de cualquier invención gastronómica que pueda ser una variación de otra anterior. La primera sentencia que recogió de manera clara la teoría en España señaló que para que hubiera infracción por equivalencia se admitían dos modalidades: i. «*cuando un medio es sustituido por otro que realiza la misma función esencialmente de la misma manera y en las vistas a la obtención del mismo resultado*» o ii. «*cuando, además de la igualdad en la función en vista de la obtención de un mismo resultado, el experto medio en la materia no tiene que llevar a cabo actividad inventiva propia para llegar al medio sustituto*» **(289)** .

Si pensamos en ciertas obras gastronómicas no podemos dejar de dudar de si se cumpliría o no el requisito de implicar actividad inventiva **(290)** . Volvamos al *Solomillo Wellington:* ¿la *Lubina en hojaldre* de Paul Bocuse implicaría actividad inventiva por el hecho de que se ha cambiado el solomillo por una lubina? ¿Y la *Langosta Wellington* de David de Coca? ¿A un experto en la materia le habría parecido obvio? O, si el *Solomillo*

Wellington estuviera patentado, ¿incluiría su protección también la lubina o la langosta por la teoría de los equivalentes? ¿O son ingredientes demasiado distintos? **(291)** . Sobre estos cambios, la antigua Corte de Apelaciones de Aduanas y Patentes estadounidense sostuvo en el caso *Levin* que añadir o eliminar ingredientes de una receta anterior o cocinarlos de una manera diferente no implica actividad inventiva porque antes nadie haya realizado dicha variación, sino que lo que se debe demostrar es «*que la nueva combinación de ingredientes produce un resultado inesperado* [no obvio]» **(292)** .

Por tanto, a la vista de esos pronunciamientos, sin perder de vista la teoría de los equivalentes, parece que patentar una receta por el cambio de un ingrediente no es del todo sencillo. Ahora bien, uno no puede dejar de preguntarse cómo interpretar lo obvio en la industria gastronómica o qué obviedad se requiere para que un ingrediente sea equivalente a otro.

c) Aplicación industrial

El último requisito positivo de patentabilidad requiere que la invención sea susceptible de aplicación industrial, disponiendo el artículo 9 LP que la invención será susceptible de aplicación industrial «*cuando su objeto puede ser fabricado o utilizado en cualquier clase de industria, incluida la agrícola*», requisito que, como ha señalado la doctrina, es poco problemático, a pesar de su importancia **(293)** . A simple vista, la invención gastronómica podría plantear un problema, ya que los restaurantes no se conciben como industria. Pero la industria gastronómica es más amplia y nada impide que determinada invención sea repetida de manera constante a nivel industrial –piénsese en las ya mencionadas aceitunas esferificadas de los hermanos Adrià–, sin perder de vista que ser susceptible de aplicación industrial no implica que deba ser efectivamente industrializada la creación, sino solamente que pueda ser posible. Por lo que este requisito no debiera plantear problema alguno.

3.2. Modelos de utilidad

A. Concepto, manifestaciones y delimitación

Junto con las patentes, la LP regula los modelos de utilidad, si bien a diferencia de aquellas, no están sujetos «*a criterios de armonización internacionales afectando no solo a los procedimientos, sino a la concepción misma del título e incluso a su misma existencia, ya* […] *no se reconoce en todos los países*». Ahora bien, no se trata de un concepto totalmente claro, pues presenta rasgos tanto de la patente como del diseño industrial.

El artículo 137.1 LP los define como «*las invenciones industrialmente aplicables que, siendo nuevas e implicando actividad inventiva, consisten en dar a un objeto o producto una configuración, estructura o composición de la que resulte alguna ventaja prácticamente apreciable para su uso o fabricación*» **(294)** , indicándose en su apartado segundo una serie de exclusiones y excepciones, remitiendo a las de las patentes, pero añadiendo como particularidad que no podrán ser protegidas, entre otras, «*las invenciones de procedimiento o las que recaigan sobre materia biológica*». Puede resultar conflictiva la exclusión de los procedimientos en relación con la gastronomía si se piensa que la receta es un procedimiento. No obstante, aunque se considerase de ese modo –lo cual podría ser discutido–, nada impide que se proteja una invención gastronómica, no por los pasos seguidos para llegar a ella, sino por el resultado final de la combinación de unos

determinados ingredientes (295) .

Mediante los modelos de utilidad se protegerán aquellas invenciones que «*consisten en dar a un objeto o producto una configuración, estructura o composición de la que resulte alguna ventaja prácticamente apreciable para su uso o fabricación*», requiriéndose que sean novedosas, impliquen actividad inventiva y tengan aplicación industrial; invenciones que solo se podrán materializar a través de configuraciones, estructuras o composiciones de objetos o productos. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 25 de mayo de 2022 señaló que las características de los modelos de utilidad son las que siguen: i. que se trate de una invención, es decir, que dé «*una solución a un problema técnico*»; ii. que se deba «*manifestar, necesariamente a través de la forma de un objeto, entendida en un sentido amplio como configuración externa, estructura interna y constitución o cambio de materia*»; y iii. que la forma debe «*mejorar la utilidad o efecto técnico de dicho objeto*», es decir, que reporte una ventaja práctica, que sea «útil y esa utilidad» se manifieste en su uso o fabricación (296) .

A pesar de que, a simple vista, el modelo de utilidad y la patente presenten notables similitudes –la tríada de requisitos positivos, *v. gr.*–, en el caso de los modelos se exige que de la invención se derive una «*ventaja prácticamente apreciable para su uso o fabricación, que consiste siempre en una regla materializada en la forma de un objeto*» (297) , debiendo entenderse en un sentido amplio, pues el precepto habla de «*configuración, estructura o constitución*» y la STS de 5 de noviembre de 2012 (298) recordó que bajo esas denominaciones se encontraban, respectivamente, la forma externa, la interna y la materia de un objeto. Por ello, la invención puede implicar una nueva configuración del objeto o del producto, es decir, una variación en su forma externa –*v. gr.*, las *patatas bravas* del chef Sergi Arola–; o una nueva estructura lo que implica una variación en su forma interna –*v. gr.*, la *tortilla deconstruida* de Marc Singla–; o una nueva composición que se materializa en el cambio de la materia de un objeto –*v. gr.*, la *Lubina en hojaldre* de Paul Bocuse–.

La diferenciación con las patentes (299) no solo reside en lo expuesto, sino, como se verá, en el requisito de actividad inventiva. Además, el plazo de protección de un modelo es sensiblemente inferior, pues, *ex* artículo 148 LP, será de diez años improrrogables, sin olvidar que, conforme a sus artículos 142.3 y 144, la OEPM no analizará en el procedimiento de registro los requisitos de «*la novedad, la actividad inventiva, la suficiencia de la descripción o la aplicación industrial*», salvo que un tercero se oponga a su concesión. No obstante, esto debe ser matizado, ya que el artículo 148.3 LP exige que para ejercitar las acciones de protección de un modelo de utilidad ante las actuaciones de terceros será preciso haber obtenido o solicitado el informe sobre el estado de la técnica, establecido en sede de patentes, «*referido al objeto del título en el que se funde la acción*» (300) .

Por otro lado, en cuanto a sus similitudes con los diseños industriales, aunque después se analicen detalladamente, cabe apuntar que la problemática de la diferenciación se encuentra cuando el diseño industrial no solo es ornamental, sino que presenta rasgos funcionales. Por lo que, sin entrar en mayores detalles por ahora, a modo de resumen se puede indicar que, si «*la forma es separable del efecto técnico producido, las características de apariencia funcionales, pero no necesarias, podrán ser protegidas como diseño industrial, mientras que si en una apariencia funcional, la forma es inseparable de la función técnica,* […] *podrá ser amparada por un derecho de modelo de utilidad*» (301) , siempre,

claro está, que cumpla los requisitos que se establecen en la LP.

Con todo ello, lo que debemos plantearemos es si es posible acudir a los modelos de utilidad para proteger una obra gastronómica, es decir, si podemos considerar que una invención gastronómica puede ser protegida mediante estos. A tal fin, viendo que el régimen jurídico que presenta es similar al de las patentes, nos centraremos en el análisis de las diferencias existentes entre ambos, concretamente en el requisito de la actividad inventiva, puesto que ni la aplicabilidad industrial ni la novedad **(302)** presentan diferencias respecto del análisis ya efectuado.

B. Requisitos: actividad inventiva

Como se acaba de afirmar, el requisito de implicar actividad inventiva presenta diferencias con el de las patentes. Dispone el artículo 140.1 LP que se entiende que la invención implica actividad inventiva «*si no resulta del estado de la técnica de una manera muy evidente para un experto en la materia*», siendo el adverbio *muy* el que marca la diferencia entre uno y otro. Nuestra jurisprudencia sostenía, bajo el paraguas de la antigua legislación, pero predicable también de la actual, que «*el elemento al que debe someterse el juicio de* […] *la actividad inventiva siempre vendrá determinada por el objeto al que se le aplica una configuración concreta*» **(303)** , es decir, habrá que ver si la ventaja apreciable para su uso o fabricación que resulta de la configuración, estructura o constitución implica actividad inventiva. Ahora bien, el problema reside en determinar qué significa *muy evidente*.

Señala la OEPM **(304)** que el término *muy evidente* debe significar que «*algo no va más allá del progreso normal de la tecnología sino, que se deduce muy simple o lógicamente del estado de la técnica, es decir, que está dentro de la habilidad o capacidad que se espera de un experto en la materia de una forma casi inmediata*», criterio que algunos tribunales han empezado a asumir de manera literal y que es un reflejo de lo que señalaba la doctrina más consagrada de nuestro país **(305)** , al afirmar que lo *muy evidente* es aquello que, en definitiva, se presenta al experto, tras analizar el estado de la técnica, como una conclusión paladina, palmaria o indudable, pues, como señaló la STS de 27 de octubre de 2011, «*si evidente es lo "tan claro que resulta indudable o innegable", "lo que salta a la vista", lo muy evidente es lo que no deja lugar a duda alguna*». Por tanto, si, al analizar el estado de la técnica conforme a la capacidad presupuesta de un experto en la materia, la regla técnica del modelo se encuentra en el estado de la técnica sin dificultad alguna, no cabrá considerar que implica actividad inventiva **(306)** . Pero hemos de recordar nuevamente la teoría de los equivalentes positivizada en la LP, también aplicable a los modelos, aunque, al exigirse una menor actividad inventiva, puede resultar más complicada su aplicación.

No cabe duda de que la invención gastronómica podría encuadrarse en esta categoría, tal y como lo demuestra el hecho de que en España contemos con numerosos modelos registrados, como es, por ejemplo, el *salmorejo natural de preparación instantánea* **(307)** o el *plato dulce de natillas con galleta rellena de crema de chocolate* **(308)** . Otra cuestión es si realmente estamos ante un sistema que proteja adecuadamente a las invenciones gastronómicas. Acceder al registro es relativamente más fácil, al no examinarse la novedad y la actividad inventiva, pero para poder ejercitar las acciones de protección sí que será necesario el informe del estado de la técnica, por lo que, a la hora de la verdad, volvemos a encontrarnos con la problemática del análisis de si la invención es novedosa e implica

actividad inventiva (309) , únicamente habiendo postergado su examen.

3.3. Estado de la cuestión en relación con la gastronomía

Como se ha visto hasta el momento, proteger invenciones gastronómicas mediante una patente o un modelo de utilidad no solo es posible, sino que ya es una realidad. En abstracto, no hay obstáculo legal alguno que impida que se pueda acudir a estos sistemas para protegerlas, mas ello no implica necesariamente la idoneidad del sistema.

La patentabilidad de una técnica no presenta inconveniente alguno desde un punto de vista jurídico, pues se trata de un procedimiento como el que se podría patentar en cualquier otra industria (310) . Empero la patentabilidad de ciertas técnicas-procedimientos puede plantear algún que otro problema, pues no todas las técnicas que se desarrollan en la gastronomía son propias de ellas, sino que son técnicas patentadas para usos en otras industrias, por lo que se debería acudir a una patente en la que se reivindicara un uso concreto para la gastronomía, lo cual no es del todo pacífico, teniendo en cuenta además que aquí el requisito de la novedad es más cuestionado todavía. Por ejemplo, Ferrán Adrià desarrolló la técnica de la creación de espumas en la alta gastronomía, empleando para ello un sifón de pastelería –para nata– de la marca iSi. ¿Podría ser patentable dicho uso por Ferrán Adrià?

La protección de una invención gastronómica como plato mediante patentes y modelos de utilidad puede plantear mayores inconvenientes. La novedad y la actividad inventiva, a pesar de la objetividad que debe reinar en su análisis, pueden terminar tiñéndose de subjetividad, dado que se trata de una industria en la que todo el mundo está involucrado y puede implicar que tengamos una serie de sesgos insalvables que no se predicarían en otras industrias –prácticamente todo el mundo cocina y en más de una ocasión en un ataque de creatividad podemos creernos el mayor de los cocineros–. A pesar de ello, hemos visto ejemplos de creaciones gastronómicas protegidas por estos instrumentos en nuestro país –como el mousse de algas– (311) . Pero viendo el ejemplo de la solicitud de patente de la mezcla de quinoa y gofio, donde el examinador consideró que no era patentable por carecer de actividad inventiva, cualquier cocinero se preguntará: ¿cuándo el cambio de un ingrediente supondrá actividad inventiva? Paul Bocuse fue el *inventor* de la receta de la *Lubina en hojaldre*, ¿pero puede ser suficiente tal cambio para considerar que se trata de una receta patentable frente al tradicional y conocido *Solomillo Wellington*?

La protección mediante un modelo de utilidad reduciría, en principio, esta problemática al exigirse una menor actividad inventiva, pues para no reconocer tal implicación se necesita que esta sea «muy evidente». Muchas de las dudas que se plantean en sede de patentes decaerían si se optase por esta protección al no requerirse el examen previo de la novedad y de la actividad inventiva, siendo su registro bastante más factible. Aunque, en la práctica, ello solo implica postergar el análisis a un momento posterior, ya que para poder ejercitar las acciones de defensa se exige que se acompañe el informe del estado de la técnica, donde se analizará la actividad inventiva y la novedad y, además, podría implicar que el cocinero, confiando en la protección del modelo, hubiera divulgado su invención en un congreso gastronómico, por ejemplo, y que, cuando llegue el momento decisivo de protección, descubra no solamente que no era protegible mediante un modelo, sino que ha estado divulgando su invención sin una protección real (312) .

Pero, al final, la inconcreción y casuística de los requisitos de novedad y actividad inventiva pueden convertirse en un lastre para la protección de las invenciones gastronómicas tanto a través de las patentes como a través de los modelos. Pensemos en la tradicional tortilla de patatas española **(313)** –la cual puede dar mucho juego con sus posibles novedades e incluso actividad inventiva–: ¿realizar una tortilla de patatas con huevos de gallina araucana chilena –conocidos porque su cáscara es azul– cumpliría el requisito de novedad? ¿O si somos partidarios la tortilla de patatas con cebolla, pero la sustituimos por chalotas que son más dulces que la cebolla común? ¿Y realizar la tortilla de patatas con alguna de los más de cuatro mil variedades de patatas que existen, apreciando las diferencias de sabores existentes entre unas y otras? ¿Y si cambiamos la técnica y cocinamos una tortilla de patatas a la brasa como hacen en el restaurante madrileño Piantao? ¿Y si deconstruimos la tortilla de patatas como hizo Marc Singa? ¿Y si usamos papas fritas de bolsa como hizo Ferrán Adrià?

¿Qué determina que la creación gastronómica se pueda proteger mediante una patente o un modelo? ¿Un cambio de ingrediente? ¿Un cambio de técnica? Si admitimos que un cambio de ingrediente o de técnica es suficiente, ¿cuántas recetas podríamos patentar o proteger mediante un modelo? Si yo crease una receta totalmente innovadora, ¿tendría que proteger todas las posibles variaciones que se me pudieran ocurrir para evitar que otro cocinero con una simple variación pudiera utilizar la receta? **(314)** ¿O, en cambio, la teoría de los equivalentes impediría cualquier cambio de cualquier ingrediente? A todo ello, deberíamos añadir –para acrecentar aún más la problemática– que la protección de un modelo de utilidad en el ámbito internacional es reducida **(315)** , por lo que puede ser un problema en un sector global como es la gastronomía, por lo menos, para los cocineros de mayor prestigio que ven sus platos replicados en restaurantes de todo el mundo.

Por otro lado, como ya se indicó, los congresos gastronómicos, en su configuración actual, son un obstáculo para estos instrumentos de protección. Por ejemplo, de manera sistemática los cocineros del restaurante Disfrutar, así como la empresa Caviaroli, han visto rechazadas sus solicitudes de patentes para procedimientos de esferificación por haberlos divulgado previamente, considerando la OEPM que tales invenciones no presentaban actividad inventiva **(316)** . Por lo que si se quiere acudir a esta protección se requiere un cambio en la mentalidad de los profesionales.

A ello hemos de añadir otros aspectos no directamente jurídicos, pero que pueden desincentivar el uso de las patentes **(317)** , como serían los costes de obtener una patente y el tiempo que se tarda en tal obtención. En España el coste medio, sin incluir el asesoramiento legal, está en torno a los 1.200 € y su procedimiento tarda entre 24 y 36 meses, quizá un tiempo excesivo para una industria que tiene por *leitmotiv* el cambio continuo. Imagínense que un cocinero de un modesto restaurante realiza una invención gastronómica. ¿Podría soportar económicamente que su patente pueda tardar dos años en ver la luz después de todo el tiempo que se ha invertido con anterioridad en el desarrollo de dicha invención sin haber podido rentabilizarla?

O, por ejemplo, en un contexto internacional como es el de la gastronomía de más alto nivel, una patente en un solo país es más que insuficiente e insignificante. ¿Cuál sería el coste de una patente de, por ejemplo, el danés René Redzepi que tiene discípulos e imitadores en toda la UE, EE. UU., Perú, México, Japón o Australia, entre otros muchos

países? ¿Cuánto tiempo se tardaría en obtener una patente en todos ellos? Esto se reduce drásticamente en sede de los modelos de utilidad porque su concesión es sumamente económica –en torno a los 100 euros– y el plazo de concesión es brevísimo en comparación; si bien, su protección en otros países quizá no sea posible o siéndolo en uno, no lo fuera en otro.

Ahora bien, no todo lo relacionado con las patentes y modelos de utilidad es negativo, pues estos instrumentos permiten la realización de un gran número de negocios jurídicos con ellos como objeto. En la alta gastronomía es habitual oír que los restaurantes no son rentables –buscan antes la calidad y creatividad que la rentabilidad– y un gran número de cocineros lo repiten de manera habitual. ¿Podrían ser las patentes o los modelos de utilidad una solución económica para ello? A través de licenciar sus patentes o sus modelos, los cocineros podrían obtener ingresos que ayudarían a la rentabilidad de sus propios restaurantes. Mas esto, nuevamente, exigiría un cambio de actitud en todo el sector, lo cual no parece, por ahora, probable.

Pero, aunque aceptemos su patentabilidad, esta podría entroncar con los valores que rigen y se comparten en la gastronomía. Afirmaba Arzak que «*nunca he patentado nada ni pienso hacerlo, aunque fuese posible*» **(318)** . ¿Ese es el sentir de los profesionales de la gastronomía? ¿Realmente el sector quiere limitar que otros cocineros puedan utilizar sus técnicas? ¿Los hermanos Adrià habrían querido en algún momento impedir que cocineros de todo el planeta pudieran esferificar? ¿La patentabilidad de una técnica se podría erigir en un auténtico cercenador del progreso científico-gastronómico? Utilizar patentes o modelos de utilidad para proteger obras gastronómicas puede terminar siendo un anatema para el espíritu de la gastronomía y terminar provocando un enfriamiento de la innovación y del compañerismo. Estamos ante una industria que lleva por bandera el compartir conocimientos, el avanzar a partir de la creación de un compañero, el versionar creaciones gastronómicas de otros y contribuir a la riqueza de este sector.

Ahora bien, ¿no es un sistema útil para ninguna creación gastronómica? Puede ser un instrumento más que adecuado para la industria alimentaria –como ya lo es–, pero no para la gastronomía y las creaciones de los cocineros en general **(319)** . Podrá serlo para aquellas creaciones gastronómicas totalmente novedosas, que no tengan ningún precedente, que sean auténticas innovaciones e, incluso, revolucionarias **(320)** . Ante esos platos no considero que hubiera demasiados problemas interpretativos o valorativos. Si bien, incluso entre los más grandes cocineros, esa clase de platos no es lo habitual, pero, por lo menos, sí que permitiría que ciertas invenciones-creaciones estuvieran protegidas por las patentes o por los modelos de utilidad, sin que en su solicitud reinase la inseguridad **(321)** .

Pero, con todo, presenta, en general, un problema de idoneidad para proteger las invenciones gastronómicas, pues solo será útil para unas pocas y concretas creaciones, aquellas en las que el valor resida en la innovación para el sector. Ahora bien, si no hubiera otra posibilidad, y pensando en esas invenciones gastronómicas que rompen con lo anterior, que son disruptivas, considero que el modelo de utilidad presenta mayores facilidades al cocinero, pues al exigirse una menor actividad inventiva, los requisitos de esta serán, lógicamente, menores. Al mismo tiempo, presenta mayores ventajas para la gastronomía porque los cocineros podrán proteger mediante modelos de utilidad invenciones-creaciones que presenten menor actividad inventiva, con lo que el número de recetas protegibles será

mayor, pues con ‘cambios’ menores se conseguirá igualmente una cierta protección.

4. Diseños industriales

4.1. Concepto y clases

La última de las categorías tradicionales de la propiedad industrial en España la componen los diseños industriales **(322)** que se encargan *grosso modo* de la protección de las invenciones estéticas –en EE. UU. se conciben como patente de diseño–. La ya mencionada LPJDI recoge en su exposición de motivos que «*el diseño industrial se concibe como un tipo de innovación formal referido a las características de apariencia del producto en sí o de su ornamentación*», y en su artículo primero define el diseño como «*la apariencia de la totalidad o de una parte de un producto, que se derive de las características de, en particular, las líneas, contornos, colores, forma, textura o materiales del producto en sí o de su ornamentación*» **(323)** , para a continuación definir los términos *producto* y *producto complejo*.

Así, conforme a lo dispuesto en la LPJDI, se define como «*una creación de forma dotada de especial atractivo para los potenciales usuarios y destinada a servir de modelo para la fabricación de un producto industrial o artesano*» **(324)** , pues, en definitiva, lo que se protege es «*la creación de la apariencia de los productos*» **(325)** , teniendo como función principal «*ornamentar un objeto con el fin de incorporarlo al mercado de la forma más atractiva posible*» **(326)** . Por otro lado, no se puede dejar de mencionar que la exposición de motivos de la ley establece que el bien jurídicamente protegido «*es, ante todo, el valor añadido por el diseño al producto desde el punto de vista comercial, prescindiendo de su nivel estético o artístico y de su originalidad*», lo cual es significativo porque, si bien lo estético tiene una gran importancia en el diseño, lo que se protege es el valor añadido desde un punto de vista comercial.

Del concepto legal de diseño podemos destacar una serie de aspectos. En primer lugar, que como se refiere a la «*apariencia de la totalidad o de una parte de un producto*», el diseño aparece ligado necesariamente al término producto **(327)** , el cual es definido en el artículo 1 LPJDI como «*todo artículo industrial o artesanal*», incluyéndose a continuación un listado de carácter abierto de posibles productos. De este modo, se nos presenta una de las bases fundamentales del diseño, su constitución por una entidad inmaterial –la apariencia– y un soporte material –el producto o producto complejo– **(328)** .

En segundo lugar, que la definición del diseño pivota en torno al concepto de *apariencia*, entendiendo que es aquello que «*da carácter y diferencia un producto o su ornamentación de los demás*» **(329)** , pero teniendo en cuenta que tal apariencia debe derivarse de las características de una serie de elementos del producto que, *ex* artículo 1 LPJDI y sin ánimo excluyente, son «*las líneas, contornos, colores, forma, textura o materiales del producto en sí o de su ornamentación*». Pero, además, ese aspecto que da carácter debe «*resultar visible en la utilización normal de ese producto*» **(330)** , lo cual puede llegar a ser contradictorio al recogerse elementos del producto, como la textura o los materiales que pueden no ser apreciables visualmente **(331)** .

En tercer lugar, que el componente estético se ha suavizado hasta cierto punto. No se concibe ya lo estético como lo bello, pues señala la exposición de motivos de la LPJDI que «*se*

registran tanto los diseños meramente ornamentales como los funcionales, con exclusión de aquellos cuyas características vengan exclusivamente impuestas por su función técnica», es decir, lo estético puede proceder tanto de lo ornamental como de lo funcional, siempre que este último no venga impuesto por su función técnica. No obstante, esta diferenciación puede no ser sencilla, dada la problemática distinción existente entre modelos de utilidad y diseños industriales, donde unos y otros pueden compartir funcionalidad y estética.

Cuando el diseño «*consiste exclusivamente en la apariencia ornamental de un producto o de una parte*» **(332)** no hay problema alguno. En cambio, cuando el diseño es funcional u ornamental y funcional la distinción no es clara. Mediante un diseño industrial se pueden proteger aquellas apariencias útiles, pero siempre que su utilidad no sea necesaria para el desarrollo de su función técnica, es decir, debe predominar «*la forma en que se presentan los elementos que lo componen*» frente a su función utilitaria **(333)** , pues «*solo protegen las creaciones de forma que supongan una novedad en el patrimonio de las formas estéticas y pueden ser formas útiles que no sean necesarias para cumplir una determinada regla técnica*» **(334)** .

Para determinar cuándo una forma se puede escindir de su función se admiten numerosos criterios con distinto respaldo jurisprudencial, de los que por importancia destacamos los dos siguientes **(335)** : i. la multiplicidad de formas, seguido mayoritariamente en España, por el que se admite la protección mediante el diseño industrial si «*la misma función técnica puede ser realizada por apariencias formales diversas*» **(336)** ; y ii. la intención del diseñador, seguido por la EUIPO, por el que se protegen aquellos diseños en los que la forma responde, aun mínimamente, a «*mejorar la apariencia visual del producto*» **(337)** , es decir, el criterio para elegir la forma no puede haber sido únicamente que cumpla una función.

En cuarto lugar, hemos de hacer referencia, como ya se hizo *ut supra*, a que el componente artístico no es óbice para que pueda ser protegido un diseño. En concreto, la DA 10.ª LPJDI dispone que la protección que se establece en ella es «*independiente, acumulable y compatible*» con la de la propiedad intelectual, siempre que el diseño «*presente en sí mismo el grado de creatividad y de originalidad necesario para ser protegido como obra artística*» **(338)** . De este modo, se considera que entre el diseño y la obra de arte «*no existe diferencia alguna en cuanto a su naturaleza, sino solo respecto de su distinto grado de nivel artístico*» **(339)** . No obstante, el TJUE en el caso *G-Star Raw* ha venido a concretar o matizar esta doble protección, al entender que un diseño para que sea protegido como obra artística deberán cumplirse necesariamente los requisitos establecidos en sede de los derechos de autor sin que el carácter estético, que es subjetivo, sea suficiente **(340)** .

Finalmente, la apariencia del diseño debe estar necesariamente ligada a un producto que es «todo artículo industrial o artesanal», facilitando esta doble inclusión que se pueda acudir a la protección del diseño industrial, aunque el producto no se haga en serie o presente pequeñas diferencias entre uno y otro fruto de esa repetición manual.

Ahora bien, hemos de realizar una diferenciación entre los diseños registrados y no registrados. El contenido de la LPJDI se refiere casi exclusivamente a los registrados, y para obtener la protección que se establece se requiere que el diseño sea registrado, pero junto con ellos encontramos también los no registrados, que podrán obtener su protección a través de la normativa comunitaria, en concreto, el Reglamento (CE) n.º 6/2002 del Consejo de 12 de diciembre de 2001 sobre los dibujos y modelos comunitarios –en adelante,

Reglamento 6/2002–, aplicable en España, y que los protege «*en los mismos términos que los derechos de autor*» **(341)** , si bien el plazo de su protección es de tan solo 3 años

Grosso modo a través de estos elementos podemos llegar a conceptualizar qué es un diseño industrial de acuerdo con la LPJDI, más para poder ser protegible es necesario que se den una serie de requisitos positivos establecidos en la propia ley. No obstante, la pregunta que debemos hacernos, por ahora, es si se puede entender que una creación gastronómica entra dentro de este concepto legal. No tengo ninguna duda. Comprueben las creaciones de, por ejemplo, Amaury Guichon o Eneko Atxa. En términos coloquiales: *diseño por los cuatro costados.* La obra gastronómica no es solo unos ingredientes que se combinan o unos pasos que se siguen, es algo más, comprendiendo su apariencia, elemento esencial para su concepción actual. La obra gastronómica tiene una apariencia, un diseño fruto de la actividad de su creador-diseñador que se puede percibir por todos los sentidos, es una obra total, aunque en este caso nos centremos en lo visual. Y esa apariencia puede derivarse de las características de colores, formas, texturas o materiales, todos ellos presentes en una creación gastronómica, en un plato. ¿Alguien puede negar que la *Tarta Robuchon* de Albert Adrià o *Le caviar* de Joël Robuchon no sean auténticos diseños?

Todo ese *diseño gastronómico*, en definitiva, lo que busca es que el 'simple plato' tenga un valor añadido que permita hacerlo atractivo desde un punto de vista comercial, que lo haga apetecible y que el comensal quiera consumirlo. El plato es un producto artesanal o industrial, dependiendo de la aplicación que se le quiera dar y de los medios con los que se termine contando, al que se le aplica un determinado diseño, una determinada apariencia. Ahora bien, ¿qué prevalece en una obra gastronómica? ¿El componente funcional o el ornamental? Es cierto que podrá haber creaciones gastronómicas en las que su diseño esté dictado exclusivamente por una cuestión funcional, pero en la gran mayoría de casos eso no es así, pues el diseño de un plato, aunque facilite su degustación, no responde mayoritariamente a cuestiones funcionales, sino estéticas u ornamentales **(342)** .

Por tanto, no hay en mi opinión duda alguna para entender que una creación gastronómica o, mejor dicho, que un diseño gastronómico pueda ser subsumible en el concepto legal de diseño industrial. Ahora bien, será necesario comprobar si tal diseño cumpliera los requisitos que se establecen en la LPJDI para los diseños registrados y, en caso afirmativo, analizar la idoneidad de este instrumento de protección.

4.2. Contenido

Los derechos que otorga la protección del diseño industrial registrado tienen una duración de cinco años desde que se presenta la solicitud de registro, renovables por periodos idénticos hasta una protección máxima de 25 años, *ex* artículo 43 LPJDI, frente a los tres años que se establecen en el artículo 11 del Reglamento 6/2002 para los diseños no registrados. Durante el tiempo de protección de los diseños registrados, conforme al artículo 45 LPJDI, su titular tendrá «*el derecho exclusivo a utilizarlo y a prohibir su utilización por terceros sin su consentimiento*» **(343)** .

Además, el artículo 47 LPJDI determina el alcance de la protección al disponer que la protección «*se extenderá a cualquier diseño que no produzca en el usuario informado una impresión general diferente*», mientras que en el caso de los diseños no registrados el artículo 19 del Reglamento 6/2002 establece que «*solo confiere a su titular el derecho de*

impedir [la fabricación, oferta, puesta en el mercado, importación, exportación o utilización] *si la utilización impugnada resulta de haber sido copiado el dibujo o modelo protegido*».

Por tanto, se concede al titular del diseño industrial, de manera similar a las patentes, un derecho de uso exclusivo y excluyente, lo cual impedirá que otra persona sin su autorización pueda utilizar el diseño protegido –sin perjuicio del posible agotamiento del derecho–. No obstante, en relación con la gastronomía el diseño no protegería la creación en su conjunto, sino solo la apariencia externa del resultado final **(344)** . Si pensáramos en el plato mencionado de Robuchon, se podría realizar una combinación con los mismos ingredientes y técnicas, pero con otro emplatado-diseño.

4.3. Requisitos

El artículo 5 LPJDI dispone que para que un diseño sea protegible debe ser nuevo y poseer carácter singular, constituyendo ambos los requisitos positivos del diseño industrial.

A. Novedad

En cuanto a la novedad, dispone el artículo 6 LPJDI que «*un diseño es nuevo cuando ningún otro diseño idéntico haya sido hecho accesible al público antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro o* [… según los casos] *de la fecha de prioridad, añadiéndose que se considerarán idénticos los diseños cuyas características difieran solo en detalles irrelevantes*». Así, hay que partir, por un lado, de la divulgación realizada previamente del diseño y, por otro, del parecido que presente con otros diseños anteriores **(345)** . Con todo, la ley ha adoptado el concepto de novedad alemán por el que se entiende que «*lo nuevo es lo que no se haya puesto a disposición del público, que equivale a lo no conocido*» **(346)** .

Respecto de la divulgación que se haya realizado del diseño, el artículo 9 LPJDI recoge que se entenderá que es accesible al público, «*cuando haya sido publicado, expuesto, comercializado o divulgado de algún otro modo antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro o* […] *de la fecha de prioridad*». No obstante, tales hechos no desvirtuarán la novedad cuando «*razonablemente, no hayan podido llegar a ser conocidos en el curso normal de los negocios por los círculos especializados del sector de que se trate de que operen en la UE*», excluyéndose, además, las comunicaciones bajo condiciones de confidencialidad.

Por otro lado, el artículo 10 LPJDI recoge unos supuestos de divulgaciones inocuas, entre los que se incluye la realizada por el autor en el período de doce meses anterior a la fecha de presentación de la solicitud o de prioridad, implicando dos diferencias importantes respecto del régimen de divulgaciones inocuas de las patentes: i. el plazo ‘de gracia’ es de un año y ii. no hay motivos tasados para que la comunicación en tal plazo sea o no tenida en cuenta para valorar la accesibilidad por parte del público –pudiéndose incluir en ellas las participaciones en congresos gastronómicos–.

Respecto del parecido que presente el diseño con otros anteriores, la LPJDI no incluye en la comparación todos los diseños existentes en el mundo, sino solo aquellos que hayan sido divulgados. No obstante, tal divulgación es matizada, puesto que solo impedirá el carácter novedoso de un diseño en caso de que «*haya sido de tal naturaleza que sea razonable*

esperar que el diseño haya llegado a ser conocido en el tráfico ordinario por los especialistas del correspondiente sector de la UE» (347) . Es decir, compararemos el nuevo diseño con 'algunos' anteriores que serán aquellos que razonablemente sean conocidos en la UE por el sector al que pertenezca el diseño (348) . Si bien, en caso de que un diseño pueda estar relacionado con más de un producto de sectores distintos, la doctrina no es unánime acerca de los especialistas de qué sector serían los que deberían analizar la novedad (349) . Y en cuanto al concepto de 'tráfico ordinario', deben excluirse del mismo aquellas actividades que no sean frecuentes o usuales en el sector en cuestión (350) .

Respecto de la comparación entre los diseños, el artículo 6.2 LPJDI señala que «*se considerarán idénticos los diseños cuyas características difieran solo en detalles irrelevantes*». Así, el Tribunal Supremo ha entendido que las características relevantes son aquellas que al comparar dos diseños se aprecian a simple vista, por lo que *a sensu contrario* un detalle irrelevante será aquel que no se aprecie a simple vista (351) .

Empero como se ha podido observar, la novedad de los diseños presenta notables diferencias con el requisito analizado en sede de patentes y modelos. Frente al análisis del estado de la técnica, aquí se trata de valorar si la apariencia del producto enriquece el «*patrimonio de las apariencias totales o parciales de los productos a los que se incorpora el diseño*» (352) . Otra notable diferencia se encuentra en el hecho de que, en sede de diseños, se contemple como divulgación inocua la que realice su autor –también otros en ciertas circunstancias– en el periodo de doce meses anterior a la fecha de presentación. Y, además, para considerar que no es una novedad es necesario que la divulgación haya podido llegar a ser conocida en la UE, cosa que limita mucho los efectos de las divulgaciones. En definitiva, como señala Saiz García, «*se trata de una novedad objetiva relativa, porque la forma que se solicita no debe existir anteriormente o, si existe, no debe ser conocida por los círculos especializados del sector que operen en la* [UE]» (353) .

¿Se cumple este requisito de novedad en un diseño gastronómico? Hay numerosos ejemplos de ello (354) . La novedad en sede del diseño industrial pivota sobre dos ideas. Por un lado, que no haya sido divulgado previamente, con las matizaciones realizadas. Por otro lado, que sus características diferenciadoras no sean detalles irrelevantes. Respecto del primero, siendo la gastronomía un sector prácticamente universal, hay una gran probabilidad de que diseños de todas partes del mundo sean conocidos en la UE, por lo que será el segundo matiz el que determinará verdaderamente el cumplimiento de este requisito. Muchas veces el cambio de un ingrediente es lo que determina que estemos ante obras gastronómicas distintas, pero en sede de diseños, ¿un cambio de ingrediente puede ser entendido como ese elemento que aporta valor? Si la apariencia se refiere a lo visual, ¿solo se contemplarán los cambios de ingredientes que sean externos? ¿O deberán tenerse en cuenta los que sean visibles al partir el plato con cuchillo y tenedor? Por ejemplo, volviendo a la *Lubina en hojaldre* de Paul Bocuse ¿sería posible protegerla, aunque la lubina no se vea hasta que se decida comer? ¿El diseño protegería la utilización de la lubina? ¿O solo la apariencia conseguida con el hojaldre que simula un pescado? Ciertas dudas que no son fáciles de resolver.

B. Carácter singular

A pesar de que considerásemos que el diseño gastronómico es novedoso, para obtener la protección que otorga el diseño industrial registrado es necesario que el diseño posea

carácter singular, poseyendo tal carácter, *ex* artículo 7 LPJDI, «*cuando la impresión general que produzca en el usuario informado difiera de la impresión general producida en dicho usuario por cualquier otro diseño que haya sido hecho accesible al público antes de la fecha de presentación* [… o] *de prioridad*». No debemos olvidar, además, que para determinar el carácter singular «*se tendrá en cuenta el grado de libertad del autor para desarrollar el diseño*». Este requisito responde a una doble finalidad. Por un lado, recompensa «*el esfuerzo creativo que aumente el atractivo de las prestaciones puestas en el mercado entre sus destinatarios*», pero, por otro, excluye «*la admisibilidad en el sistema de aquellos diseños industriales en los que no concurra esta exigencia, pues no estaría justificada la protección que se confiere* […] *si los mismos no revistiesen este rasgo característico*» **(355)** .

Los dos requisitos del diseño industrial presentan grandes similitudes **(356)** . No obstante, frente a la comparación objetiva del anterior centrada en los detalles irrelevantes, aquí se trata de la comparación **(357)** de la impresión general del nuevo diseño, analizada por un «usuario informado» **(358)** . Por tanto, para que un diseño sea protegido conforme a la LPJDI no basta con que presente un cambio de detalles relevantes, que se vean *a simple vista*, sino que será necesario que la impresión general del nuevo diseño, es decir, el diseño en su conjunto «*difiera de la impresión general» de cualquier otro diseño en opinión de un «usuario informado*», por lo que «*las diferencias deben ser por tan tanto apreciables, que no provoquen en el usuario informado la sensación de un diseño ya visto*» **(359)** .

En cuanto a la «impresión general», el TJUE en el caso *Karen Millen Fashions* sostuvo que la impresión general que se produzca debe ser distinta «*no por una combinación de características aisladas, basadas en varios dibujos o modelos anteriores, sino por dibujos o modelos anteriores, individualmente considerados*» **(360)** . Así, en la STS de 25 de junio de 2014 se consideró que debe realizarse un juicio comparativo sintético, no analítico, teniéndose en cuenta «*los elementos más relevantes del diseño, que determinan en el usuario informado esa impresión general diferente*» **(361)** . No obstante, no se establece en la LPJDI cuál es el grado de singularidad o diferencia que se debe exigir, optándose en la jurisprudencia por no precisar el grado, pero sí considerar que, «*a mayor singularidad, mayor ámbito de protección ha de otorgarse al diseño prioritario y* […] *mayores deben ser las diferencias para que el modelo posterior no produzca en un usuario informado la misma impresión general*» **(362)** .

Otro de los aspectos destacables de este requisito es que la valoración del diseño será realizada por un «usuario informado», no cualquier usuario del diseño como en sede de marcas, ni tampoco un experto en la materia como en sede de patentes **(363)** . El TJUE, en sede de diseños comunitarios, pero extrapolable a la cuestión tratada, afirmó, en el caso *PepsiCo.,* respecto de este concepto, que el usuario informado «*conoce los diferentes* [diseños] *existentes en el sector de que se trata, dispone de un determinado grado de conocimiento sobre los elementos que normalmente contienen esos* [diseños] *y, debido a su interés por los productos de que se trata, presta un grado de atención relativamente elevado al utilizarlos*» **(364)** . Así, en la STS de 16 de septiembre de 2021 se señaló que el usuario informado «*no es un simple consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, sino un usuario que presenta un especial cuidado, ya sea debido a su experiencia personal, ya a su amplio conocimiento del sector de que se trate*» **(365)** . Además, en la STS de 30 de abril de 2014 **(366)** se había considerado que en caso de que un diseño se aplique a productos de sectores distintos, los «*usuarios informados, a efectos de*

uno y otro producto, serán diferentes».

No obstante, la mayor problemática radica en la materialización de este concepto en sede procesal, ya que habrá casos en los que el propio juez se considere a sí mismo «usuario informado», mientras que en otros necesitará de un apoyo, sin que pueda ser un perito porque este tiene la condición de experto. Por lo que parece ser que, en caso de que el juez no pueda considerarse a sí mismo como «usuario informado» o las partes entiendan que no lo es, la opción más recomendable sería el uso de encuestas o sondeos realizados a usuarios informados **(367)** .

En último lugar, es necesario referirse al «grado de libertad del autor», ya que el artículo 7.2 LPJDI establece que deberá tenerse en cuenta para analizar el carácter singular del diseño, pues, tal y como recuerda su exposición de motivos, la industria del diseño es heterogénea y en gran cantidad de ocasiones la creatividad de los diseñadores se ve encuadrada necesariamente en ciertos gustos o modas. Es decir, habrá que tener en cuenta qué margen tenía el autor-diseñador para el desarrollo del nuevo diseño **(368)** . La sentencia del TGUE de 21 de noviembre de 2013 sostuvo que para el análisis del grado de libertad del autor se debía tener en cuenta «*las características impuestas por la función técnica del producto o de un elemento del producto, o incluso de las prescripciones legales aplicables*», por lo que cuanto mayor libertad tenga el diseñador, «*menor será la posibilidad de que las diferencias secundarias que existan* […] *causen una impresión general distinta, mientras que si su libertad era menor, mayor será la posibilidad de que las diferencias secundarias* […] *causen una impresión general distinta*» **(369)** .

Tras todo lo analizado, debemos cuestionarnos si un diseño gastronómico podría presentar carácter singular. La respuesta es lacónica y asertiva: Sí. La impresión general de un diseño gastronómico perfectamente puede producir una impresión distinta a la de cualquier otro diseño. Por ejemplo, piensen en el tartar del restaurante triestrellado alemán Waldhotel Sonnora que se presenta como si fuera una porción de pastel. No hay inconveniente alguno en ello, aunque deba analizarse caso por caso.

Esto no impide, no obstante, que nos surjan ciertas dudas. Por ejemplo, ¿quién es el usuario informado? Todos comemos, todos vamos a restaurantes y probamos platos distintos. ¿Pero eso determina que seamos usuarios informados? En absoluto. Ahora bien, en la actualidad, la gastronomía parece que es una materia dominada por una cantidad ingente de personas y las redes sociales están pobladas de críticas –con enorme influencia–, pero que, por desgracia, construyen un discurso sin un bagaje gastronómico consolidado. Y esa realidad de la gastronomía puede suponer un alto riesgo para ella y para su posible protección. Un «usuario informado» no es un consumidor al uso, debe demostrar un plus de conocimientos, de saberes. Ahora bien, ¿podría ser un «usuario informado» un crítico gastronómico? ¿Un crítico es «usuario informado» o experto? Quizá si entendiéramos que son «usuarios informados» obtendríamos no la mejor, pero sí una de las mejores herramientas para comprobar cuándo un determinado diseño gastronómico tiene carácter singular.

4.4. Contextualización en el sector gastronómico

¿Hay creaciones gastronómicas protegidas como diseños industriales? Sí. ¿Puede una creación gastronómica ser novedosa y poseer carácter singular? Sí. Ahora bien, ¿sirve el

diseño industrial para proteger efectivamente las obras gastronómicas en general? No. Por un lado, no se lograría su protección total, ya que solo abarcaría la apariencia externa, su diseño, no los pasos seguidos o los otros muchos componentes sensitivos que construyen la obra gastronómica como obra total. Solo protege su apariencia, cuando la obra gastronómica es mucho más **(370)** . No impediría que otro cocinero empleara los mismos ingredientes, los mismos pasos, pero presentándolo de un modo distinto. Al final, el diseño sería otro **(371)** . Por otro lado, los requisitos de novedad y carácter singular no se cumplen con una ligereza pasmosa. Un cambio de ingrediente por importante que sea –la lubina en lugar de solomillo– puede ser que no cumpla los parámetros para entender que es un diseño novedoso y singular. Además, nada impediría que pasado el tiempo de protección en un restaurante se sirviera el plato sin mencionar quién lo diseñó.

En cambio, el diseño sí que puede presentar una cierta utilidad en relación con una serie de obras gastronómicas concretas: aquellas que presentan un alto grado de creatividad y originalidad, puesto que si la obra gastronómica es creativa, original, nueva y singular podría ser protegida como diseño artístico **(372)** , es decir, protegida por los derechos de autor y por el diseño industrial, una doble protección de dos sectores distintos, pero complementarios, pudiendo llegar a proteger también la forma representativa del plato, la receta. En los diseños artísticos gastronómicos, diseño, arte y gastronomía se dan la mano y «*el creador de una forma estética, sugestiva o atrayente aplicable a la industria, además de la protección mediante el régimen específico del diseño industrial, podrá disfrutar conjunta o alternativamente de la protección mediante derecho de autor*» **(373)** .

Un ejemplo claro de esta protección sería la *Tarte bouquet de roses* del cocinero Alain Passard del restaurante *L'Arpège,* una tarta de manzana caracterizada por la laminación de la totalidad de cada fruta en una sola pieza extremadamente fina para posteriormente darle forma de capullo de rosa. De este modo, tras juntar varias manzanas, da la impresión de que estamos ante un ramo, diseño que es una auténtica obra de arte. Passard tiene registrado como diseño industrial –en Francia se distingue entre diseños y modelos– un total de once posibilidades de la mencionada tarta **(374)** . Y no solo eso, sino que el Tribunal de Grande Instance de París **(375)** consideró que un determinado supermercado infringía el diseño de Passard y que no podía comercializar una tarta de manzana con forma de ramo de rosas. Ejemplo demostrativo, aunque sea mínimamente, del éxito que se puede conseguir mediante la consideración de la obra gastronómica como diseño artístico.

Ahora bien, el diseño en general plantea los mismos problemas en relación con el sector gastronómico que los demás instrumentos de protección analizados **(376)** . Es muy complicado aunar los efectos de esta clase de protección con los ideales que rigen en la gastronomía. ¿Quién querría ser *stagier* de un gran restaurante si luego no puede emplear las creaciones aprendidas para desarrollar un nuevo plato, una nueva obra o un nuevo diseño? ¿Permite el diseño artístico la inspiración en obras anteriores o su modificación para la creación de otras nuevas? Los artículos 45 y 47 LPJDI confieren al titular del diseño la facultad de «*prohibir su utilización por terceros sin su consentimiento*» y su protección se extiende «*a cualquier diseño que no produzca en el usuario informado una impresión general diferente*». ¿Cuándo un cambio de un diseño artístico gastronómico se considerará legitimo? Volvamos al caso de la *Lubina en hojaldre* de Paul Bocuse. Si protegemos el *Solomillo Wellington* como diseño artístico, ¿podría considerarse que la creación de Bocuse es una infracción del otro diseño? ¿Quieren realmente esta clase de protección o lo que

buscan es simplemente un reconocimiento a su condición de diseñadores?

Por ello, entiendo que el diseño industrial no es el medio idóneo para proteger en general las creaciones gastronómicas. No solo por estos motivos extrajurídicos, sino porque muchas de ellas no suponen un diseño novedoso o singular –aunque sean actividad creativa– y a otras, presentándolo, les resultaría altamente complicado el cumplimiento de los requisitos positivos. Al final, solo protegen la apariencia externa y una creación gastronómica no es que solo sea mucho más, sino que puede tener el valor en otros aspectos que no son la apariencia. Con todo, considero que no es la opción ideal para la protección de las obras gastronómicas, si bien podrá tener una gran utilidad en aquellos diseños gastronómicos en los que su valor y lo que se quiera proteger resida exclusiva o mayoritariamente en su apariencia, entrando así en la protección de los diseños artísticos para aquellas –pocas– obras que puedan entrar en el ámbito de las dos protecciones. Quizá, como se mantuvo al inicio de este epígrafe, las obras de Amaury Guichon sean el mayor ejemplo de ello, pero no todas las creaciones gastronómicas son exactamente así.

VI. SECRETOS EMPRESARIALES

1. Ideas previas

Lo más probable es que cuando se haya hablado de la protección de las obras gastronómicas más de uno haya pensado inmediatamente en esas recetas secretas que se guardan con celo, que nuestro imaginario coloca dentro de cámaras acorazadas. Todos conocemos la existencia de recetas secretas o, más bien, conocemos historias, mitos y leyendas sobre ellas. Desde que un niño lee *Charlie y la fábrica de chocolate* de Roald Dahl o ve alguna de sus versiones cinematográficas, se adentra de cabeza en el mundo de los secretos empresariales en la gastronomía, aprendiendo sin excesivo esfuerzo qué es el espionaje industrial o cómo se deben proteger los más importantes secretos.

La gastronomía está plagada de ejemplos reales de recetas secretas: *Coca-Cola*, el pollo frito de *KFC*, los *pastéis de* Belém, la salsa *Worcestershire Lea & Perrins*, etc. Más aún, quizá toda persona en alguna ocasión haya comido en un restaurante en el que mantienen como secreta la receta que les da la fama o mantienen secreto algún ingrediente concreto: Hasta hace nada era secreta la *Salsa de mostaza* de Nebraska en Madrid –fue desvelada por unos antiguos trabajadores–, pero ¿alguien sabe cuál es el secreto de los *Entrepans de frankfurt* de Conesa en Barcelona? ¿Y el de la *Tarta Sacher* del Café Sacher de Viena o el de las empanadas del Rancho Doña María en Chile?

En definitiva, secretos en la gastronomía, *haberlos, haylos.* ¿Pero pueden realmente servir para proteger una obra gastronómica? ¿O su virtualidad se limita a la protección de un ingrediente, paso o proporción concreta? Si se protege mediante un secreto una pequeña parte de la receta, ¿se logra el efecto de protegerla entera? Con cada vez más cocinas abiertas en los restaurantes ¿se puede lograr una efectiva protección de la creación? ¿Los clientes cuando acuden a un restaurante podrían realizar ingeniería inversa para averiguar la composición de la obra gastronómica? ¿O se les podría obligar a firmar un acuerdo de confidencialidad, casi como si *contractualizásemos* la expresión *come y calla*? ¿Cómo se puede conjugar el secreto de un ingrediente con la normativa de alérgenos nacional y europea? Sin duda, los secretos empresariales en la gastronomía nos plantean numerosas cuestiones **(377)** .

2. Concepto y requisitos

2.1. Concepto

Risch escueta, pero certeramente, definió los secretos empresariales como «*un tipo de información que tiene valor porque no se conoce de forma general*» (378) . No obstante su lacónica virtualidad, en nuestro ordenamiento hemos de partir de la definición legal recogida en la LSE, cuyo artículo 1 dispone que el secreto empresarial es «*cualquier información o conocimiento* (379) », *incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero*» que reúna tres condiciones: i. «*ser secreto*»; ii. «*tener valor empresarial por ser secreto*»; iii. «*haber sido objeto de medidas razonables* […] *para mantenerlo en secreto*» (380) .

Así, se construye la definición en torno a tres elementos: «*el objeto que puede constituir secreto empresarial, la naturaleza de ese objeto y las condiciones que hacen de ese objeto un secreto empresarial merecedor de la protección establecida*» (381) . No obstante, un sector amplio de la doctrina ha criticado, a pesar de reconocer la dificultad de la conceptualización, que la LSE –también la Directiva 2016/943– no construye un concepto de secreto empresarial, sino que establece su definición por remisión a una serie de requisitos (382) . Desde una perspectiva jurisprudencial, la STS de 20 de diciembre de 2018 (383) –anterior a la LSE, aunque plenamente vigente su aportación– definió el secreto empresarial desde «*una concepción funcional-práctica, debiendo considerar secretos de empresa los propios de la actividad empresarial, que de ser conocidos contra la voluntad de la empresa, pueden afectar a su capacidad competitiva*». Pero no podemos obviar que se trata de una definición poco concreta.

Con todo, estamos ante un concepto etéreo o inasible, al que añadimos una serie de condiciones extrínsecas, que «*están teñidas además de no poco margen de ambigüedad*» (384) . El concepto no es claro y se requerirá de un gran esfuerzo doctrinal y jurisprudencial para definirlo sin fisuras y ambigüedades, aunque el mismo no es el objetivo de estas páginas, por lo que, en aras de profundizar en el concepto de los secretos empresariales, se procederá a analizar los requisitos establecidos de un modo directo o indirecto en la LSE.

2.2. Información o conocimiento de carácter empresarial

En primer lugar, aunque pueda parecer lógico, el objeto de todo secreto empresarial debe ser información o conocimiento, pues el secreto es algo inmaterial (385) que está «*constituido por una actitud mental de reserva sobre un conocimiento o por decirlo de otra manera, el secreto es un conocimiento reservado*» (386) , siendo la información el conjunto de datos que puede ser interpretado por una persona (387) . No obstante, información y conocimiento, a pesar de las similitudes conceptuales que presentan, ejemplifican dos puntos de vista distintos del objeto del secreto empresarial, pues la información «*incide en el aspecto objetivo del objeto protegido*» y el conocimiento se refiere al *aspecto intelectivo* (388) . Por otro lado, se ha de tener en cuenta que el concepto de información o conocimiento no puede comprender simples trucos o la práctica empírica basada en la habilidad y en la experiencia, pues ese saber hacer es distinto de lo que constituye el objeto de los secretos empresariales (389) .

No obstante, no todo tipo de información o conocimiento podrá ser el objeto de los

secretos empresariales, pues su mismo nombre nos indica que necesariamente la información o el conocimiento deberán ser merecedores de portar el adjetivo *empresarial,* es decir, necesariamente la información o el conocimiento deben tener carácter empresarial, tienen que entrar dentro del ámbito de una empresa, no debiéndose entender este término de manera restrictiva, puesto que la propia Directiva 2016/943 en su primer considerando habla de «*empresas, así como los organismo de investigación de carácter no comercial*», por ello, como señala Suñol Lucea, al hablar de empresa en sede de secretos empresariales se debe incluir tanto a cualquier «*comerciante en sentido estricto, como a cualquier otra clase de empresarios, los profesionales liberales, la Administración Pública* [...], *las universidades e incluso artistas, científicos o deportistas*» **(390)** .

Ahora bien, no importa si la información o el conocimiento es relativo a aspectos productivos, financieros, comerciales, de márquetin o cualquier otro, siempre que entre dentro de «*la esfera reservada de la empresa*» **(391)** . Este carácter abierto se desprende de manera clara del artículo 1 LSE cuando dispone que «*se considera secreto empresarial cualquier información o conocimiento*», indicando a continuación alguna de sus clases, pero no con carácter de *numerus clausus* **(392)** , superándose la tradicional distinción entre secretos técnico-industriales, comerciales y organizativos, como ya sostuvo la STS de 21 de octubre de 2005 **(393)** y positivizando tal sentir, pues lo definitivo es que se trate de una información o conocimiento vinculado a una empresa. A pesar de ello, como ya se pronunció la STS de 4 de marzo de 2005, el secreto empresarial tiene un contenido patrimonial, por lo que «*no puede ser equiparado al derecho fundamental a la intimidad*» **(394)** .

En relación con la gastronomía, no podemos dejar de señalar que una creación gastronómica es el resultado final de un proceso creativo. Un proceso que está conformado por una serie de informaciones y conocimientos –desde los ingredientes hasta la forma de su presentación– que se entrelazan de una determinada manera para alcanzar un concreto resultado. Y, además, toda creación gastronómica es, en definitiva, un activo tangible e intangible, al mismo tiempo, de una empresa. Por lo que, sin duda alguna, la obra gastronómica puede cumplir con este primer requisito, pues la misma no deja de resguardar una serie de informaciones y conocimientos que se aplican para realizar una determina creación en el ámbito de una empresa. Incluso, si como vimos en sede de derechos de autor, se considerase que la creación gastronómica es solo una idea, los secretos empresariales podrían protegerla igualmente **(395)** . Piensen, sin poner ejemplos concretos de ciertos restaurantes, en un guiso que se realiza de una manera particular, sin que nadie, salvo su cocinero, conozca cuál es su secreto. Esa forma de realizar el plato es la información, posiblemente, más preciada de esa empresa de restauración **(396)** .

2.3. Carácter secreto de la información o conocimiento

El segundo de los requisitos es que la información sea secreta, siendo el requisito más importante, puesto que de su carácter secreto dependen directa o indirectamente los demás requisitos **(397)** . Para discernir cuándo la información empresarial será secreta, el artículo 1 LSE establece que es necesario que se den dos requisitos acumulativos: i. que la información no sea conocida de manera general por quienes habitualmente actúan en los círculos donde suele ser utilizada; y ii. que el acceso a dicha información no conocida por parte de tales círculos no sea sencillo, enlazándose necesariamente con el requisito de que se establezcan medidas de protección que impidan un fácil acceso a ella.

De tales condiciones o requisitos, en primer lugar, es necesario destacar la utilización de la expresión «*círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento*» (398) , círculos que incluirían a todas aquellas personas que se vean involucradas directa o indirectamente por sus actuaciones o intereses en los sectores afectados, siendo un estándar subjetivo cercano al usuario informado del derecho marcario, pero con notas del experto en la materia del derecho de patentes (399) . Una de las pocas sentencias de nuestra jurisprudencia que analiza en detalle esta cuestión es la SAP Barcelona de 10 de septiembre de 2019, en la que se mantuvo que las personas de dichos círculos serían «*tratándose de una información técnica,* […] *técnicos que trabajen en el campo relativo a dicha información, ya que son los círculos en los que normalmente se utiliza dicho tipo de información*» (400) . En mi opinión, la inconcreción e indeterminación de este término, aunque sea conveniente ir realizando aproximaciones al mismo, es altamente ventajosa, pues, de este modo, no se concreta *ex ante* con un posible efecto limitador, sino que tal concreción se realizará *ex post* atendiendo a las características propias del mercado en que se encuentre el secreto.

Ahora bien, el carácter secreto requiere que la información o conocimiento no sea «generalmente conocido», encontrándonos de nuevo ante un concepto indeterminado (401) . Así, en primer lugar, no se trata de que la información sea novedosa, como vimos en sede de propiedad industrial, ya que los secretos empresariales permiten que dos personas distintas lleguen a una misma información por caminos independientes (402) , por lo que no importa, en definitiva, que la información protegida sea una novedad absoluta (403) , sino que sea generalmente conocida. En este sentido, la SAP Barcelona de 4 de febrero de 2021 indicó que el «*carácter secreto resulta del poco o nulo conocimiento que se tenga de la información o conocimientos en el sector comercial donde la misma puede tener relevancia y se viene rechazando la protección a aquellas informaciones*» (404) . Por tanto, se trata de que la información que constituye el secreto solo sea conocida por su titular y, en su caso, por su círculo de confianza –personas que tienen acceso al secreto por motivos productivos, comerciales, legales… y que tienen una obligación de mantener el secreto– o, a lo sumo, que sea conocido por otro titular cuando haya llegado al secreto de manera independiente.

Pero, además, debe completarse lo dicho con el hecho de que el artículo 1 LSE disponga que la información debe ser secreta, o bien en su conjunto, o bien en la configuración y reunión precisas de sus componentes (405) . Es decir, el desconocimiento puede ser respectivo a la totalidad de la información, pero también en caso de que una parte de la información sea generalmente conocida, el desconocimiento puede referirse «*a la integración de datos y saberes en una pieza de información o conocimiento, a la forma en que están ensamblados, en que interactúan y se relacionan unos datos con otros*» (406) . A lo que habría que añadirse el caso en que el secreto no recaiga sobre la información, sino sobre la forma de utilizarla para determinados fines empresariales (407) .

El último pilar de este requisito se encuentra en el hecho de que la información no conocida no debe ser «fácilmente accesible», condición que parece indisociable a que una información no sea generalmente conocida, puesto que, si la información fuera fácilmente accesible resultaría complicado argumentar o, mejor dicho, probar que no se trata de una «información generalmente conocida». *A sensu contrario*, aunque sea elucubrativo, si una información es «generalmente conocida», a lo mejor, se deba a que sea «fácilmente accesible». Pero, en definitiva, estamos de nuevo ante un término indeterminado. En la SAP Barcelona de 30 de julio de 2021 se consideró que una información no será fácilmente

accesible cuando «*pueda ser conocida por los terceros en poco tiempo o con escaso coste*» (408) . No obstante, el hecho de que la información pueda ser descubierta por un tercero a través de una investigación no implica necesariamente que dicha información dejase de estar protegida como secreto, siempre que su descubrimiento hubiese sido especialmente costoso, en términos cuantitativos o cualitativos (409) . Si bien, en todo caso, para que un secreto se considere fácilmente accesible y, por tanto, no tenga la protección que establece la LSE solo se deben tener en cuenta aquellas investigaciones, descubrimientos o estudios que tengan un respaldo legal, que supongan medios lícitos (410) , es decir, no se puede afirmar que un secreto es fácilmente accesible si para demostrarlo se emplean medios ilegales –*v. gr.*, si para descubrirlo se ha realizado espionaje industrial–.

Hemos visto ejemplos en la práctica de secretos en el mundo gastronómico. Ahora bien, ¿cumplen tales secretos las condiciones para entender que la información es realmente secreta? Hemos señalado que para considerarse que es secreta una información deben darse dos condiciones: que la información ni sea conocida de manera general ni fácilmente accesible por quienes habitualmente actúan en los círculos donde suele ser utilizada. ¿Se pueden cumplir respecto de una creación gastronómica? En la jurisprudencia estadounidense, en el caso *Hui Kun LI* vs *Shuman* se incidió en esta cuestión y el tribunal señaló que lo que importa para determinar la protección de un secreto es el hecho de que sea secreto, sin importar su novedad y debiendo probarse que no se trataba de una receta generalmente conocida, ni fácilmente accesible (411) . A ello habría que añadir que la información debe ser secreta, o bien en su conjunto, o bien en la configuración y reunión precisas de sus componentes, por lo que también podría ser que, aunque los ingredientes fueran ampliamente conocidos, fuese la proporción en la que se combinan o la forma de cocinarlos lo que le otorgara el carácter secreto, tal y como se pronunciaron los tribunales estadounidenses en el caso *Katiroll Co.* vs *Kati Junction, Inc.*, donde se afirmó que, en una receta tradicional, se podría obtener la protección del secreto empresarial si la información secreta fuera la lista de ingredientes concreta y sus proporciones (412) , o en el caso *Hutchinson* vs *KFC Corp.*, donde el tribunal sostuvo que las técnicas empleadas y la forma de combinar los ingredientes podían constituir un secreto empresarial (413) .

Sin entrar en una casuística que escaparía nuestro cometido, de manera general, una creación gastronómica o, mejor dicho, la información o conocimiento que constituye el secreto de una obra gastronómica podría cumplir perfectamente ambas condiciones. En cuanto a la primera, todo dependerá de cuál sea la información que se protege. Aunque pueda parecer absurdo, está claro que, si se pretende proteger mediante un secreto empresarial que a una tarta de manzana se le ha añadido azúcar, esta información no cumpliría el requisito porque todo cocinero –entendiendo que este sería la persona a la que se refiere el artículo 1 LSE– sabe que si quieres que una tarta de manzana sea dulce hay que añadirle un edulcorante –sea azúcar u otro–. Ahora bien, la gran mayoría de recetas sí que pueden llegar a contener una información que no sea ampliamente conocida (414) . Piensen, por ejemplo, en una tortilla de patatas y en las diferencias que pueden existir entre la tortilla de Casa Dani en Madrid, la de Mantequerías Pirenaicas de Barcelona, la de Casa Miranda en Betanzos o la del Bar Néstor de Donostia. ¿Alguien del sector de la gastronomía conoce cuáles son los secretos de esas recetas que les han dado fama? ¿Será un determinado ingrediente? ¿Una determinada técnica en el cocinado de las patatas? ¿Será solo cuestión de tiempo en su cocinado?

En cuanto a la segunda de las condiciones, su demostración puede ser todavía más sencilla. Desenmarañar los secretos de una receta, incluso para los paladares más avanzados, no es nada sencillo (415) ; no es ni tan siquiera fácil descubrirlos con la ayuda de las nuevas tecnologías, no solo porque no den un resultado completo del análisis, sino porque acceder a dichas tecnologías implica una inversión económica tan elevada que, en término de costes, no permitirían considerar que se tratase de una información fácilmente accesible. La mayoría de las recetas secretas en la gastronomía no se encuentran plasmadas en ningún soporte tangible, por lo que su descubrimiento o se realiza mediante técnicas de ingeniería inversa u otro modo legal o se realiza mediante un acceso ilegal a la misma –aunque pueda sonar mundano, espiando lo que se realiza en una cocina–.

Ahora bien, la receta tratada como secreta no puede ser compartida con una multitud ingente de personas. Por tanto, para que el secreto no sea fácilmente accesible debe limitarse el número de personas que serán conocedoras de él. Sin embargo, en la gran mayoría de cocinas, todos los cocineros participan en la configuración de todas las creaciones, ya sea en el proceso de creación, conceptualización, ejecución o prueba, lo que podría implicar que un gran número de personas fueran conocedores del secreto de un modo directo o indirecto. No obstante, esta problemática, como se verá posteriormente, podría ser solucionada en caso de que se establezcan medidas razonables consistentes.

Lo que se trata, en definitiva, es que la receta no sea ni conocida ni accesible (416) . Aunque sea con carácter meramente anecdótico o ejemplificativo, los tribunales estadounidenses, en el caso *Buffets, Inc. vs Klinke* resumieron esta cuestión con bastante claridad al entender que una cosa es que para proteger un secreto no se tenga en cuenta la novedad y otra muy distinta es que se intente proteger mediante la regulación de los secretos algo que es conocido por todos y que no presenta ni una característica desconocida (417) . Por lo que, aunque la novedad no sea un requisito de los secretos empresariales, *de facto*, hasta cierto punto, debe ser tenida en cuenta, puesto que para probar la existencia en ciertos casos de un secreto empresarial será necesario identificar suficientemente sus diferencias respecto de los de otras recetas similares que sean públicas (418) .

En relación con la gastronomía se puede plantear el problema de si el secreto empresarial podría cubrir el aspecto visual o la forma de la obra gastronómica. En Estados Unidos, en el caso *Learning Curve Toys, Inc.* vs *Playwood Toys* (419) , el tribunal sostuvo que el diseño de un tren de juguete podía considerarse como un secreto empresarial porque, aunque el juguete fuera público, un experto no podría conseguir diseñarlo fácilmente. Lo cual me parece que es una apreciación errónea. Se podrá considerar que es un secreto la forma de obtener un determinado aspecto visual o forma, pero sostener que el objeto del propio secreto es el diseño puede resultar hasta cierto punto complicado. Entiendo que el secreto empresarial no protege el diseño de la creación por ser fácilmente observable, aunque sí que podrá proteger la forma de llegar a él si tiene valor económico debido a su carácter secreto (420) .

2.4. Valor empresarial

El tercero de los requisitos para que una información sea considerada secreto empresarial es que dicha información tenga un valor empresarial derivado, precisamente, de su carácter secreto, es decir, que tenga valor por el hecho de ser secreto, pudiendo ser un valor real o potencial, por lo que no se exige que su titular «*lo esté explotando*

económicamente o prevea hacerlo» (421) . Además, al afirmar que la información debe tener un valor empresarial, debemos traer aquí nuevamente lo dicho *ut supra* sobre qué se debe entender por empresarial en relación con el secreto, por lo que por mucho valor que pueda tener una información de carácter personal, esta no entrará en la protección de la LSE por carecer de valor empresarial. Por otro lado, la doctrina ha optado por definir el término valor subjetivamente, al entender que ni es necesario, ni conveniente objetivarlo, ya que bastará con que de la información se derive una ventaja competitiva para su titular (422) –aunque esta no lo fuera para otro–.

La doctrina tradicional española señaló, no obstante, que el valor real o potencial no era determinante para que una información fuera protegida como secreto, sino que se requerían dos condiciones acumulativas. En primer lugar, que hubiera por parte del titular un deseo de ocultar la información –lógicamente es muy complicado imaginar una información que sea secreto sin que su titular quiera que lo sea–. Y, en segundo lugar, que hubiera una razón legítima para que se ocultase la información, fuese dicha razón de carácter cuantitativo o cualitativo. Esta segunda condición fue asumida por gran parte de nuestra jurisprudencia, cuando analizaba los secretos empresariales bajo el régimen del artículo 13 LCD, y se mantuvo en no pocas ocasiones que para que una información fuera secreta era necesario que hubiera una razón que legitimara su mantenimiento como secreto, un interés legítimo que lo justificara, no bastando con la mera voluntad de su titular (423) .

La Directiva 2016/943 indicaba en su preámbulo que para la protección de un secreto empresarial tenía que existir «*un interés legítimo por mantenerlos confidenciales y una expectativa legítima de que se preserve dicha confidencialidad*», si bien posteriormente no se recogía tal requisito ni en la definición de secreto empresarial que contenía ni en su articulado (424) ; y a la vista de la LSE española no se puede sostener que la existencia de un interés legítimo sea un requisito que se deba valorar para otorgar la protección o que en el análisis del requisito del valor del secreto se deba tener en cuenta. Así, la doctrina más moderna ha mantenido que el auténtico valor del secreto deriva únicamente de su carácter secreto, sin tener en cuenta la existencia de una razón legítima, ya que los demás operadores del mercado, principalmente competidores, no podrán acceder a dicha información (425) .

A modo de ejemplo muy simple, y en relación con la gastronomía, si una empresa dedicada a la venta de refrescos mantiene 'secreta' la receta de una determinada bebida, esta tendrá valor porque ningún competidor la conocerá y podrá replicarla con exactitud milimétrica. En cambio, si fuera pública, tendría un valor económico menor, pues todo agente del mercado podría utilizarla. En este sentido, por ejemplo, la SAP Vizcaya de 23 de abril de 2019 señaló que «*el valor competitivo es la ventaja de la que goza la empresa que conoce y aplica la información secreta frente a las empresas que carecen de ella*» (426) , debiendo estar, además, el valor en el conjunto de la información que se mantiene en secreto (427) . Ahora bien, aunque la LSE no lo establezca de manera directa en su articulado, deberán excluirse de su protección una serie de informaciones, aunque tengan valor empresarial, por su escasa importancia cuantitativa o cualitativa, tal y como se recoge en la exposición de motivos de la LSE, es decir, se excluirán cuando impliquen una ventaja de escasa importancia.

En relación con la gastronomía, ya se ha visto el ejemplo de *Coca-Cola*, pero si pensamos

en las creaciones de un restaurante podemos verlo igual de claro. ¿Cuántas personas acuden a un determinado restaurante por un determinado plato? Cualquiera que lea estas páginas muy probablemente acuda a cierto restaurante porque le apasiona la forma en que realizan una determinada receta o porque es el único restaurante que la realiza. Por ejemplo, en Getaria se acude a Elkano por su rodaballo, por la forma única en la que cocinan tal pescado; en Atxondo se acude al Asador Etxebarri por sus angulas o su caviar a la brasa, creaciones únicas que, como se dice en el sector, *bien merecen la visita*; en Valencia se acude a Casa Carmela para degustar su mítica paella; a Mugaritz se va para que un plato de Andoni Luis Aduriz te cree los mayores sentimientos encontrados posibles; y al acudir al Celler de Can Roca todos esperamos encontrarnos con uno de esos icónicos postres de Jordi Roca que representan perfumes, tormentas tropicales o viajes a islas paradisiacas.

Las obras gastronómicas, sin duda alguna, tienen un más que notable valor tanto cuantitativo como cualitativo. Pero esas recetas todavía tienen más valor porque no se realizan del mismo modo en otros restaurantes. Tienen ese valor porque su receta o parte de ella se guarda con celo y se evita que cualquier otro restaurante pueda realizarla del mismo modo. Y en el momento en que su receta se hace pública, pierden gran parte de su valor. Piensen que hasta hace nada si alguien quería una tarta de queso de La Viña de San Sebastián había que ir hasta allí; ahora, prácticamente, en toda ciudad hay más de un restaurante que realiza esa tarta. Antes era una receta única de un sitio único, ahora es una receta única –con pequeñas variaciones, inapreciables en su mayoría– de una multitud de sitios. Al final, las recetas de un cocinero tienen un enorme valor, son *el pan de cada día* de su restaurante y son las que, en definitiva, mantienen su reputación.

2.5. Medidas razonables para la protección

Finalmente, el último requisito que se contempla en la LSE es que el titular del secreto empresarial haya adoptado una serie de medidas razonables que aseguren la protección del propio secreto, exigiéndole, en todo caso, una cierta diligencia en la protección de las informaciones de las que es titular. Por tanto, no basta con que no se divulgue la información secreta, como es lógico, sino que se requiere que el titular establezca una serie de medidas –no definidas– para procurar que la información no sea descubierta por terceras personas.

La razonabilidad de las medidas no ha sido concretada a lo largo de la historia legislativa de los diversos ordenamientos, por lo que deben ser, a la postre, los tribunales quienes consideren, a la vista de los casos que juzguen, cuáles son las medidas razonables. Por ahora, ante la ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales concluyentes, es la doctrina la que va delimitando esta razonabilidad, entendiendo que, por ejemplo, el requisito será cumplido si el titular ha adoptado «*medidas que, en atención a las circunstancias del caso, y a la vista especialmente de la naturaleza de la concreta información, la dimensión y recursos financieros de la empresa así como los hábitos del sector, pongan de manifiesto el carácter secreto de la información en cuestión*» **(428)** .

Es en el derecho anglosajón donde más se ha estudiado la razonabilidad de las medidas, tanto doctrinal como jurisprudencialmente **(429)** . En primer lugar, se ha sostenido, como es lógico, que no se considerarán razonables si las medidas son pocas o ninguna **(430)** , requiriéndose, además, que las medidas empleadas no sean las mismas que las utilizadas para salvaguardar el resto de la información de la empresa, es decir, que haya una diferenciación entre las medidas de protección de la información secreta y no secreta **(431)** .

En segundo lugar, se ha destacado que los acuerdos de confidencialidad pueden implicar un remedio contractual en caso de apropiación indebida o sustracción ilícita de un secreto, pero por sí solo el acuerdo no supone el cumplimiento de establecer medidas razonables, aunque, al mismo tiempo, se ha considerado en ciertos casos que la no adopción de un acuerdo de confidencialidad implica que las medidas no son razonables **(432)** . Lo cual denota una cierta contradicción o, por lo menos, lo casuístico que puede ser el cumplimiento del requisito.

En tercer lugar, es importante su contextualización con las relaciones laborales, pues en caso de que un trabajador vaya a dejar de prestar sus servicios, las medidas deberán ser mayores que cuando los prestaba, ya que se entiende que hay un incremento del riesgo en los momentos de cambio **(433)** . Por último, se ha hecho hincapié en que es imprescindible que la persona a la que se le revela el secreto sea consciente de la naturaleza secreta de lo que se le revela, por lo que dentro de las medidas razonables deberá incluirse el hacer entender tal naturaleza y las consecuencias de no mantener la confidencialidad de su contenido **(434)** . A todo ello debe añadírsele, como ya mencionamos en relación con el valor del secreto, que no es un requisito objetivo, sino subjetivo, puesto que las medidas dependerán de las circunstancias concretas de la empresa a la que pertenezcan **(435)** .

En la jurisprudencia española, se ha señalado que estas medidas **(436)** deben evitar la divulgación, tanto hacia el exterior, como hacia el interior, es decir, se trata de impedir que un tercero ajeno a la empresa acceda a la información y de que solo accedan a ella los empleados o colaboradores que necesariamente deban conocerla por sus funciones y «*siempre sometidos a un deber de secreto*» **(437)** .

La utilización de un concepto indeterminado conlleva la problemática típica derivada del uso de estos, pues no será hasta que ocurra el incidente cuando se podrá conocer si las medidas adoptadas fueron razonables y, por tanto, suficientes para que la información sea protegida por la LSE. Empero, al mismo tiempo, si no fuera por esta inconcreción no se podría garantizar una efectiva protección de los secretos empresariales, ya que, dada la amplitud de su objeto, si se optara por delimitar tales medidas positivamente, podría suponer una merma del ámbito objetivo de la pretendida protección, sin olvidar la presencia de los avances tecnológicos, puesto que en una materia tan cambiante es complicado prever si las medidas razonables de hoy lo serán también mañana **(438)** .

Este es uno de los requisitos más complicados en relación con la gastronomía. Por varios motivos. En primer lugar, por la existencia de los ya mencionados congresos gastronómicos en los que los cocineros relatan y explican sus recetas o técnicas aplicadas a determinadas creaciones. En segundo lugar, porque ante el miedo a la apropiación de recetas, se publican libros de estas. En tercer lugar, porque ahora se ha convertido en un *leitmotiv* de la gastronomía que las cocinas estén a la vista de los comensales. En cuarto lugar, porque los comensales exigen explicaciones de la realización de los platos que van a degustar. En quinto lugar, por la normativa acerca de alérgenos en el sector alimentario. No obstante, presentan una complicación relativa.

Respecto de los dos primeros reparos, estos se basarían en una contradicción entre lo querido por el cocinero y su forma de actuar. Si se pretende proteger una creación gastronómica mediante un secreto empresarial, lo primero que debe tener claro el cocinero es que no debe revelar su receta, ni en un libro ni en un congreso. Puede publicar libros sin una concreta receta y puede participar en congresos para explicar una parte de su criterio

gastronómico o de su forma de entender la gastronomía o de otros aspectos, pero no podrá divulgar la receta que pretende mantener en secreto **(439)** . En cuanto a las cocinas a la vista de los comensales, se podría salvar el obstáculo realizando las preparaciones secretas o la mezcla de sus ingredientes de manera separada y respecto de las explicaciones demandadas por los clientes, una cosa es la explicación genérica de la obra gastronómica y otra es el detalle concreto de la información de la receta –desde sus ingredientes hasta sus proporciones, técnicas empleadas…–. Finalmente, sí que es cierto que a la vista del Reglamento 1169/2011 y del Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios no es posible mantener como secreto un ingrediente, pero sí que se puede mantener secreta la proporción de estos, salvo supuestos tasados **(440)** . Es decir, no importa tanto saber que una receta lleva canela, como saber qué cantidad lleva o de qué modo se emplea en la receta. Todos estos obstáculos podrán ser salvados si el cocinero realmente quiere la protección mediante un secreto empresarial.

Por otro lado, también se debe tener en cuenta cuál es la organización de una cocina, la cual, en la alta gastronomía, contribuye a establecer medidas razonables de protección. Desde la configuración de la cocina clásica de Escoffier, en los grandes restaurantes cada cocinero tiene asignada una determinada tarea –primer plato, segundo, carnes, pescados, salsas, postres…– y, aunque puedan puntualmente entrar en contacto con otra tarea, de manera general trabajan de manera exclusiva las elaboraciones que les corresponden **(441)** . Por tanto, en caso de que una parte de una receta o una receta fuera secreta, su titular no tendría por qué compartirlo con todos los trabajadores del restaurante, sino que deberá compartirlo solo con aquellos que vayan a realizar la receta en cuestión. Todo ello, claro está, acompañado de, aunque no sea definitivo, de un acuerdo de confidencialidad con los empleados y, también, con los proveedores –pues estos últimos pueden terminar compartiendo qué cantidad de cierto ingrediente se suministra y con ello hacer público el secreto– **(442)** .

Pero también se dan otros posibles problemas. Para entender la razonabilidad de las medidas adoptadas, ¿sería necesaria la firma de un acuerdo de confidencialidad con cada cliente para que, en el caso de que degusten una receta secreta, no puedan divulgarla o comentarla? Por ejemplo, en el mítico restaurante La Gastroteca de Madrid se firmaba un acuerdo de confidencialidad antes de degustar su *Cocido de oro.* Algunos cocineros impiden que en sus restaurantes se hagan fotos o vídeos y en Japón es habitual que algunos de los más selectos restaurantes de sushi o de cocina *kaiseki* tengan prohibido el uso del teléfono móvil. ¿Son estas medidas razonables? O ¿en cambio se puede entender que exceden de lo razonable? Si tales medidas no parecen razonables en la actualidad es porque la gastronomía se ha convertido en un espectáculo y, aunque una parte de su esencia lo sea, ella es mucho más. Del mismo modo que cuando se acude a ciertos museos –generalmente de arte contemporáneo– no se permite la toma de fotografías por cuestiones de propiedad intelectual, no me parece descabellado que para preservar un secreto en un restaurante se pueda optar por la misma medida o, en su caso, por la firma de un acuerdo de confidencialidad **(443)** . Al final, el cocinero hace un esfuerzo por enseñar al comensal su creación y lo que le pide, en términos coloquiales, es que *no cuente de qué va su comida* con unos detalles que impidan disfrutar a otro de la creación gastronómica o que permitan a un competidor descubrir su secreto.

Con todo, las medidas razonables dependerán de las circunstancias particulares del restaurante, desde la naturaleza de la receta hasta dónde se sitúa el secreto empresarial, pasando por el estado de la técnica para el descubrimiento del secreto o los niveles de divulgación de una determinada tipología de receta, pero, lo que es claro es que en un restaurante se pueden adoptar medidas razonables para la protección (444) . Al final, todo depende de lo que el titular del secreto quiera terminar implementando.

2.6. Importancia de la exclusión

No se puede terminar de analizar el secreto empresarial –más aún, teniendo en cuenta que se estudia por su relación con la gastronomía– sin hacer mención del artículo 1.3 LSE, en el que se establece que el secreto empresarial no sirve para impedir que los empleados puedan utilizar los conocimientos derivados de su experiencia profesional y adquiridos *honestamente*, ni para que se establezcan en los contratos laborales *restricciones no previstas legalmente*. Lo cual plantea una gran complejidad, ya que se trata de distinguir dos términos tan estrechamente relacionados como son el secreto empresarial y el bagaje de conocimientos y experiencias adquirido por los trabajadores durante su relación laboral, sin que la LSE ni la Directiva 2016/943 hayan delimitado estos conceptos (445) . Ahora bien, su diferenciación presenta una importancia máxima, pues no se puede exigir a un trabajador que «*deja una empresa para trabajar en otra dedicada a la misma actividad* [que] *prescinda absolutamente* […] *de todo lo aprendido en la primera, ya que esto equivaldría a la eliminación del propio concepto de experiencia profesional como factor relevante de todo currículum orientado a obtener un puesto de trabajo*» (446) .

La diferenciación no presenta atisbo alguno de sencillez, puesto que se deberá atender a las concretas circunstancias de cada supuesto, pues se trata de un asunto puramente casuístico (447) . Así, se ha sostenido que el secreto empresarial estaría formado por los conocimientos que se adquieran en el desempeño del puesto de trabajo o «*que no puedan ser retenidos en la memoria*» (448) , mientras que no será un secreto empresarial aquella información que podría obtenerse por cualquier otro trabajador de cualquier otra empresa del mismo sector, entendiéndose que el bagaje del trabajador «*no cubre la totalidad del acervo del trabajador sino exclusivamente aquel que, de no poder utilizarse, conculcaría su derecho constitucional a la movilidad laboral*» (449) . La mayor problemática reside cuando el secreto y la experiencia profesional forman un todo inescindible, por lo que, si se opta por entender que el secreto no forma parte de la experiencia, *de facto* el trabajador no podría seguir trabajando en el mismo sector (450) .

Pero más allá de este deslinde, la cuestión fundamental radica en comprender si una información que cumpla todos los requisitos para ser considerada secreto empresarial puede ser incluida o no en la experiencia profesional de un trabajador. Mayoritariamente se ha entendido que la experiencia profesional no podría incluir esas informaciones (451) , aunque considero que es complicado que se erija en regla general y dependerá de un análisis casuístico a resolver una vez realizada la utilización de la información ‘secreta’.

Ahora bien, en la gastronomía esta exclusión adquiere una importancia, quizá, mayor que en otros sectores. Quien trabaja en un restaurante de alta cocina, piénsese, por ejemplo, en Coque, lo hace para aprender de los hermanos Sandoval, como revolucionarios de la cocina clásica madrileña, lo hace para descubrir qué tiene de especial el cochinillo con el que se cierran sus menús. Quien en su día decidió trabajar en elBulli lo hizo para aprender del

genio de la creatividad absoluta, para aprender a esferificar, a hacer espumas o aires. Y no pensemos solo en trabajadores, pensemos en los *stagiers*, quienes, a cambio de alojamiento y comida, deciden adentrarse en las cocinas de los grandes cocineros para aprender de ellos; deciden sacrificar ciertas condiciones económicas –o laborales– por aprender, al tiempo que sirven de escape económico para los grandes cocineros. ¿Alguien estaría dispuesto a realizar este tipo de *estancias de investigación* si no puede aprovechar los resultados posteriormente?

Todos esos conocimientos en caso de que cumplieran los requisitos para ser secretos empresariales, ¿podrían ser utilizados por quienes un día los aprendieron de sus titulares y ahora están en las cocinas de otro restaurante? Planteado de otro modo: es habitual que cuando se cambia la titularidad del cocinero de un restaurante, se aporte como dato importante los lugares en los que ha trabajado o realizado prácticas y, probablemente, la razón por la que ha sido contratado no es solo por su buen hacer, sino por la experiencia y conocimientos adquiridos en tales restaurantes. Por ejemplo, si los hermanos Adrià hubieran protegido la técnica de la esferificación como secreto empresarial, parecería complicado que un cocinero que pasó por su cocina pudiera argumentar que la técnica de la esferificación forma parte de los conocimientos de su experiencia. Aunque, al mismo tiempo, si un cocinero durante un cierto período se hubiera dedicado a hacer esferificaciones en elBulli, ¿se podría llegar a considerar que conocer la técnica de la esferificación no forma parte de su bagaje profesional?

En el caso canadiense *Québec Inc.* vs *Thailyn*, se entendió que una receta básica no podía constituir un secreto, pues requería algún elemento que, comparado con otras recetas, fuera no habitual o sorprendente –no entendido como novedad objetiva, sino como un elemento diferenciador secreto–, sosteniendo que «*no se puede impedir que una persona que se gana la vida cocinando utilice todos sus conocimientos incluidos los adquiridos en su antiguo empleados, para ejercer su oficio*» **(452)** . Ahora bien, aquí se sostuvo que la preparación de la receta por ser básica formaba parte del bagaje profesional. En cambio, si la receta hubiera presentado algún rasgo diferenciador, entiendo que la solución del tribunal habría sido totalmente distinta, porque en tal caso sí que nos encontraríamos ante un auténtico secreto empresarial que no podría ser amparada su utilización mediante la experiencia o el bagaje profesional del cocinero.

Por otro lado, se debe tener en cuenta la posibilidad de establecer pactos de competencia postcontractual, regulados en nuestro derecho en el artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores. Sin entrar a analizar las relaciones concretas entre estos pactos y los secretos empresariales, no se puede olvidar que una vez finalizado el plazo del pacto no implicaría en ningún caso que se pueda emplear la información configurada como secreto empresarial. Ahora bien, su inclusión en el caso de un cocinero **(453)** –prohibir durante un determinado tiempo que pueda trabajar en restaurantes– podría llegar a ser duramente cuestionado por la jurisdicción social, puesto que ¿hasta qué punto sería válido prohibir a un cocinero trabajar durante dos años en cualquier restaurante de España? **(454)** ¿Cumpliría una prohibición de ese tipo los requisitos que ha ido señalando la jurisprudencia? En todo caso, es un pacto que puede ayudar, no a mantener el secreto en sí, sino a aumentar la tranquilidad del empresario que decide prescindir de los servicios de un cocinero ante la posibilidad de que utilice la información aprendida en su restaurante –sea un secreto empresarial o no lo sea–.

Quizá haya que tener en cuenta que no sería lo mismo si el secreto consiste en los ingredientes o en la aplicación de una técnica a los ingredientes o en la técnica en sí mismo considerada. En el primer caso parece complicado que la proporción de los ingredientes forme el bagaje profesional del cocinero (455) . En el segundo, según los casos puede ser más complicado –piénsese en el cocinero que trabaja o hace prácticas en un asador para aprender el secreto de sus brasas– y, por tanto, podremos llegar estar ante casos en que el secreto será subsumido en el bagaje. En el tercero, todavía se puede complicar más y su consideración no es nada clara. Sin duda, si los contornos ya son de por sí poco claros, en la gastronomía se debilitan todavía más y, de nuevo, solo la casuística podrá dar una respuesta concreta.

3. Naturaleza y contenido del secreto empresarial

A diferencia de la propiedad industrial o intelectual que se han analizado anteriormente, los secretos empresariales no proporcionan un derecho exclusivo y excluyente al uso de la información, siempre y cuando la otra parte lo hubiera obtenido de una forma legítima o la información hubiera pasado a ser pública (456) . Esta variación, aunque pueda parecer que carezca de importancia, implica una notable diferencia con el contenido de los derechos de propiedad industrial e intelectual con los que se relaciona, puesto que no se puede impedir que otra persona utilice la información que constituye el secreto siempre que la haya obtenido lícitamente, con las consecuencias económicas que eso puede implicar y que deben ser tenidas en cuenta en todo caso (457) . Al concederse la impunidad a ciertas formas de obtención de la información, lo que hace la ley es abrir el control de la situación al derecho de la competencia, siendo este el que limitará la posible utilización de los secretos empresariales por parte de quien, en principio, no era su titular.

Para poder entender cuál es el contenido de los secretos empresariales es necesario determinar cuál es su naturaleza jurídica. Si bien, como señala Sandeen, los secretos empresariales son la «*Cenicienta de los derechos de propiedad intelectual, pues todos se han olvidado de ella*» (458) , de ahí que, entre otros motivos, no se haya impuesto en la doctrina una posición clara acerca de su naturaleza jurídica o concepción (459) .

En el derecho español considero que debería entenderse que es un derecho de propiedad limitado principal, aunque no exclusivamente por el derecho de la competencia. Con todo, el titular de un secreto no dispone de un monopolio legal (460) , pues el secreto «*no ha cristalizado en la atribución de un específico* ius prohibendi *o derecho subjetivo, sino que se compone de distintas facultades reconocidas a través de disposiciones de distinta procedencia y naturaleza*» (461) . En cambio, el derecho que otorga no está sujeto ni a limitaciones temporales ni geográficas, pues su duración dependerá de las actuaciones que realice su titular y de las posibles obtenciones lícitas por parte de terceros, pudiendo defender la información en cualquier lugar. Además, no es un derecho que exija ni publicidad, ni registro, por lo que su ‘concesión’ depende exclusivamente de la actitud de su titular (462) .

Pero este derecho tiene una serie de limitaciones. Así, el artículo 2 LSE recoge los supuestos en los que la obtención, utilización o revelación de secretos se consideran lícitas. Por tanto, habrá que tener presente que la mayor problemática del secreto empresarial reside en que la información protegida puede ser obtenida lícitamente por un tercero y si se

ha obtenido de ese modo podrá utilizarse o revelarse, también, lícitamente.

En sede gastronómica, es necesario tener presente que en ciertos casos un secreto podrá ser obtenido, utilizado y revelado lícitamente. De ahí que sea especialmente importante la protección de la información del secreto, pero también que la información que proteja tenga hasta cierto punto una singularidad que complique que otra persona pueda llegar por otro camino a esa receta o que mediante técnicas de ingeniería inversa pudiera descubrirlo. Por ejemplo, en EE. UU. en el caso *Magistro* vs *J. Lou* se consideró que la receta que se pretendía proteger era sumamente sencilla y que no presentaba diferencia alguna con la de cualquier otro restaurante, por lo que el demandado perfectamente había podido obtener la receta a través de otro camino independiente **(463)** . Por ello resulta esencial ser consciente de qué es lo que se pretende proteger mediante los secretos empresariales.

Por otro lado, en caso de que se viole un secreto empresarial, se ha de tener en cuenta a quién corresponde la carga de la prueba en el ordenamiento jurídico español. Así, corresponderá al titular probar que la información reúne los requisitos para ser considerada como secreto empresarial, mientras que al presunto infractor le correspondería la demostración de que se adquirió la receta a través de un medio lícito **(464)** .

4. Encuadre gastronómico

La utilización de secretos empresariales, hemos de reconocerlo, ha jugado un papel fundamental en la protección de las creaciones gastronómicas –tanto a nivel de la industria alimentaria, como a nivel de los restaurantes–. La industria y la restauración los han utilizado de manera sistemática, ya que eran la única manera de proteger sus creaciones a la vista de la dificultad de acudir a algunos de los otros mecanismos existentes y haciendo depender la efectiva protección de su creación a través únicamente de sus propios medios, de sus propias medidas **(465)** . Empero los secretos empresariales no son la panacea para todos los males que acaecen en relación con las obras gastronómicas. Por ello es esencial, analizar los inconvenientes que plantean y las ventajas que otorgan al sector gastronómico.

En primer lugar, como ya se ha ido indicando de manera constante, el secreto no es una garantía total, no representa una exclusividad absoluta, ya que no otorga un monopolio en la utilización de la información secreta. No impide que un competidor pueda realizar ingeniería inversa para descubrir el secreto o que pueda desarrollar una receta similar por un camino independiente a través, por ejemplo, de la inspiración o influencia. Lo que otorga el secreto empresarial es una exclusividad durante el tiempo en que este no sea descubierto lícitamente o revelado por su titular. El secreto empresarial da un control sobre la creación gastronómica a su titular, pues solo de él y de las medidas que decida establecer dependerá la protección de su información secreta –*v. gr.*, a mayor número de medidas de protección más complicada será la obtención de una receta mediante ingeniería inversa–. Y, aunque pueda parecer que adoptar medidas razonables no es razonable, la realidad jurisprudencial, sobre todo la norteamericana, nos ha mostrado no solo que es posible, sino que se convierten en un mecanismo más que asumible para los restaurantes.

En segundo lugar, el secreto empresarial no sirve para proteger toda creación gastronómica –o no debiera servir–, sino solamente aquellas que sean *extraordinarias*, que presenten *una cierta magia*, pues, como es lógico, nadie va a proteger una receta básica o que no presenta algo que la haga *distinta* o *especial* –aunque sean términos poco precisos–.

Si se atiende a los estudios de campo realizados **(466)** , lo que los cocineros parecen desear mantener en secreto no son todas las recetas que sirven o todas las técnicas que emplean en sus restaurantes para crear obras gastronómicas, sino solo unas pocas que exigen algún tipo de información o conocimiento concreto y que son particularmente identificables con ellos.

En tercer lugar, hemos de destacar que la regulación de los secretos empresariales plantea como inconveniente que no conlleva *per se* el reconocimiento al autor de la creación gastronómica, como sí que ocurre en la propiedad intelectual. Los secretos empresariales no van a dejar por sí mismos para la posteridad que cierto cocinero fue el creador de un determinado plato. Pero ese deseable y deseado efecto se puede obtener mediante otros medios complementarios. Piénsese en la *Coca-Cola*, aunque nunca se reconocieran los derechos propios de la propiedad intelectual a su autor, todo el mundo conoce o puede conocer con facilidad quién fue el creador y autor de la receta. O en la gastronomía española, por ejemplo, no se han necesitado los derechos de propiedad intelectual para que todo amante de la gastronomía sepa que las tortillas vagas que pueblan las mesas de todo el país fueron una creación de Sacha Hormaechea **(467)** . O piensen en ese ochentero postre que es el *Pijama* creado en el restaurante barcelonés 7 Portes y que durante tantos años fue el colofón a cientos de comidas **(468)** . Ninguno de ellos necesitó derechos de autor para que el mundo supiera quienes habían sido los autores de dichos platos míticos de la historia. Cosa distinta es si tal reconocimiento no es universal, sino solo limitado a unas pocas personas.

Además, aunque los secretos empresariales no sean indicativos de quién es el autor, sí que señalan, mientras no sea descubierto, quién es su titular. Y, por otro lado, nada impide que se acompañen los secretos empresariales de un sistema de atribución de la autoría. En este sentido, Lawrence señaló que en la práctica gastronómica estadounidense los secretos se acompañaban de un sistema de atribución oral de la autoría, haciéndose saber, ya fuera en la transmisión del secreto, ya fuera a través de otros medios de comunicación, cuál había sido el papel del cocinero en la creación de la receta secreta **(469)** .

En cuarto lugar, se ha criticado también que los secretos empresariales impiden la socialización del conocimiento **(470)** . No obstante, dichas críticas no se pueden aceptar en su totalidad. Es cierto que, en la gran mayoría de supuestos, cocinar con un cocinero es la única forma de aprender a cocinar –igual que ocurre en la carpintería o en la abogacía–. Y puede parecer que los secretos empresariales limitan que un discípulo o un aprendiz o un trabajador puedan emplear en su futuro profesional el conocimiento mantenido en secreto, mas no se trata de erigir el secreto en un impedimento a la total evolución de la gastronomía, sino de conseguir que efectivamente sea él quien impida su anquilosamiento.

La existencia de un secreto empresarial no impide que los conocimientos sean compartidos y que mantengan su protección como secretos, siempre que se cumplan una serie de medidas razonables de protección. Por ejemplo, en las normas de autorregulación que detectaron Fauchart y Hippel, la segunda de ellas consistía en que, «*si un cocinero revela información secreta relacionada con la receta a un colega, este no debe transmitir la información a otros sin permiso*» **(471)** . Y esto, aunque fuera un estudio limitado a los cocineros de París, puede ser demostrativo de que los secretos empresariales no están en contraposición a la cooperación o compañerismo. Es más, señalaban estos autores que los efectos obtenidos con la aplicación de esa regla eran similares a los que se obtendrían con la

legislación de los secretos empresariales.

Tanto los secretos empresariales como estas reglas no escritas permiten a los cocineros mantener su receta en secreto, sin impedir que otros cocineros puedan beneficiarse de la realización de variaciones o modificaciones en ella. En cierto modo, lo que permiten los secretos empresariales es la aplicación de la doctrina del *fair use* estadounidense, que, en general, no ha sido admitida en España en sede de nuestros derechos de autor. Mediante la aplicación de esta doctrina –consustancial, en mi opinión, a los secretos empresariales–, se permitiría, por ejemplo, que los cocineros pudieran partir de las recetas secretas de otros o de una parte de ellas **(472)** para construir y desarrollar nuevas creaciones, fomentando la creatividad, pero sin perder el respeto a la creación gastronómica original.

Los secretos empresariales deben contribuir al fomento de la cooperación. Los artículos 3 y 9 LSE ya protegen *per sé* que si se comparte un secreto –con las medidas razonables correspondientes– no pueda utilizarse por otros, por lo que el cambio es sobre todo social: se debe fomentar el compartir los secretos en beneficio de la gastronomía, sin que eso signifique perder la condición de información secreta, para que entre los diversos cocineros se puedan obtener creaciones distintas, mejores o sugerentes que contribuyan al progreso del sector gastronómico, sin perder, claro está, el poder directo sobre su creación. Precisamente, la gastronomía ha mostrado que es un sector en el que la cooperación es un concepto clave, por lo que, aunque la competencia fomente la innovación y la creatividad, es en la cooperación donde encontraremos los resultados más beneficiosos para un sector caracterizado precisamente por la ayuda constante o el hermanamiento.

El cocinero es libre de compartir sus secretos con otros compañeros o de compartir con ellos solo una parte. Imaginemos que la técnica de la esferificación fuera secreta. Los hermanos Adrià podrían haber decidido compartir con algún otro compañero la técnica, pero no la forma concreta de obtener una aceituna esferificada. El titular del secreto es libre de revelar selectivamente su información y, en todo caso, condicionada a que no se transmita a otras personas, acompañándola de medidas de protección razonables. Pero, además, el cocinero titular del secreto puede transmitirlo, mediante diversos negocios a otro cocinero: venderlo, arrendarlo u otorgar licencias sobre él; con las ventajas económicas que ello podría conllevar, estableciendo cláusulas para que el secreto no pudiera ser utilizado tras la finalización del contrato y que no pudiera ser compartido en ninguna de las fases del contrato –como, por ejemplo, se hace en sede del contrato de franquicias–.

La utilización del secreto empresarial no provoca una limitación de la innovación, no es una cortapisa para ella. Como señala el preámbulo de la LSE, los secretos empresariales contribuyen a que aumente el valor «*de las innovaciones que las organizaciones tratan de proteger* [… redundando] *en efectos positivos en el funcionamiento del mercado, ya que las empresas, especialmente las pequeñas y medianas empresas* […] *podrían hacer un mejor uso de sus ideas innovadoras*», mediante la cooperación y aumentando los valores reinantes de la gastronomía. Según algunos autores **(473)** , en relación con lo sostenido en el preámbulo de la LSE, el secreto empresarial otorga mayores ventajas a la sociedad frente a los tradiciones sistemas de protección de la propiedad intelectual e industrial, pues, aunque no sea pública la información, permite que dos empresas –dos restaurantes, dos cocineros– lleguen a una misma receta o a una misma técnica de manera independiente –aunque eso es complicado en la gastronomía, pues la personalidad de su creador se plasma en el plato **(474)**

– y que, por tanto, los dos ideadores-descubridores-creadores puedan comercializar la obra gastronómica, ampliando las posibilidades de elección de los consumidores y, en definitiva, permitiendo que un mayor número de personas puedan acceder a un producto –piénsese, *v. gr.*, que si *Coca-Cola* hubiera optado por otro tipo de protección, esta habría impedido poder optar por otras marcas de refrescos como *Pepsi* o por cualquiera de las marcas blancas existentes. Gracias a esa receta secreta no se impide que en el mercado haya resultados iguales o similares, a precios distintos y con matices más y menos perceptibles–.

En este sentido, la protección de los secretos empresariales impide que otra persona obtenga, utilice y revele ilícitamente la información o el conocimiento que los constituye. Por lo tanto, la protección de los secretos empresariales podrá impedir que un determinado cocinero se apropie ilícitamente de la receta de otro. Pero, en cambio, no se impide mediante los secretos empresariales que otros cocineros puedan inspirarse en tales creaciones o que puedan intentar llegar a resultados similares. Los anteriores derechos de propiedad industrial e intelectual funcionan creando un monopolio temporal que protege al primero en llegar a un resultado y ningún otro cocinero podría interferir en ese monopolio **(475)** . Los secretos empresariales, en cambio, se erigen como instrumentos de protección para cualquier cocinero, sin importar que sea el primero, el segundo o el tercero en llegar a tal resultado, ayudando a «*lograr un equilibrio entre la cultura de los restaurantes de aprender y compartir ideas frente a la protección legal contra el abuso de estas prácticas*» **(476)** , alcanzándose un más que destacable y notable equilibrio entre la protección de las creaciones gastronómicas y la constante innovación y progreso culinario.

En quinto lugar, la duración de la protección puede hacerse depender exclusivamente de su titular. Es él quien decide qué medidas implantar para garantizar el secreto de su información, del mismo modo que es él quien decide si, llegado un determinado momento, hace pública su receta. Tiene el control directo sobre su creación, pues la protección continuará mientras la receta sea secreta, pero para ello es necesario que se apliquen medidas razonables para mantener la información como secreto **(477)** . Y, por lo tanto, es perfectamente posible que el secreto se mantuviera no solo durante la vida de su creador, sino durante generaciones enteras. Recuérdese el ejemplo citado de la *Tarta Sacher.* Desde hace más de ciento cincuenta años su receta original se mantiene secreta y solo un café vienés puede realizarla. Pero, a diferencia de lo que acaece en sede de derechos de autor o de propiedad industrial, esa larga duración no impide que otros restaurantes hagan recetas similares, por lo que cuando uno visita Viena es libre de tomar la tradicional tarta de chocolate en el lugar que más le convenga, en el original o en otro.

En sexto lugar, la protección mediante secretos empresariales «*es generalmente más versátil que la protección de los derechos de autor, las marcas y las patentes*» **(478)** , debido principalmente a que la definición de su objeto, así como los requisitos que se exigen a la información o conocimiento para ser secretos, permiten una mejor respuesta a las constantes y cambiantes necesidades del sector empresarial gastronómico. La inclusión en su protección, en definitiva, no se hace depender de conceptos tan poco claros y definidos como son la originalidad, la funcionalidad, la utilidad o la evidencia, por lo que aumenta la aplicabilidad de los secretos empresariales a las creaciones culinarias.

En séptimo lugar, mediante los secretos empresariales se permite proteger esas creaciones gastronómicas en las que los cambios pueden parecer mínimos, insignificantes u

obvios, pero que son significativos o significantes. Vimos en sede de propiedad intelectual e industrial los problemas que estos cambios podrían suponer para su adecuada protección y plasmé mis dudas acerca de si, por ejemplo, la *Lubina en hojaldre* podría ser protegida, por ser una derivación del *Solomillo Wellington.* En cambio, en sede de secretos empresariales, ambas recetas, si cumplieran los requisitos para ser calificadas como secreto empresarial, podrían ser perfectamente protegibles, sin que la existencia de una impidiera la de la otra. En general, se permite proteger cualquier obra gastronómica –que contenga una información secreta y cumpla los requisitos– de una manera sencilla, a diferencia de lo que ocurre en sede de patentes o derechos de autor, pues como afirma Galloux: «*donde las instituciones tradicionales fallan, es donde entra el secreto empresarial*» **(479)** .

Precisamente, uno de los problemas que plantea acudir a los derechos de autor es que para un sector considerable las recetas son ideas. Y, aunque desde estas páginas se ha argumentado en su contra, no podemos obviar que actualmente, en una gran parte de los ordenamientos jurídicos es la tónica dominante –aunque, con la esperanza de que cambie–. Por ello, ante tales impedimentos fáctico-sociales, los secretos se erigen como una más que factible solución, pues los mismos pueden proteger, como se dijo, simplemente ideas, cuando cumplan los requisitos del artículo 1 LSE.

Demostrar que una creación gastronómica cumple los requisitos establecidos para la protección mediante los secretos empresariales presenta una gran facilidad en comparación con la de los otros instrumentos analizados. En sede de derechos de autor, patentes, modelos o diseños, hemos podido observar la complejidad que entraña la demostración de que cierta creación es original, creativa, novedosa, funcional o que implique actividad inventiva. Es más, la demostración de ese cumplimiento en las obras gastronómicas, a la vista de los pronunciamientos jurisprudenciales y de las decisiones administrativas de los diversos registros, se encuentra entre lo complicado y lo prácticamente imposible. Y, aunque hayamos señalado que hay obras gastronómicas que cumplen los requisitos de tales legislaciones, no parece que dichos sistemas se vayan a flexibilizar para favorecer a la gastronomía –aunque, más bien, sería, para darle un trato justo, igualitario y equitativo–.

La protección del secreto empresarial no depende de la demostración de esos requisitos. Depende, a la postre, de que su titular lo haya tratado como tal y lo haya pretendido proteger como el secreto que es. El establecimiento de medidas razonables de protección, en principio, requisito más complicado de cumplir, es posible mediante una serie de medidas limitativas en el acceso a la información. Ya sea a través de la muy gráfica protección de la receta en una cámara acorazada, mediante técnicas organizativas de la cocina o a través de los no tan gráficos pero efectivos acuerdos de confidencialidad –con trabajadores, proveedores o clientes– o cláusulas de no competencia postcontractual.

La utilización de estos tipos de acuerdos para reforzar la protección de los secretos empresariales puede ser clave para probar la razonabilidad de las medidas, aumentando las garantías legales de la protección de los secretos empresariales. Estos acuerdos no solo servirán para probar que se establecieron medidas razonables de protección, sino que permitirán que, en caso de divulgación o utilización indebida del secreto, se pueda obtener, de manera paralela a las acciones recogidas en la LSE, una protección reforzada mediante la ejecución de cláusulas penales para el caso de incumplimiento o mediante la obligación de dejar de efectuar la conducta no permitida. La combinación del secreto empresarial y el

derecho contractual podrá suponer la efectiva, razonable, reforzada y garantista protección de la información secreta.

Con todo, a la vista de las ventajas e inconvenientes planteados, entiendo que los secretos empresariales se erigen como el instrumento mejor capacitado para la protección de las obras gastronómicas en la actualidad, teniendo en cuenta que los mismos no impiden, como se ha señalado, que de manera general se compartan conocimientos, se coopere o colabore. Quizá no sea la figura que permita proteger la totalidad de los aspectos de una creación gastronómica, pero sí que es la figura que permite otorgar protección a cualquier tipo de obra gastronómica. La gastronomía es compleja y no es homogénea. Tiene una serie de vértices y aristas que no construyen un solo tipo de figura geométrica, sino varias. Y, por tanto, se podrá afirmar que los secretos empresariales son un instrumento de protección generalista –porque lo son–. Pero ante la evidencia de que los otros sistemas de protección, todos ellos encargados de proteger aspectos concretos y, consecuentemente con ello, creaciones gastronómicas caracterizadas por dichos aspectos que pretenden proteger, no permiten una pacífica o sencilla inclusión de la creación gastronómica en su objeto de protección –o directamente parecen impedirlo–, son los secretos empresariales los que deben suplir tales carencias y, por lo menos, otorgar a los cocineros un sistema efectivo de protección de sus creaciones. No será el sistema perfecto de protección para las creaciones gastronómicas, pero sí que es el mejor de los analizados, el que otorga una mayor estabilidad y tranquilidad al cocinero. El que, en definitiva, permite, a la vista de nuestro ordenamiento jurídico, proteger la creación gastronómica.

VII. REFLEXIONES FINALES JURÍDICO-GASTRONÓMICAS

La gastronomía es uno de los sectores que más importancia tiene en la actualidad, tanto económica, como social o culturalmente. Empero esa importancia no se traduce en un acompañamiento del ordenamiento jurídico, por lo que las creaciones gastronómicas, entendidas como la obra de arte total, se encuentran huérfanas de un régimen que las proteja adecuadamente.

La gastronomía ha funcionado de una manera bastante adecuada hasta el momento, pero esto no significa que no exista un problema de plagios, apropiaciones o falta de reconocimiento al creador de una obra gastronómica. Por ello, es necesaria una protección de las obras gastronómicas que amalgame la naturaleza de estas particulares creaciones con las necesidades y deseos actuales y reales del propio sector gastronómico. Por tanto, si ha de haber un régimen de protección, ¿cuál debe ser? Una protección excesiva de las obras gastronómicas, dada la idiosincrasia del sector, puede tener un impacto negativo en la creatividad, innovación, competencia e, incluso, en el público. Se debe buscar un régimen que permita una protección adecuada sin que implique un cercenamiento de la cooperación y colaboración en el sector.

La propiedad intelectual, a pesar de que la gastronomía sea un arte, presenta mayores incógnitas e interrogantes que respuestas, no aportando seguridad jurídica a un sector necesitado de ella. Su aceptación como sistema de protección requiere de una serie de cambios, jurídicos y sociales, que no permiten que se acojan a él la gran mayoría de obras gastronómicas.

El derecho marcario, aunque pueda presentar una utilidad en ciertos supuestos

concretos, no permite una protección de la obra gastronómica como obra total, limitándose su régimen a impedir ciertas similitudes o a proteger la apariencia visual, por lo que su utilidad se ve limitada a unas pocas obras gastronómicas en lo que lo protegible sea lo visual o se pretenda realizar una comercialización concreta de un *signature dish.*

Las patentes y los modelos de utilidad pueden proteger la cocina inventiva de ciertos cocineros, pero acercarse a su protección, como se dijo, no solo es complicado, sino que solo sería útil para unas pocas y contadas creaciones gastronómicas en las que la innovación sea su estandarte, pero no para la gran mayoría. La protección del diseño industrial se circunscribe al apartado visual de la obra gastronómica, por lo que no se consigue su total protección, y su ámbito se circunscribe exclusivamente a aquellas obras en las que lo visual marque su significancia.

La protección es muy variada en cuanto a su alcance y disponibilidad. No hay una *talla única* que se adapte a la perfección a toda creación gastronómica. Por ello, los secretos empresariales, con su carácter generalista, con su ventajas e inconvenientes, se erigen como el mecanismo que aporta una protección más accesible y factible para los cocineros, que permite una protección de la obra gastronómica en su conjunto y que consigue proteger la obra gastronómica sin las especificidades de los otros regímenes. En su conjunto, son el instrumento más completo para proteger las creaciones gastronómicas de todos los regulados en el ordenamiento jurídico español.

Ello no significa que no sea deseable un régimen que se adaptase todavía más a las necesidades del sector gastronómico, ya sea creando uno nuevo o adaptando alguno de los preexistentes. Pero la realidad ante la que nos encontramos es esta y se debe procurar dotar a los cocineros de un medio de protección de manera inmediata y no postergado a una futura e hipotética decisión legislativa, es decir, *no hay que darles la espalda* confiando en un futuro que puede o no llegar, sino darle una solución de presente.

La gastronomía es un sector único, con creatividad, originalidad, diseño e innovaciones a raudales. La gastronomía es un sector único en el que se aprecia el compañerismo, el intercambio de ideas y el aprendizaje de *los maestros.* La gastronomía es un sector único porque no está protegido. Y, ante esa situación, les pido dos favores: no me guarden el secreto, sino promuevan su uso para proteger la gastronomía; y, más importante, *ne pas tourner le dos* al sector gastronómico, al arte gastronómico.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AA. VV.: «‘Central’, el diario de viajes de un explorador de ingredientes», *Gestión*, 4 de diciembre de 2016. Disponible en: *https://www.gestion.pe*

AA. VV.: «Massimo Bottura, i 10 piatti simbolo del miglior chef del mondo del 2018», *Corriere della sera.* Disponible en: *https://www.corriere.it*

AA. VV.: «Il segreto del piatto icona di Gualtiero Marchesi», *La Cucina Italiana*, 28 de febrero de 2022. Disponible en: *https://www.lacucinaitaliana.it*

ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio y AYLLÓN SANTIAGO, Héctor Sergio: *Nuevas fronteras del objeto de la propiedad intelectual: Puentes, perfumes, senderos y embalajes*,

Reus, Madrid, 2008.

ANSÓN OLIART, Rafael: «Un marco jurídico para la gastronomía del siglo XXI», en *Derecho y gastronomía* (dir. Rafael Ansón Oliart y Javier Cremades García), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 29-33.

ANSÓN OLIART, Rafael y CREMADES GARCÍA, Javier: «Prólogo», en *Derecho y gastronomía* (dir. Rafael Ansón Oliart y Javier Cremades García), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 17-19.

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Reus, Madrid, 2007.

APLIN, Tanya: «A critical Evaluation of the Proposed EU Trade Secrets Directive», *King's College London Law School Research Paper*, n.º 25, julio 2014, pp. 257-279.

ARISTÓTELES: *Del sentido y lo sensible*, Aguilar, Madrid, 1980. Disponible en: *https://www.recursosbiblio.url.ed.gt*

ARONS, Morgan P.: «A Chef 's Guide to Patent Protections Available for Cooking Techniques and Recipes in the Era of Postmodern Cuisine and Molecular Gastronomy», *Journal of Business & Technology Law*, n.º 1, febrero 2015, pp. 137-156.

AROUH, Albert: «Food as Arts and the Quest for Authenticity», en *Authenticity in the Kitchen* (ed. Richard Hosking), Prospect Books, Oxford, 2005, pp. 53-64.

ARROYO APARICIO, Alicia: «Secretos empresariales en el ordenamiento español: La Ley 1/2019, transposición de la Directiva 2016/943», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11, diciembre 2019, pp. 83-103.

AYLLÓN SANTIAGO, Héctor Sergio: *El derecho de transformación de las obras del espíritu*, Reus, Madrid, 2014.

AYUSO REJAS, Miguel: «Los cocineros se copian impunemente los platos, pero nadie se atreve a denunciarlo en público», *Directo al Paladar*, 24 de enero de 2018. Disponible en: *https://www.directoalpaladar.com*

BARBONE, Marco y TASSONE, Bruno: «Diritti sul cibo e tutela dei piatti creativi. Una prospettiva comparata», en *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata*, vol. I (ed. Lucia Scaffardi y Vicenzo Zeno-Zencovich), Roma TrE-Press, 2020, pp. 587-609.

BARRIOS MANZANO, Elena: «Sánchez Dragó, contra Dabiz Muñoz: 'Nunca antes había comido tantas bullipolleces'», *ABC*, 9 de diciembre de 2021.

BEAUREGARD, Gaëlle : *Entre l'art, l'invention et la nourriture: examen de la possibilité de protéger les recettes de cuisine en droit de la propriété intellectuelle canadien* [tesis de maestría], Université de Montréal, 2010.

BECERRA, Juanjo: «Aduriz, sobre la tercera estrella: 'Puede que nos necesite más la Guía Michelin que nosotros a ella», *El Mundo*, 29 de agosto de 2023.

BELTON, Robert: *Art History: A Preliminary Handbook*, University of British Columbia, Vancouver, 1996. Disponible en: *https://www.fccs.ok.ub.ca*

BENEYTO 'MATOSES', Borja y MATEOS 'MR. ESPETO', Carlos: *Templos del producto: los últimos bastiones del producto extremo*, Planeta Gastro, Barcelona, 2018.

BENTLY, Lionel y SHERMAN, Brad: *International Property Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2014.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto: *Apuntes de Derecho Mercantil*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto: «Las reivindicaciones de la patente de invención», *Derecho PUCP*, n.º 47, 1993, pp. 163-189.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto: «Nociones introductorias sobre la Ley de Secretos Empresariales», en *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual. Homenaje a Luis-Alfonso Durán* (dir. Pedro Merino Baylos), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 195-208.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Artículo 10», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, 2007, pp. 151-188.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Artículo 11», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, 2007, pp. 189-207.

BLANCO ESGUEVILLAS, Isabel: *La protección jurídica y eficacia del diseño industrial no registrado*, Reus, Madrid, 2017.

BONE, Robert G.: «A new look at Trade Secret Law: Doctrine in search of justification», *California Law Review*, n.º 82, marzo 1998, pp. 241-313.

BOTANA AGRA, Manuel: «Invención y patente», en *Manual de la Propiedad Industrial* (dir. Carlos Fernández-Novoa Rodríguez, José Manuel Otero Lastres y Manuel Botana Agra), Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 100-112.

BRILLAT-SAVARIN, Jean Anthelme: *Fisiología del gusto*, Óptima, Barcelona, 2001.

BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando: *Manual de Derecho Mercantil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2016.

BROUSSARD, J. AUSTIN: «An Intellectual Property Food Fight: Why Copyright Law should embrace culinary innovation», *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, n.º 3, junio 2008, pp. 691-728.

BROWN, Hannah: «Having your cake and eating it too: Intellectual Property Protection for Cake Design», *IDEA – The Journal of the Franklin Pierce Center for Intellectual property*, n.º 1, junio 2016, pp. 31-98.

BUCCAFUSCO, Christopher J.: «On the Legal Consequences of Sauces: Should Thomas Keller's Recipes be per se copyrightable?», *Cardozo Arts & Entertainment*, n.º 24, enero 2007, pp. 1121-1156.

BUGALLO MONTAÑO, Beatriz: «Creaciones gastronómicas y su protección legal, con especial referencia a la propiedad intelectual», *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n.º 38, diciembre 2020, pp. 13-53.

BUSTILLO SAIZ, María del Mar: *Protección del secreto empresarial en la Directiva (UE) 2016/943 y en la Ley 1/2019*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

CALLE, Román de la: «Reseña de *Las bellas artes reducidas a un principio único*», *Sonda*, n.º 7, octubre 2018, pp. 365-370.

CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén y SANJUÁN MUÑOZ, Enrique: «Marco normativo. El concepto de secreto empresarial», en *La protección de secretos empresariales* (dir. Ana Belén Campuzano Laguillo *et al.*), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 13-38.

CANDELARIO MACÍAS, María Isabel: *La innovación en la pequeña empresa: El modelo de utilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

CAPEL RIVAS, José Carlos: «Ferrán Adrià», en *Cocina con firma* (coord. José Carlos Capel Rivas y Julia Pérez Lozano), Tomo II, El País, Madrid.

CAPEL RIVAS, José Carlos: «The Alchemist, rebeldía, dramatismo, crítica social y alta cocina», *El País*, 29 de enero de 2022.

CAPEL RIVAS, José Carlos: «Quique Dacosta: ¿Se puede cocinar la belleza?», *El País*, 10 de abril de 2022.

CARBAJO CASCÓN, Fernando: «La protección del diseño industrial por la vía del derecho de autor. Concepto y régimen jurídico del diseño artístico», en *El diseño comunitario. Estudios sobre el Reglamento (CE) núm. 6/2002* (dir. Ángel García Vidal), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 525-618.

CARBAJO CASCÓN, Fernando: «Violación de secretos, inducción y aprovechamiento de la infracción contractual e infracción de normas», en *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad* (coord. José Antonio García-Cruces González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 1525-1622.

CARRIER, Michael: «Cabining Intellectual property Through a Property Paradigm», *Duke Law Journal*, n.º 1, octubre 2004, pp. 1-145.

CASADO CERVIÑO, Alberto y BLANCO JIMÉNEZ, Araceli: *El diseño comunitario. Una aproximación al régimen legal de los dibujos y modelos de Europa*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

CASLOWITZ, Carl: «Trade Dress and Section 43(A) [N.1] of the Lanham Act: Protection for Total Image of the visual displays of Software Applications», *Idea. The Journal of Law and Technology*, n.º 33, 1993, pp. 187-199.

CASTAN PEREZ-CANO, Antonio: «Secretos empresariales y Propiedad Industrial e Intelectual: Afinidades y divergencias», en *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual. Homenaje a Luis-Alfonso Durán* (dir. Pedro Merino Baylos), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 303-317.

CASTRO GARCÍA, Juan David: «Las marcas no tradicionales», *Revista de la Propiedad Inmaterial*, n.º 16, noviembre 2012, pp. 297-325.

CASTRO SILVEIRA, Paula de: «Arte(FICIAL): Obras criadas por Inteligência Artificial e os seus impactos no conceito de obra de arte e de direitos de autor», en *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2021 [E-book]. Disponible en: https://www.proview.thomsonreuters.com

CHALLY, Jon: «The Law of Trade Secrets: Toward a More Efficient Approach», *Vanderbilt Law Review*, n.º 4, mayo 2004, pp. 1269-1311.

CHELLAM, Divya: «Copyright to cookbooks and not to recipes», *Indian Journal of Law and Legal Research*, n.º 2, septiembre 2021, pp. 490-491.

CHENG, Tania Su Li: «Copyright Protection of Haute Cuisine: Recipe for Disaster», *European Intellectual Property Review*, n.º 3, 2008, pp. 93-100.

CICERÓN: *Los deberes*, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 2004.

CLAEYS, Eric R.: «Private Law Theory and Corrective Justice in Trade Secrecy», *Journal of Tort Law*, n.º 4, marzo 2011, pp. 1-65.

COVIELLO, Carmine y MONDIN, Davide: *FoodLaw. La tutela della creatività in cucina*, Edizioni Plan, Milán, 2017.

CSERGO, Julia: «L'art culinaire ou l'insaisissable beauté d'un art qui se dérobe», *Sociétés & Représentations*, n.º 34, octubre 2012, pp. 13-36.

CUETO, Antonio: «Novedad y actividad inventiva», en *La nueva Ley de Patentes* (dir. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2015 [E-book]. Disponible en: *https://www.proview.thomsonreuters.es*

CUGNO, Franco y OTTOZ, Elisabetta: «Trade Secret vs. Broad Patent: The role of licensing», *Review of Law and Economics*, n.º 2, septiembre 2006, pp. 209-221.

CUNDIFF, Victoria A.: «Reasonable measures to protect trade secrets in a digital environment», *IDEA-The Intellectual Property Law Review*, n.º 3, diciembre 2009, pp. 359-410.

CUNNINGHAM, Emily: «Protecting Cuisine Under the Rubric of Intellectual Property Law: Should the Law Play a Bigger Role in the Kitchen?», *Journal of High Technology Law*, n.º 9, 2009, pp. 21-51.

DEJEAN, Joan: *La esencia del estilo. Historia de la moda y el lujo contemporáneo*, Nerea, San Sebastián, 2013.

DELGADO LEÓN, Adrián: «Este ingrediente revolucionará la alta cocina y se parece a los 'ganchitos'», *ABC*, 3 de octubre de 2022.

DEWEY, John: *El arte como experiencia*, Paidós, Barcelona, 2008.

DIAZ, Patricia y RUTHERFORD, Denney: «Restaurant Espionage: When recipes are not trade secrets», *The Cornell Hotel and Restaurant Administration Quarterly*, n.º 1, febrero 1997, pp. 43-50.

DÍAZ MADURGA, Lucía: «La historia de la tortilla vaga: de Rafael Moneo a plato icónico de Madrid», *National Geographic*, 16 de enero de 2022.

DOSTERT, Nathalie y LAUTIER, Thierry: «La protection du secret des affaires : quelles conséquences sur la propriété intellectuelle?», *Revue Propriétés Intellectuelles*, n.º 71, abril 2019, pp. 6-18.

DROUARD, Alain: *Histoire des cuisiniers en France: XIX-XX siècle*, CNRS Éditions, París, 2004.

ECKERT, Daniel: «Das fotografieren von essen könnte teuer werden», *Welt*, 13 de agosto de 2015. Disponible en: *https://www.welt.de*

EPO: *Case Law OF THE Boards of Appeal of the EPO*, EPO, Munich, 2022.

FABRIS, Daniel: «Food Industry, haute cuisine and copyright», *SSRN Electronica Journal*, octubre 2019.

FAUCHART, Emmanuelle y HIPPEL, Eric von: «Norms-Based Intellectual Property Systems: The Case of French Chefs», *Organization Science*, n.º 2, abril 2008, pp. 187-201.

FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, Sofía: *Derecho de patentes e investigación científica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, María Cristina: «La protección de la presentación comercial en el Common Law: Estados Unidos –Trade Dress– y Gran Bretaña –Get up–», *Revista de Gestión Pública y Privada*, n.º 5, 2005, pp. 101-122.

FERNÁNDEZ GUADAÑO, Marta: «Sobre los becarios de la alta cocina», *Gastroeconomy*, 3 de mayo de 2017. Disponible en: *https://www.gastroeconomy.com*

FERNÁNDEZ GUADAÑO, Marta: «Angulas Etxebarri, de las mejores en España por el chef Bittor Arginzoniz», *Expansión*, 27 de octubre de 2017. Disponible en: *https://www.expansion.com*

FERNÁNDEZ-NOVOA RODRÍGUEZ, Carlos: *Tratado sobre derecho de marcas*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

FONT ACUÑA, Thais Elena: «La razonabilidad de las medidas de protección en el secreto empresarial», *Propiedad Intelectual*, n.º 20, diciembre 2017, pp. 147-167.

FONTAINE, Frédérique: «Droit d'auteur et chocolat», *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*,

n.º 50, junio 2009, pp. 8-9.

FUNDACIÓN CONTEMPORÁNEA: *Lo mejor de la cultura 2019*, Fundación Contemporánea, Madrid, 2020.

GALACHO ABOLAFIO, Antonio Francisco: *La obra derivada musical: entre el plagio y los derechos de autor*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

GALÁN CORONA, Eduardo: «Artículo 13. Violación de secreto», en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal* (dir. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 351-378.

GALLOUX, Jean-Christophe: «Secrets des affaires et propriété intellectuelle», *Dalloz IP/IT*, n.º 654, diciembre 2018, pp. 666-674.

GANZ, Daniel J.: «Intellectual Property Protection for Food: Balancing Competing Policy Objectives», *University of La Verne Law Review*, n.º 2, mayo 2019, pp. 128-152.

GARBAYO BLANCH, Juan: «Derecho de Patentes», en *Derecho de la Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y Propiedad Industrial* (dir. Miguel Ruiz Muñoz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 241-299.

GARCÍA SEDANO, Tania: «Análisis del criterio de originalidad para la tutela de la obra en el contexto de la ley de propiedad intelectual», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n.º 49, 2016, pp. 251-273.

GARCÍA VIDAL, Ángel: «El contenido del derecho sobre el diseño comunitario», en *El diseño comunitario. Estudios sobre el Reglamento (CE) núm. 6/2002* (dir. Ángel García Vidal), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 349-452.

GARCÍA VIDAL, Ángel: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2015. La actividad inventiva como requisito de patentabilidad: el método problema-solución, el test *would coul* y el *teaching away*», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 99, diciembre 2015. Disponible en: *https://www.proview.thomsonreuters.es*

GEORGE, Kiran Mary: «Trade Dress Law in the Commercial Kitchen: Exploring the Application of the Lanham Act to Food Plating in the Culinary Industry», *NUJS Law Review*, n.º 10, diciembre 2017, pp. 610-642.

GERMAIN, Claire M.: «Don't Steal My Recipe! A Comparative Study of French and U.S. Law on the Protection of Culinary Recipes and Dishes Against Copying», *Working Papers 7,* University of Florida Levin College of Law, 2019. Disponible en: *https://www.scholarship.ufl.edu*.

GHOSE, Anuttama y ALI, S.M. AAMIR: «Protection of cuisine under Intellectual Property Law: A global Perspective», *Journal of Intellectual Property Rights,* n.º 27, mayo-2022, pp. 171-180.

GOMBRICH, Ernst: *Historia del arte,* Diana, Ciudad de México, 1995.

GÓMEZ SEGADE, José Antonio: *El secreto industrial (know how): concepto y protección,*

Tecnos, Madrid, 1974.

GÓMEZ SEGADE, José Antonio: «Pasado, presente y futuro del diseño comunitario», en *El diseño comunitario. Estudios sobre el Reglamento (CE) núm. 6/2002* (dir. Ángel García Vidal), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 33-64.

GOULDING, Matt: «Seeding the Ocean: Inside a Michelin-Starred Chef's Revolutionary Quest to Harvest Rice from the Sea», *Time*, 9 de enero de 2021. Disponible en: *https://www.time.com*

GRIMES, Steven y MURPHY, Shannon: «Reasonable Measures for protecting trade secret: A primer», *Law 360,* 2019. Disponible en: *https://www.law360.com*

GUILLÉN CATALÁN, Raquel: «¿Cómo proteger un secreto comercial o empresarial?», en *Curso de especialización en Know-How, propiedad intelectual e industrial en el mercado único digital* (dir. Javier Plaza Penadés), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019 [E-book]. Disponible en: *https://www.proview.thomsonreuters.es*

GUILLÉN MONGE, Patricia: «Artículo 1», en *Comentarios a la Ley de Secretos Empresariales* (coord. José Miguel Lissén Arbeloa), Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2020. Disponible en: *https://www.laleydigital.es*

HEGEL, George W.F.: *Lecciones de estética,* Ediciones 62, Barcelona, 1989.

HIDALGO PÉREZ, Montse: «Las obras de Shakespeare escritas por 'monos virtuales' cumplen 10 años», *El País,* 24 de octubre de 2021.

HUGENHOLTZ, Peter Bent: «Recept, Gerecht en Auteursrecht», en *Intellectuele eigenaardigheden* (ed. D.W. Feer Verkade y Dirk J.G. Visser), Kluwer, Deventer, 1998, pp. 175-179.

HYLAND, Mary Grace: «A Taste of the Current Protection Offered by Intellectual Property Law to Molecular Gastronomy», *Cybaris, an Intellectual Property Law Review,* n.º 1, 2017, pp. 155-180.

IBÁÑEZ ROMÁN, Gracia María: «El concepto de dibujo o modelo en el Reglamento comunitario», en *El diseño comunitario* (dir. Guillermo Palao Moreno y Mario Clemente Meoro), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 155-184.

JANSSENS, Marie-Christine: «Copyright for culinary creations: a seven course tasting menu with accompanying wines», *SSRN Electronic Journal*, 2013, p. 4. Disponible en: *https://www.ssrn.com*.

JOYCE, James: *Ulises*, Cátedra, Madrid, 2013.

JUNG, Susan *et al.*: *Signature dishes that matter*, Phaidon, Londres, 2019.

KANT, Immanuel: *Crítica del juicio*, Librerías de Francisco Iravedra, Madrid, 1876. Disponible en: *https://www.cervantesvirtual.com*

KING, C. Bailey y WARREN, Bridget V.: «Intellectual Property Protection for Recipes»,

The Licensing Journal, n.º 10, diciembre 2019, pp. 1-6.

KORSMEYER, Carolyn: *El sentido del gusto: Comida, estética y filosofía*, Planeta, Barcelona, 2002.

KPMG: *La gastronomía en la economía española*, KPMG, Madrid, 2019.

KRIZMAN, Lisa K.: «Trademark Protection for Restaurant Owners: Having Your Cake and Trademarking It Too», *Trademark Reporter*, n.º 4, agosto 2009, pp. 1004-1028.

LAGALLA, Michele: «Geranium en platos tan hermosos como gustosos», *Cocina y vino*, 7 de marzo de 2022.

LAWRENCE, Meredith: «Edible Plagiarism: Reconsidering Recipe Copyright in the Digital Age», *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, n.º 1, septiembre 2011, pp. 187-223.

LLOBREGAT HURTADO, María Luisa: *La protección del secreto empresarial en el marco del derecho de la competencia (una aproximación al concepto de secreto empresarial en derecho norteamericano)*, Cedes, Barcelona, 1999.

LLOBREGAT HURTADO, María Luisa: «El nuevo régimen jurídico del diseño industrial en Derecho español», *Diario La Ley*, n.º 5877, octubre 2003. Disponible en: *https://www.laleydigital.es*.

LOBEL, Orly: «Filing for a Patent Versus keeping your invention a trade secret», *Harvard Business Review*. Disponible en: *https://hbr.org*

LONGAN PHILLIPS, Shirley: «Sobre la definición del arte y otras disquisiciones», *Revista Comunicación*, n.º 1, junio 2011, pp. 75-79.

LOUREDO CASADO, Sara: *El diseño industrial no registrado*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

LUCAS, André, BENABOU, Valérie-Laure y BRUGUIÈRE, Jean-Michel: «Chroniques: Droit d'auteur et droits voisins», *Revue Propriétés Intellectuelles*, n.º 41, octubre 2011, pp. 389-413.

MACÍAS MARTÍN, José: «La protección comunitaria del diseño industrial», en *Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea* (dir. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 305-340.

MARCELLINI, Giulia: «Food Porn: Towards a changing perspective on the Chef's protection Copyright», *Case for the European and International Advanced IP Law Course at Bocconi University*, 2019. Disponible en: *https://www.academia.edu*.

MARCO MOLINA, Juana: «La obra gastronómica como objeto de la propiedad intelectual», en *Problemas actuales de derecho de la propiedad industrial: V Jornada de Barcelona de Derecho de la Propiedad Industrial* (dir. Ramón Morral Soldevila), Tecnos, Madrid, 2016, pp. 59-82.

MAS PÉREZ, Ana: «Propiedad intelectual y gastronomía», *Diario La Ley*, n.º 10114, julio 2022. Disponible en: *https://www.diariolaley.laleynext.es*

MARCO ARCALÁ, Luis Alberto: «El requisito del carácter singular», en *El diseño comunitario. Estudios sobre el Reglamento (CE) núm. 6/2002* (dir. Ángel García Vidal), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 212-280.

MARCO ARCALÁ, Luis Alberto: «Últimas aportaciones en torno al carácter singular de los diseños comunitarios en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 33, diciembre 2013, pp. 499-518.

MASSAGUER FUENTES, José: *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999 [E-book]. Disponible en: *https://www.proview.thomsonreuters.es*

MASSAGUER FUENTES, José: «El contenido y alcance del derecho de patente», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 15, diciembre 2006, pp. 173-187.

MASSAGUER FUENTES, José: «De nuevo sobre la protección jurídica de los secretos empresariales: a propósito de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 51, mayo 2019, pp. 46-70.

MEJÍA LÓPEZ, Lina Sarai, HERNÁNDEZ LÓPEZ, Ricardo y MEJÍA CASTILLO, Sonia Edit: «Cocina y arte: la doble significación de la gastronomía», *Revista Culinaria*, n.º 6, diciembre 2013, pp. 7-22.

MONTAÑÁ MORA, Miquel: «La determinación del estado de la técnica más cercano», en *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual. Homenaje a Luis-Alfonso Durán* (dir. Pedro Merino Baylos), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 597-618.

MORA GRANELL, José Agustín: «Artículo 21», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. Felipe Palau Ramírez y Guillermo Palao Moreno), Tirant lo Blanch: Valencia, 2017, pp. 367-383.

MORÁN, Iker: «El restaurant que inventó el mítico postre 'Pijama'», *20 Minutos*, 19 de julio de 2016.

NEIRINCK, Edmond y POULAIN, Jean Pierre: *Historia de la cocina y de los cocineros: técnicas culinarias y prácticas de mesa en Francia, de la Edad Media a nuestros días*, Zendrera Zariquiey, Barcelona, 2001.

OEPM: *Directrices de examen de solicitudes de modelos de utilidad (Ley 24/2015)*, OEPM, Madrid, 2020. Disponible en: *https://www.oepm.es*.

ORTUÑO BAEZA, María Teresa: «El requisito de novedad», en *El diseño comunitario. Estudios sobre el Reglamento (CE) núm. 6/2002* (dir. Ángel García Vidal), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 65-210.

ORY, Pascal: « Pour une enquête pluridisciplinaire sur l'histoire de la légitimation artistique», *Sociétés & Représentations*, n.º 34, octubre 2012, pp. 149-151.

OTAMENDI, Jorge: «Breves comentarios sobre modelos y diseños industriales en la

Comunidad Europea», en *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual. Homenaje a Luis-Alfonso Durán* (dir. Pedro Merino Baylos), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 639-645.

OTERO LASTRES, José Manuel: «En torno a la directiva 98/71/CE sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 19, diciembre 1998, pp. 21-50.

OTERO LASTRES, José Manuel: «La definición legal de marca en la nueva Ley española de Marcas», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t. 22, diciembre 2001, pp. 195-214.

OTERO LASTRES, José Manuel: «Concepto legal de diseño y requisitos de protección», *Revista Galega de Administración Pública*, n.º 36, abril 2004, pp. 15-36.

OTERO LASTRES, José Manuel: «Reflexiones sobre el diseño industrial», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, n.º 1, 2008, pp. 217-235.

OTERO LASTRES, José Manuel: «Introducción», en *Manual de la Propiedad Industrial* (dir. Carlos Fernández-Novoa Rodríguez, José Manuel Otero Lastres y Manuel Botana Agra), Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 53-74.

OTERO LASTRES, José Manuel: «Concepto y derecho a la obtención del modelo de utilidad», en *Manual de la Propiedad Industrial* (dir. Carlos Fernández-Novoa Rodríguez, José Manuel Otero Lastres y Manuel Botana Agra), Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 273-284.

OTERO LASTRES, José Manuel: «Requisitos de protección», en *Manual de la Propiedad Industrial* (dir. Carlos Fernández-Novoa Rodríguez, José Manuel Otero Lastres y Manuel Botana Agra), Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 285-292.

OTERO LASTRES, José Manuel: «Una aproximación a la protección jurídica de la obra gastronómica», en *Derecho y gastronomía* (dir. Rafael Ansón Oliart y Javier Cremades García), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 103-119.

PEINADO GRACÍA, Juan Ignacio: «Artículo 10», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. Felipe Palau Ramírez y Guillermo Palao Moreno), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 170-232.

PEMBERTON, Sophie: «Protecting your culinary creation and eating it too: An exploration into how Australian copyright law can and should expand its menu to embrace culinary works», *The University of Western Australia Law Review*, n.º 2, diciembre 2017, pp. 151-204.

PHILLIPS, Patrick P.: «The Concept of Reasonableness in the Protection of Trade Secrets», *The Business Lawyer*, n.º 4, agosto 1987, pp. 1045-1051.

PINA SÁNCHEZ, Carolina y LÓPEZ ALZAGA, Ricardo: «Protección legal de las recetas: ¡No copies mi receta¡¿La patentamos?», *Diario La Ley*, n.º 9175, abril 2018. Disponible en: *https://www.laleydigital.es*

PLANELLAS ARAN, Marcel y SVEJENOVA, Silviya: *Caso Creatividad: Ferran Adrià*, ESADE, Barcelona, 2007. Disponible en: *https://www.issuu.com*.

PLATÓN: «Gorgias», en *Obras completas puestas en lenguas castellana por primera vez por Patricio de Azcárate*, Tomo V, Medina y Navarro, 1872, pp. 115-282. Disponible en: *https://www.bibliotecadigital.jcyl.es*

PLATÓN: «Hipias Mayor», en *Obras completas puestas en lenguas castellana por primera vez por Patricio de Azcárate*, Tomo II, Medina y Navarro, 1872, pp. 101-147. Disponible en: *https://www.bibliotecadigital.jcyl.es*

POLLACK, Malla: «Intellectual Property Protection for the Creative Chef, or how to Copyright a Cake: A modest proposal», *Cardozo Law Review*, n.º 5, abril 1990, pp. 1477-1524.

POOLEY, James: *Trade Secrets*, *Law Journal Seminars-Press*, Nueva York, 1997.

PORTELLANO DÍEZ, Pedro: «Artículo 13», en *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal* (dir. Fernando Martínez Sanz), Tecnos, Madrid, 2009, pp. 219-238.

PRESENZA, Angelo, ABBATE, Tindara, CASALI, Gian Luca y PERANO, Mirko: «An innovative approach to the intellectual property in haute cuisine», *International Journal of Hospitality Management*, n.º 65, junio 2017, pp. 81-88.

PROUST, Marcel: *En busca del tiempo perdido: Por el camino de Swann*, Alianza Editorial, Madrid, 2021.

QUINET, Marienne L.: «Food as art: The problem of function», *British Journal of Aesthetics,* n.º 2, 1991, pp. 159-171.

RAMON SAURI, Oriol: *La actividad inventiva como requisito de patentabilidad* [tesis doctoral], Universitat de Barcelona, 2015.

RAUSTIALA, Kal y SPRIGMAN, Christopher: «The piracy paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design», *Virginia Law Review*, n.º 8, diciembre 2006, pp. 1687-1777.

REEBS, Caroline: «Sweet or Sour: Extending Copyright Protection to Food Art», *DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law*, n.º 1, noviembre 2011, pp. 41-74.

REESE, Joel W.: «Defining the elements of Trade Dress infringement under section 43(A) of the Lanham Act», *Texas Intellectual Property Law Journal*, n.º 2, diciembre 1994, pp. 103-133.

REY-ALVITE VILLAR, Manuel: «El carácter distintivo de la marca tridimensional en la jurisprudencia de la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º 1, marzo 2014, pp. 294-329.

RICHARD, Jeanne: *La divulgation de l'information protégée et les libertés économiques* [tesis doctoral], Université Paris-Saclay, 2018.

RICKETSON, Sam y GINSBURG, Jane: *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

RISCH, Michael: «Why do we have trade secrets?», *Marquette Intellectual Property Law Review*, n.º 1, 2007, pp. 3-76.

ROBERT GUILLÉN, Santiago: *Alta cocina y derechos de autor*, Reus, Madrid, 2017.

ROBERT GUILLÉN, Santiago: *La protección jurídica de las obras culinarias por el derecho de autor y de la competencia desleal* [tesis doctoral], Universitat Autònoma de Barcelona, 2017.

ROCHA, Maria Victória: «The Mondrian Cake: may Intellectual Property protect signature food?», *Revista Electrónica de Direito*, n.º 2 (junio 2019), pp. 164-184.

ROGEL VIDE, Carlos: «Diseños, Propiedad Intelectual y Propiedad Industrial», *Revista Galega de Administración Pública*, n.º 36 (abril 2004), pp. 39-60.

ROSENBLAT, Elizabeth: «A Theory of IP's Negative Space», *Columbia Journal of Law & the Arts*, n.º 3 (julio 2011), pp. 317-365.

RUIZ MUÑOZ, Miguel: «Nuevo concepto de marca y signos olfativos», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º 30 (junio 2022). Disponible en: *https://www.laleydigital.es*.

SAFONT MOLINERO, María Luisa: «El arte y la gastronomía», *Cuadernos de Aragón,* n.º 27 (enero 2001), pp. 5-32.

SAIZ GARCÍA, Concepción: «Artículo 11», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. Felipe Palau Ramírez y Guillermo Palao Moreno), Tirant lo Blanch: Valencia, 2017, pp. 233-247.

SAIZ GARCÍA, Concepción: «Requisitos de protección de los dibujos y modelos comunitarios», en *El diseño comunitario* (dir. Guillermo Palao Moreno y Mario Clemente Meoro), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 186-202.

SAIZ GARCÍA, Concepción: «Requisitos de protección de los dibujos y modelos industriales», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 22 (diciembre 2001), pp. 369-398.

SALAS DURÁN, Pilar: «Platos de alta cocina que han pasado a la historia... de la falsificación», *La Vanguardia*, 28 de diciembre de 2016. Disponible en: *https://www.lavanguardia.com*.

SALVÀ, Joan: «Un secreto a voces en la UE: La nueva protección jurídica del know-how en España», *Derechos Intelectuales*, n.º 25, 2020, pp. 142-182.

SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: «Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual», *Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 4, abril 2000, pp. 25-68.

SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares,

Granada, 2005.

SANDBERG, Scott C.: «Trade Dress: What Does It Mean?», *Franchise Law Journal*, n.º 1, julio 2009, pp. 10-16.

SANDEEN, Sharon K.: «The Cinderella of Intellectual Property Law: Trade Secrets», en *Intellectual Property and Information Wealth: Issues and Practices in the Digital Age* (ed. Peter K. YU), Praeger Perspectives, Westport, pp. 399-420.

SANTAMARÍA MARTÍNEZ, Andrea: *Las relaciones entre el arte y la gastronomía: el caso de Andoni Luis Aduriz y Mugaritz* [tesis doctoral], Universidad Complutense de Madrid, 2022.

SAPPA, Cristiana: «Theme 5: Non Conventional Works of Authorship and Copyright and Related Rights for MSMEs –Non-Conventional Copyright Subject Matter: Fragrances and Gastronomy», ponencia presentada en la Convención Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en Roma el 10 de diciembre de2009. Disponible en: *https://www.wipo.int*

SAUNDERS, Kurt M. y FLUGGE, Valerie: «Food for thought: Intellectual Property Protection for Recipes and Food Designs», *Duke Law & Technology Review,* n.º 19, septiembre 2021, pp. 159-197.

SAUNDERS, Kurt M. y GOLDEN, Nina: «Skill or Secret? The Line Between Trade Secrets and Employee General Skills and Knowledge», *New York University Journal of Law and Business*, n.º 1, enero 2018, pp. 61-99.

SCARPATO, Rosario: «Gastronomy as a tourist product: the perspective of gastronomy studies», en *Tourism and Gastronomy* (ed. Anne-Mette Hialager y Greg Richards), Routledge, Londres, pp. 51-70.

SCHULTZ, Mark F. y LIPPOLDT, Douglas C.: «Approaches to Protection of Undisclosed Information (Trade Secrets)», *OECD Trade Policy Papers*, n.º 162, 2014.

SEGAL, Sarah: «Keeping it in the Kitchen: An Analysis of Intellectual Property Protection Through Trade Secrets in the Restaurant Industry», *Cardozo Law Review*, n.º 4, abril 2016, pp. 1523-1563.

SHINER, Larry: *La invención del arte*, Paidós, Barcelona, 2004.

SHUSTERMAN, Richard: «The End of Aesthetic Experience», *The Journal of Aesthetics and Art Criticism*, n.º 1, enero 1997, pp. 29-41.

SIMPSON, Michael P.: «The future of Innovation: Trade secrets, Property Rights, and Protectionism – an Age-Old Tale», *Brooklyn Law Review*, n.º 3, febrero 2005, pp. 1121-1163.

SIPAHI, Setenay y YILMAZ, Hakan: «An evaluation on the relation between Gastronomy and Art: The case of Ferran Adria», *New Trends and Issues Proceedings on Humanities and Social Sciences*, n.º 11, diciembre 2017, pp. 329-334.

SMITH, Cathat Y.N.: «Food Art: Protecting 'Food Presentation' under U.S. Intellectual

Property Law», *The John Marshall Review of Intellectual Property Law,* n.º 14, noviembre 2014, pp. 1-24.

SOLANO, Albert: «Las tres estrellas en 13 platos de Grant Achatz», *El Mundo*, 24 de enero de 2016.

SOLER MASOTA, Paz: «La protección de las ideas por Derecho de autor», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t. 22, diciembre 2001, pp. 485-504.

STRAUS, Naomi: «Trade Dress Protection for Cuisine: Monetizing Creativity in a Low-IP Industry», *UCLA Law Review*, n.º 60, noviembre 2012, pp. 182-260.

SUÑOL LUCEA, Aurea: *El secreto empresarial. Un estudio del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*, Thomson Reuters – Civitas, Cizur Menor, 2009.

SUÑOL LUCEA, Aurea: «*Skill and knowledge* y secretos empresariales (II)», *Almacén de Derecho*, 11 de abril de 2016. Disponible en: *https://www.almacendederecho.org*

TABUCCHI, Antonio: *Réquiem*, Anagrama, Madrid, 2006.

TAINE, Hyppolite Adolphe: *Filosofía del Arte. Volumen I*, Espasa-Calpe, Madrid, 1960.

TATARKIEWICZ, Wladislaw: *Historia de seis ideas*, Tecnos, Madrid, 2001.

TITO LIVIO: «Libro XXXIX», en *Historia de Roma desde su fundación*. Disponible en: *https://www.historicodigital.com*

TOLSTÓI, León: *¿Qué es el arte?*, Maxtor, Barcelona, 2012.

TORRE MARINA, María Covadonga: «¿Es la gastronomía un arte?», *Hospitalidad ESDAI*, n.º 12, diciembre 2007, pp. 111-129.

VAREA SANZ, Mario: «Modelos de utilidad: Requisitos de protección», en *La nueva Ley de Patentes* (dir. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2015 [E-book]. Disponible en: *https://www.proview.thomsonreuters.es*

VÁZQUEZ ESTEBAN, Marina: «La percepción gustativa en la protección de las creaciones gastronómicas a través de los derechos de autor y alternativas legales», en *Retos en el sector agroalimentario: Regulación, competencia y propiedad industrial* (dir. Felipe Palau Ramírez y Jaume Martí Miravalls), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 389-412.

VEGA GARCÍA, Fernando L. de la: *Protección del diseño en el Derecho Industrial y de la Competencia*, Edersa, Madrid, 2006.

VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, Miguel: *Estudios sobre los requisitos de patentabilidad, el alcance y la violación del derecho de patente*, Bosch, Barcelona, 2005 [E-book]. Disponible en: *https://www.vlex.es*

VISSCHER, Fernand de y MICHAUX, Benoît: *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, Bruselas, 2000.

VUYST, Pierre de : «L'histoire à table : le tournedos controversé», *Le Soir*, 17 de mayo de

2019. Disponible en: *https://www.soirmag.lesoir.be*

WALO, Julianna: «The Art of Food Placement: Will the U.S. Follow Germany's Lead in Copyrighting Artistic Food Placement? «, *The John Marshall Review of Intellectual Property Law*, n.º 15, 2016, pp. 565-583.

WEISS, Allen S.: *Feast and Folly: Cuisine, Intoxication and the Poetics of the Sublime*, State University of New York Press, Nueva York, 2002.

ZARIN, Babak: «Knead to know: cracking recipes and trade secret law», *Elon Law Review*, n.º 1, febrero 2016, pp. 183-204.

ZUECO PEÑA, Ana: «Artículo 2», en *Comentarios a la Ley de Secretos Empresariales* (coord. José Miguel Lissén Arbeloa), Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2020. Disponible en: *https://www.laleydigital.es*

IX. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

1. España

1.1. Tribunal Supremo

– STS, contencioso, de 21 de marzo de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:2032).

– STS, civil, de 25 de junio de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:3567).

– STS, contencioso, de 15 de octubre de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:18005).

– STS, civil, de 20 de junio de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:4748).

– STS, civil, de 7 de junio de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:3257).

– STS, civil, de 4 de marzo de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:1356).

– STS, civil, de 21 de octubre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:6410).

– STS, civil, de 6 de noviembre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:6958).

– STS, penal, de 12 de mayo de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:2885).

– STS, civil, de 30 de junio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:4484).

– STS, civil, de 27 de octubre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:7179).

– STS, civil, de 21 de febrero de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:1324).

– STS, civil, 5 de noviembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:9149).

– STS, civil, de 18 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:8866).

– STS, civil, de 12 de junio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:3503).

– STS, civil, de 30 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1766).

– STS, civil, de 25 de junio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2804).

– STS, civil, de 14 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1703).

– STS, civil, de 2 de septiembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4245).

– STS, civil, de 20 de mayo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2139).

– STS, civil, de 20 de julio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3025).

– STS, civil, de 2 de octubre, de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3472).

– STS, penal, de 20 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4422).

– STS, civil, de 3 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2244).

– STS, civil, de 4 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1568).

– STS, civil, de 16 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3416).

– STS, civil, de 16 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:531).

1.2. Tribunal Superior de Justicia

– STSJ Madrid, de 25 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:6601).

1.3. Audiencia Provincial

– SAP Madrid, civil, de 9 de junio de 2004 (ECLI:ES:APM:2004:8479).

– SAP Barcelona, civil, de 13 de julio de 2005 (ECLI:ES:APB:2005:12269).

– SAP Barcelona, civil, de 22 de septiembre de 2006 (ECLI:ES:APB:2006:14975).

– SAP Barcelona, civil, de 13 de enero de 2009 (ECLI:ES:APB:2009:239).

– SAP Madrid, civil, de 14 de octubre de 2011 (ECLI:ES:APM:2011:15159).

– SAP Madrid, civil, de 1 de marzo de 2012 (ECLI:ES:APM:2012:6039).

– SAP Barcelona, civil, de 2 de febrero de 2016 (ECLI:ES:APB:2016:508).

– SAP Vizcaya, civil, de 23 de abril de 2019 (ECLI:ES:APBI:2019:1397).

– SAP Barcelona, civil, de 10 de septiembre de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:10731).

– SAP Barcelona, civil, de 15 de enero de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:477).

– SAP Barcelona, civil, de 23 de abril de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:3057).

– SAP Barcelona, civil, de 4 de febrero de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:400).

– SAP León, civil, de 9 de abril de 2021 (ECLI:ES:APLE:2021:538).

– SAP Oviedo, civil, de 21 de junio de 2021 (ECLI:ES:APO:2021:2465).

– SAP Vizcaya, civil, de 29 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:APBI:2021:2757).

– SAP Barcelona, civil, de 13 de enero de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:1).

– SAP Valencia, civil, de 28 de junio de 2022 (ECLI:ES:APV:2022:2001).

1.4. Juzgado de lo Mercantil

– SJM Barcelona, de 6 de marzo de 2014 (ECLI:ES:JMB:2014:4087).

– SJM, Valencia n.º 2, de 6 de mayo de 2019 (ECLI:ES:JMV:2019:5336).

– SJM Barcelona, de 9 de junio de 2022 (ECLI:ES:JMB:2022:5868).

2. Unión Europea

2.1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

– STJUE 18 de junio de 2002, *Koninklijke Philips Electronics NV contra Remington Consumer Products Ltd.,* C-299/99.

– STJUE 12 de diciembre de 2002, *Ralf Sieckmann* vs *DPMA,* C-273/00.

– STJUE 12 de noviembre de 2002, *Arsenal Football Club Plc* vs *Matthew Reed,* C-206/01.

– STJUE 11 de junio de 2009, *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG* vs *Franz Hauswirth GmbH,* C529/07.

– STJUE 16 de julio de 2009, *Infopaq Int./S vs Danske Dagblades forening,* C-5/08.

– STJUE 22 de diciembre de 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany* vs *Ministerstvo kultury,* C-393/09.

– STJUE 20 de octubre de 2011, *PepsiCo Inc.* vs *Grupo Promer Mon Graphic, S.A.,* C-281/10 P.

– STJUE 1 de diciembre de 2011, *Eva-Maria Painer* vs *Standard VerlagsGmbH et al.,* C-145/10.

– STJUE 24 de mayo de 2012, *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG* vs *OAMI,* c-98/11 P.

– STJUE 19 de junio de 2014, *Karen Millen Fashions Ltd* vs *Dunnes Stores y Dunnes Stores (Limerick) Ltd,* C-345/13.

– STJUE 16 de septiembre de 2015, *Société des Produits Nestlé SA* vs *Cadbury UK Ltd.,* C-215/14.

– STJUE 20 de diciembre de 2017, *Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne* vs *Aldi Süd Dienstleistungs-GmbH & Co. OHG,* C-396/16.

– STJUE 12 de junio de 2018, *Christian Louboutin SAS* vs *Van Haren Schoenen,* C-163/16.

– STJUE 25 de julio de 2018, *Société des produits Nestlé SA* vs *Mondelez UK Holdings & Services Ltd.,* C-84/17 P, C-85/17 P y C-95/17 P.

– STJUE 13 de noviembre de 2018, *Levola Hengelo BV vs Smilde Foods BV,* C-310/17.

– STJUE 12 de septiembre de 2019, *Cofemel – Sociedade de Vestuário, S.A.* vs *G-Star Raw CV*, C-683/17.

– STJUE 23 de abril de 2020, *Gömböc Kutató, Szolgáltató és Kereskedelmi Kft.* vs *Szellemi Tulajdon Nemzeti Hivatala,* C-237/19.

2.2. Tribunal General de la Unión Europea

– STGUE de 27 de octubre de 2005, *Eden SARL* vs *EPO,* T-305 04.

– STGUE, de 21 de noviembre de 2013, *El Hogar Perfecto del Siglo XXI, S.L.* vs *OAMI* y *Wenf International Adv. Ltd.,* T-337/12.

– STGUE 15 de diciembre de 2016, *Mondelez UK Holdings & Serv. Ltd.* vs *EUIPO y Société des produits Nestlé SA,* T-112/13.

– STGUE 28 de mayo de 2020, *Galletas Gullón, S.A.* vs *EUIPO e Intercontinental Great Brands LLC,* T-667/18.

2.3. Oficina Europea de Patentes

– Decisión T 0610/95 (*Dressing/SQUIBB*), de 21 de julio de 1999 (ECLI: EP: BA:1999: T061095.199990721).

2.4. OAMI

– Caso *Lindner Recyclingtech GmbH* vs *Lars Fransson,* OAMI, 3 de abril de 2007.

3. Estados Unidos de América

– *Peabody vs Norfolk,* 98 Mass. 452 (1868).

– *Fargo Mercantile, Co. vs Brechet & Richter, Co.,* 295 F.823 (*8*th *Cir.* 1924).

– *App. of Levin,* 178 F.2d 945 (C.C.P.A 1949).

– *SK&F, Co.* vs *Premo Pharmaceutical Labs., Inc.,* 625 F.2d 1055 (*3*rd *Cir.* 1980).

– *In re Morton-Norwich Products, Inc.,* 671 F.2d 1332 (C.C.P.A. 1982).

– *Processed Plastic Co.* vs *Warner Comm. Inc.,* 675 F.2d 852 (*7*th *Cir.* 1982).

– *John H. Harland Co.* vs *Clarke Checks, Inc.,* 711 F.2d 966 (*11*th *Cir.* 1983).

– *Ruckelshaus* vs. *Monsanto Co.,* 467 US 986 (1984).

– *Procter & Gamble CO.* vs *Nabisco Brands,* 604 F. Supp. 1485 (D. Del. 1985).

– *Universal Frozen Foods, Co.* vs *Lamb-Weston, Inc.,* 697 F. Supp. 389 (D. Or. 1987).

– *Boeing Co.* vs *Sierracin Corp.,* 108 Wn. 2d 38 (Wash. 1987).

– *Peggy Lawton Kitchens, Inc.* vs *Hogan,* 532 N.E.2d 54 (Mass. 1989).

– *Branch* vs *Ogilvy & Mather, Inc.*, 765 F. Supp. 819 (S.D.N.Y. 1990).

– *Feist Publications, Inc. vs Rural Tel. Service Co.,* 499 US 340 (1991).

– *Two Pesos, Inc.* vs *Taco Cabana, Inc.,* 505 US 763 (1992).

– *Elmer Miller, Inc.* vs *Landis,* 253 Ill. App. 3d 129 (Ill. App. Ct. 1993).

– *Tone Bros. Inc.* vs *Sysco Corp.,* 28 F.3d 1192 (Fed. Cir. 1994).

– *205 Corp.* vs *Brandow,* 517 N.W.2d 548 (Iowa 1994).

– *Sassafras Enterprises, Inc.* vs *Roshco, Inc.*, 889 F. Supp. 343 (N.D. Ill. 1995).

– *PepsiCo, Inc.* vs *Redmond,* 54 F.3d 1262 (*7th Cir.* 1995).

– *Hutchinson* vs *KFC Corp.,* 51 F.3d 280 (*9th* 1995).

– *Publications Int'l, Ltd. vs Meredith Corp.*, 88 F.3d 473 (*7th Cir.* 1996).

– *Epic Metals Corp.* vs *Souliere,* 99 F.3d 1034 (*11th Cir.* 1996).

– *Durling* vs. *Spectrum Furniture Co., Inc.,* 101 F.3d 100 (Fed. Cir. 1996).

– *Buffets, Inc.* vs *Klinke,* 73 F.3d 965 (*9th Cir.* 1996).

– *American Dent. Assn.* vs *Delta Den. Plans Assn.,* 126 F.3d 977 (*7th Cir.* 1997).

– *Lambing* vs *Godiva Choco.,* 524 US 954 (1998).

– *Bridgestone/Firestone, Inc.* vs *Lockhart*, 5 F. Supp. 2d 667 (S.D.Ind. 1998).

– *Wal-Mart Stores, Inc.* vs *Samara Brothers, Inc.,* 529 US 205 (*2nd Cir.* 2000).

– *Vásquez* vs *Ybarra,* 150 F. Supp.2d 1157 (D. Kan. 2001).

– *Barbour* vs *Head,* 178 F. Supp. 2d 758 (S.D. Tex. 2001).

– *Oriental Art Printing, Inc.* vs *Goldstar Printing Corp.*, 175 F. Supp. 2d 542 (S.D.N.Y. 2001).

– *Contessa Food Products, Inc.* vs *Conagra, Inc.,* 282 F.3d 1370 (Fed. Cir. 2002).

– *Satava* vs *Lowry,* 323 F.3d 805 (*9th Cir.* 2003).

– *In re Dippin' Dots Patent Litigation,* 249 F. Supp.2d 1346 (*N.D.Ga.* 2003).

– *Learning Curve Toys, Inc.* vs *Playwood Toys,* 342 F.3d 714 (*7th Cir.* 2003).

– *Magistro* vs *J. Lou, Inc.,* 703 N.W.2d 887 (Neb. 2005).

– *In re N.V Organon.,* 79 U.S.P.Q.2d 1639 (2006).

– *Impax* vs *Aventis Pharma,* 545 F.3d 1312 (Fed. Cir. 2008).

– *Bimbo Bakeries USA, Inc.* vs *Botticella,* 613 F.3d 102 (*3*rd *Cir.* 2010).

– *Kim Seng Co.* vs *J&A Importers, Inc.,* 810 F. Supp. 2d 1046 (C.D.Cal. 2011).

– *Vraiment Hospitality, LLC* vs *Binkowski,* 8:11-cv-1240-T-33TGW (M.D.Fla. 2012).

– *N.Y. Pizzeria, Inc.* vs *Syal,* 56 F. Supp. 3d 875 (S.D.Tex. 2014).

– *Solid Wood Cabinet Co.* vs *Partners Home Supply,* 13-3598 (*E.D.Pa*. 2015).

– *Colon-Lorenzana* vs S. *Am. Rests. Corp.*, 799 F.3d 31 (*1*st *Cir.* 2015).

– *Katiroll Co.* vs *Kati Junction, Inc.,* 14-CV-1750 SAS (S.D.N.Y. 2015).

– *Bison Advisors LLC* vs *Kessler,* 14-3121 (D.Minn. 2016).

– *Sweet Street Desserts Inc.* vs *Chudleigh Ltd.,* 655 F.App'x 103 (*3*rd *Cir.* 2016).

– *Hui Kun LI* vs *Shuman,* 5:14-cv-0030 (*W.D.Va*. 2016).

– *Tomaydo-Tomahhdo, LLC* vs *Vozary,* Ohio 42929 (Ohio Ct. App. 2017).

– *Bumper Man, Inc.* vs *Smit,* 3:15-CV-02434-BF (N.D. Tex. 2017).

– *Opus Fund Servs. (USA), LLC.* vs *Theorem Fund Servs., LLC,* 17 C 923 (N.D.Ill. 2018).

– *Yellowfin Yachts, Inc.* vs *Barker Boatworks, LLC.,* 898 F.3d 1279 (*11*th *Cir.* 2018).

– *McIntyre* vs *BP Exploration & Prod., Inc.,* 138 S. Ct. 2609 (2018).

– *Mourabit* vs *Klein*, 18 Civ. 8313 AT (S.D.N.Y. 2020).

– *Google LLC* vs *Oracle Am., Inc.,* 141 *S.Ct*. 1183 (2021).

– *Denbra IP Holdings* vs *Thornton,* 521 F. Supp. 3d 667 (E.D.Tex. 2021).

4. Italia

– *Sentenza, 24 aprile 1969, della Pretura di Venezia.*

– *Sentenza* numero 9763 *del Tribunale di Milano del 10 luglio 2013.*

– *Sentenza – Mock Trial.* Disponible en: *https://mialegal.com*.

5. Bélgica

– *Arrêt de la Cour d'Appel de Liège du 10 juin 2011* (2010/RG/145).

6. Francia

– *Arrêt de la Cour d'Appel de Paris, 3 juillet 1975, Fabrique de Produits de Chimie Organique de Laire* vs *Sté Parfums Marcel Rochas.*

– *Arrêt du Tribunal de Grande Instance de Paris, 30 septembre 1997, Duribreux* vs *Muses Production. v. Pirreda.*

– *Arrêt de la Cour d'Appel de Paris, 25 janvier 2007*, *SARL Agence Télé France Presse* vs *URSSAF 75.*

– *Arrêt de la Cour d'Appel de Colmar, 27 août 2008, Poeles de Carottes vs Sarl au Potiron*

– *Arrêt du Tribunal de Grande Instance de Laval*, *16 février 2009*, *Leray* vs *SARL Réauté.*

– *Arrêt du Tribunal de Grande Instance de Paris, 8 de mars 2011, Société des Produits Nestlé SA vs Comptoir Européen de la Confiserie SAS et Cadbury France SAS.*

– *Arrêt de la Cour de Cassation, 10 décembre 2013,* 11-19.872, *Inédit*.

– *Arrêt du Tribunal de Grande Instance de Paris, 15 mars 2018, Alain Passard* vs *Carrefour Hypermarchés.*

7. Alemania

– Sentencia del BGH de 12 de noviembre de 2009 (I ZR 166/07).

– Sentencia del BGH de 28 de marzo de 2013 (I ZR 72/12).

– Sentencia del BGH de 13 de noviembre de 2013 (I ZR 143/12).

8. Países Bajos

– Sentencia del Tribunal Supremo de Holanda de16 de junio de 2006, *Lancôme Parfums et Beauté et CIE S.N.C.* vs *Kecofa B.V.*

9. Reino Unido

– *Cramp & Sons Ltd.* vs *Frank Smythson Ltd.*, *Appellate Committee of the House of Lords,* AC 329 (1944).

– *Reckitt & Colman Products Ltd.* vs *Borden Inc., Appellate Committee of the House of Lords,* AII E.R. 873 (1990).

– *Aerotel Ltd.* vs *Telco Holdings Ltd, Court of Appeal of England and Wales (Civil Division),* EWCA Civ 1371 (2006).

– *Société des Produits Nestlé SA* vs *Cadbury UK Ltd., Court of Appeal of England and Wales (Civil Division),* EWCA Civ 358 (2017).

– *E Mishan & Sons, INC. (T/A EMSON)* vs *Hozelock LTD. & Ors, High Court of Justice,* EWHC 991 Pat (2019).

10. Austria

– Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2012, ÖBl 2012/42 S 167 – ÖBl 2012,167 – Oro Hase VI.

11. Suiza

– Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de agosto de 2022, 4ª_587/2021.

12. Canadá

– *Santé Naturelle Ltée v. Produits de Nutrition Vitaform Inc.,* 5 C.P.R. (3d) 548 (1985).

– *Positron INC.* vs *Desroches et al.,* R.J.Q. 1636 (1988).

– *CPC Intl. Inc.* v. *Seaforth Creamery & Joseph Cianciaruso*, 15 O.T.C. 150 GD (1996).

– *Cadbury Schweppes INC.* vs *FBI Foods Ltd.,* 1 S.C.R. 142 (1999).

(1)

Esta obra es el fruto de la pasión por la gastronomía y por el derecho. Por ello, no puedo desaprovechar la oportunidad de dedicársela a todos aquellos artistas que han dotado de sentimientos, expresividad, creatividad, originalidad, amor, pensamiento, reflexión, filosofía… a las creaciones gastronómicas. A los grandes y a los no tan grandes que pueblan nuestros restaurantes, que tan felices nos hacen y a los que tanto admiro. En particular, a D. Andoni Luis Aduriz, por su bonhomía, pundonor y genialidad profesional y personal. A su equipo, en particular a Jon y a Janire, por hacer sentir a cualquiera como en casa y por dejarme formar parte de Mugaritz por un día. No puedo tampoco olvidarme de D. Rafael Verdera Server, por su dedicación, comprensión y acompañamiento sin pedir nada a cambio, por *perder el tiempo* conmigo y por ser el modelo que debo y quiero seguir. A D. Jorge Ortí Navarro, por sus reflexiones más allá de la gastronomía. A mi hermano y a mi madre.

(2)

Entre otras referencias gastronómicas, el acto IV se abre con una escena en la que Fra Melitone reparte comida entre un grupo de mendigos.

(3)

Durante el segundo cuadro de la ópera, en la escena del *Café Momus*, tiene lugar uno de los mayores recitales gastronómicos del mundo operístico. Comienza con los vendedores de la calle recitando todos los productos que tienen en venta y, posteriormente, los bohemios, dentro del café, comienzan a pedir lo que desean de cena.

(4)

M. L. SAFONT MOLINERO, «El arte y la gastronomía», *Cuadernos de Aragón*, n.º 27, 2001, pp. 6-7.

(5)

M. PROUST, *En busca del tiempo perdido: Por el camino de Swann,* Alianza Editorial, Madrid, 2021, p. 65: «*Mandó mi madre por uno de esos bollos, cortos y abultados, que llaman magdalenas* […], *me llevé a los labios una cucharada de té en el que había echado un trozo de magdalena*».

(6)

Así comienza el cuarto capítulo: «*A Mr. Leopold Bloom le gustaba saborear los órganos internos de reses y aves. Le gustaba la sopa de menudillos espesa, las mollejas que saben a*

nuez, el corazón asado relleno, los filetes de hígado empanados, las huevas de bacalao fritas». J. JOYCE, *Ulises*, Cátedra, Madrid, 2013, p. 61.

(7)

Tras encontrar a la sombra de Fernando Pessoa, el protagonista y ella acuden a un restaurante en el que se deleitan con un menú en el que la poesía es el gran alimento. *Vid.* A. TABUCCHI, *Réquiem,* Anagrama, Madrid, 2006, *in fine.*

(8)

E. NEIRINCK y J. P. POULAIN, *Historia de la cocina y de los cocineros: técnicas culinarias y prácticas de mesa en Francia, de la Edad Media a nuestros días*, Zendrera Zariquiey, Barcelona, 2001, p. 9.

(9)

J. A. BRILLAT-SAVARIN, *Fisiología del gusto*, Óptima, Barcelona, 2001, p. 15.

(10)

Entre los motivos que se aducen para justificar este olvido, destacan: el desprestigio que socialmente ha tenido la gastronomía hasta el siglo XX y el poco peso económico hasta también el siglo XX.

(11)

Todos hemos oído alguna vez: «No te preocupes. Es la primera vez que la haces. Ya te saldrá mejor».

(12)

R. ANSÓN OLIART, «Un marco jurídico para la gastronomía del siglo XXI», en *Derecho y gastronomía* (dir. R. Ansón Oliart y J. Cremades García), Dykinson, Madrid, 2019, p. 31.

(13)

En países como Francia o Italia, la gastronomía es una «auténtica cuestión de Estado», erigiéndose en uno de los pilares fundamentales de su cultura, gracias tanto a agentes privados como a públicos.

(14)

KPMG: *La gastronomía en la economía española*, KPMG, Madrid, 2019, pp. 16 y 53; San Sebastián con la tríada de Arzak, Akelarre y Berasategui Lasarte; Barcelona con Disfrutar o los varios restaurantes de Albert Adrià; la provincia de Girona con El Celler de Can Roca, El Motel o el extinto elBulli; o los denominados por Beneyto y Mateos como *Templos del producto*: desde D'Berto en O Grove, a Ca L'Enric en La Vall de Bianya, pasando por El Faralló en Denia: B. BENEYTO 'MATOSES' y C. MATEOS 'MR. ESPETO', *Templos del producto: los últimos bastiones del producto extremo*, Planeta Gastro, Barcelona, 2018.

(15)

FUNDACIÓN CONTEMPORÁNEA: *Lo mejor de la cultura 2019*, Fundación Contemporánea, Madrid, 2020, p. 9. A más de un punto de distancia de la literatura o a dos puntos de la música clásica.

(16)

En el mismo sentido se pronuncia S. ROBERT GUILLÉN, *Alta cocina y derechos de autor*, Reus, Madrid, 2017, p. 29.

(17)

Piénsese, por ejemplo, solamente entre los cocineros actuales, en Oriol Castro, Eduard Xatruch y Mateu Casañas, en Eneko Atxa, en Andoni Luis Aduriz, en Ricard Camarena, en Albert Adrià, en Bittor Arginzoniz, en Aitor Arregi, en Paco Morales, en la familia Morán, en Toño Pérez, en Sacha Hormaechea, en Juanjo López, en Jesús Sánchez, en Ramón Freixa, en

los Hermanos Sandoval, en Paco Roncero, en Diego Guerrero, en Iván Cerdeño, en Francis Paniego, en Fina Puigdevall, en Benito Gómez, en Javier Olleros, en Jordi Vilà, en Pedro Sánchez…

(18)

De este modo se rompió una cierta contradicción existente, puesto que de manera general se admitía que la gastronomía se codeara como categoría con la literatura o el cine, pero los restaurantes no tenían altura cultural para estar junto con museos o teatros. Con la medalla a El Celler de Can Roca, se consiguió situar a un restaurante a un mismo nivel cultural que, por ejemplo, el Gran Teatre del Liceu –la recibió en 1984– o del Museo Guggenheim –la recibió en 1998–.

(19)

FUNDACIÓN CONTEMPORÁNEA, *Lo mejor de la cultura…*, *op. cit.*, p. 10. No situamos ningún restaurante entre las instituciones culturales más importantes de España.

(20)

Solo hay que recordar los ríos de tinta que corrieron cuando el restaurante DiverXO decidió subir sus precios, mientras que nadie se cuestiona los precios de un Ferrari, un traje de Dior o las entradas a un partido del Real Madrid. Entre otros muchos, E. BARRIOS MANZANO, «Sánchez Dragó, contra Dabiz Muñoz: 'Nunca antes había comido tantas bullipolleces'», *ABC*, 9 de diciembre de 2021.

(21)

B. BUGALLO MONTAÑO, «Creaciones gastronómicas y su protección legal, con especial referencia a la propiedad intelectual», *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n.º 38, 2020, p. 24: aquel que «*se ocupa de los ingredientes como productos de consumo, mediante una serie de disposiciones legales y reglamentarias, tanto como de controles bromatológicos, de etiquetado y de protección al consumidor contra el fraude alimentario*».

(22)

R. ANSÓN OLIART y J. CREMADES GARCÍA, «Prólogo», en *Derecho y gastronomía* (dir. R. Ansón Oliart y J. Cremades García), Dykinson, Madrid, 2019, p. 18. En Francia, en abril de 2019, se presentó la *Proposition de Loi relative à la protection des recettes et créations culinaires*, en la que planteaban la creación del Instituto Nacional de Creaciones Culinarias Certificadas que haría las funciones de un registro, otorgando derechos de exclusiva sobre la creación culinaria por un periodo de 20 años. Así, se establece que la creación gastronómica debe ser nueva, implicar actividad creativa y presentar un carácter gustativo específico. En la exposición de motivos se afirma: «*Aunque la ley se ocupa de cada producto, no se ocupa de su alianza. Este vacío legislativo supone un verdadero problema para todos los profesionales, tanto para los cocineros, que no pueden ver protegidas sus creaciones culinarias, como para los restauradores, que pueden enfrentarse a una competencia desleal, pero también para los clientes, que no tienen ninguna garantía de la naturaleza y la calidad del plato que tienen delante, sobre todo en las zonas turísticas*» [Traducción propia].

(23)

Vid. M. AYUSO REJAS, «Los cocineros se copian impunemente los platos, pero nadie se atreve a denunciarlo en público», *Directo al Paladar*, disponible en *https://www.directoalpaladar.com* [consultado el 24 de septiembre de 2022].

(24)

L. TOLSTÓI, *¿Qué es el arte?*, Maxtor, Barcelona, 2012, p. 237.

(25)

H. A. TAINE, *Filosofía del Arte. Volumen I*, Espasa-Calpe, Madrid, 1960, p. 22.

(26)

L. TOLSTÓI, León: *¿Qué es el arte?*, *op. cit.*, pp. 39-47.

(27)

J. C. CAPEL RIVAS, «Quique Dacosta: ¿Se puede cocinar la belleza?», *El País*, 10 de abril de 2022.

(28)

M. LAGALLA, «Geranium en platos tan hermosos como gustosos», *Cocina y vino*, 7 de marzo de 2022.

(29)

J. C. CAPEL RIVAS, «The Alchemist, rebeldía, dramatismo, crítica social y alta cocina», *El País*, 29 de enero de 2022.

(30)

V. gr. comparen la ópera *Edipo Rey* de Purcell con la de Stravinski; comparen el *Retrato de Inocencio X* de Velázquez con *Estudio del Retrato del Papa Inocencio X de Velázquez* de Bacon; comparen *El cabo del terror* de Thompson con *El cabo del miedo* de Scorsese o las dos versiones de *Tú y yo* de McCarey. 'Unas mismas obras' en las que la originalidad y la creatividad de las versiones han permitido que ocupen su espacio en la historia del arte. En el nuevo museo elBulli1846 en un determinado momento de la exposición nos encontramos con la siguiente reflexión: «*La minifaldilla, qui la va a crear? Minifaldilla, els grecis, els romans i els egiipcis en portatven, però la va conceptualitzar Mary Quant. L'important no és ser el primer, sinó conceptualitzar-ho*».

(31)

Afirmaba Ferrán Adrià que en cierta ocasión oyó decir al cocinero francés Jacques Maximin que *crear es no copiar* y desde entonces cambió el devenir de su historia, siendo «*el punto de transición entre la recreación y la creatividad*». J. C. CAPEL RIVAS, «Ferrán Adrià», en *Cocina con firma* (coord. J. C. Capel Rivas y J. Pérez Lozano), Tomo II, El País, Madrid, p. 8.

(32)

Vid. «Siete claves y siete platos para entender un mito» en *https://www.saberysabor.com* [consultado el 25 de septiembre de 2022].

(33)

Ha creado platos como *ElTocinillo de mar*, embutidos de pescado, jamón marino o postres a base de calamar; descubriendo e introduciendo en las cocinas el plancton, el cereal marino, la luminiscencia marina, la técnica de 'la sal viva' o 'el azúcar del mar'.

(34)

S. ROBERT GUILLÉN, *Alta cocina…*, *op. cit.*, p. 30.

(35)

Parece ser que la primera muestra de una institución similar a la propiedad intelectual o industrial de la historia tiene su origen en la gastronomía. En el siglo III a.C. en Síbaris, colonia griega situada en la actual Italia, se concedían derechos de exclusiva durante un año a los cocineros que hicieran platos únicos y sabrosos: B. BUGALLO MONTAÑO, «Creaciones gastronómicas…», *op. cit.*, pp. 14 y 15. *Más recientemente, hemos visto casos como el mediático de Rebecca Charles, aunque el caso se resolvió extrajudicialmente, perdiendo una gran oportunidad.*

(36)

En 1989, Joan Roca ideó el *carpaccio de manitas de cerdo con aceite de boletus* y, en ese mismo año, los hermanos Adrià desarrollaron el *carpaccio de ceps.* ¿Es suficiente con que los ingredientes sean distintos para apreciar la originalidad de ambas creaciones? Si se emplearon técnicas distintas para obtener ambos *carpaccios,* ¿es suficiente el empleo de

técnicas diversas para la consideración de que el resultado cada una de ellas es una obra original e independiente?

(37)

¿Quién creó, por ejemplo, la tortilla de patatas?

(38)

S. JUNG *et al.*: *Signature dishes that matter*, Phaidon, Londres, 2019, p. 199.

(39)

Disponible en *https://patents.google.com/patent/US2403547* [consultado el 15 de septiembre de 2022].

(40)

Por ejemplo, el cuadro *Adán y Eva* de Rubens es una *copia* del cuadro *Adán y Eva* de Tiziano, más las modificaciones del primero hacen que estemos antes dos obras iguales, pero diferentes, donde la representación iconográfica y los valores estéticos son próximos, pero no semejantes

(41)

Se atribuye a Picasso la siguiente frase: «*Los grandes artistas copian, los genios roban*».

(42)

Si, por ejemplo, el restaurante Disfrutar, adalid de la innovación culinaria, hizo las primeras burbujas sólidas con mantequilla, ¿la patente de dicho procedimiento debería incluir necesariamente la mantequilla como ingrediente? Y si otro cocinero realizase esas burbujas sólidas, pero con otro ingrediente, ¿se estaría infringiendo el derecho de patente que se tenía?

(43)

Por ello, durante mucho tiempo los grandes cocineros abrieran otros restaurantes, denominados *segundas casas*, para que con las ganancias de estos se rentabilizara su *taller*-restaurante principal. En realidad, como todo artista: piensen en los protagonistas de *La Bohème* de Puccini o de *Un americano en París* de Minnelli. Todos ellos, artistas, buscan una forma de rentabilizar su arte o de obtener ingresos suficientes para vivir.

(44)

En la actualidad tienen un papel de gran importancia y fundamental, destacando, entre otros, los españoles *Madrid Fusión* o *San Sebastián Gastronómika*, el japonés *Foodex Japan*, los italianos *Buonissima Torino* o *Identità Golose Milano* o el francés *Omnivore*. En todos ellos –y en otros cientos que pueblan los calendarios gastronómicos– los mejores chefs del planeta comparten con compañeros y prensa gastronómica sus experiencias y, sobre todo, sus innovaciones.

(45)

M. FERNÁNDEZ GUADAÑO, «Sobre los becarios de la alta cocina», *Gastroeconomy*, disponible en *https://www.gastroeconomy.com* [consultado el 27 de agosto de 2022]. Añade: «*Que alguien pregunte a Andoni Luis Aduriz cómo de diferente hubiera sido su vida profesional si no hubiera pasado por elBulli*».

(46)

«*Bueno, gíralo hacia el otro lado, ¡dame la espalda!*» [Traducción propia] : P. VUYST, «L'histoire à table: le tournedos controversé», *Le Soir*, 17 de mayo de 2019, disponible en *https://www.soirmag.lesoir.be* [consultado el 15 de julio de 2022].

(47)

Sin tener constancia exacta y conocido por fuentes posteriores, en el siglo IV el poeta

Arquéstrato de Gela compuso un poema titulado «Gastronomía»: B. BUGALLO MONTAÑO, «Creaciones gastronómicas…», *op. cit.*, p. 15.

(48)

R. SCARPATO, «Gastronomy as a tourist product: the perspective of gastronomy studies», en *Tourism and Gastronomy* (ed. A.–M. Hialager y G. Richards), Routledge, Londres, p. 51.

(49)

S. ROBERT GUILLÉN, *La protección jurídica de las obras culinarias por el derecho de autor y de la competencia desleal* [tesis doctoral], Universitat Autònoma de Barcelona, 2017, pp. 16 y 17. La distinción realizada por el autor peca de vastedad, pues incluye en las obras gastronómicas desde libros 'gastronómicos' hasta fotografías de alimentos. Creo que del mismo modo que no calificamos un libro de arquitectura como obra arquitectónica, no debemos calificar como obra gastronómica a libros o fotografías.

(50)

Hay autores que han optado por el término único de «obra gastronómica»: J. M. OTERO LASTRES, «Una aproximación a la protección jurídica de la obra gastronómica», en *Derecho y gastronomía* (dir. R. Ansón Oliart y J. Cremades García), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 105-119.

(51)

J. MARCO MOLINA, «La obra gastronómica como objeto de la propiedad intelectual», en *Problemas actuales de derecho de la propiedad industrial: V Jornada de Barcelona de Derecho de la Propiedad Industrial* (dir. R. Morral Soldevila), Tecnos, Madrid, 2016, p. 60.

(52)

S. ROBERT GUILLÉN, *La protección jurídica…*, *op. cit.*, p. 19. La mayoría de la doctrina holandesa así lo ha considerado. *Vid.* P. B. HUGENHOLTZ, «Recept, Gerecht en Auteursrecht», en *Intellectuele eigenaardigheden* (ed. D. W. Feer Verkade y D. J. G. Visser), Kluwer, Deventer, 1998, p. 177.

(53)

V. gr., en el campo de las patentes observamos esta doble representación: por un lado, para la obtención de la patente es necesario que se realice «*una exposición detallada de, al menos, un modo de realización de la invención*» –la receta–, *ex*artículo 3 RD 316/2017; y, por otro lado, la propia invención –el *plato* final–. O, por ejemplo, la gran mayoría de obras musicales muestran esta doble representación: escuchamos una obra musical –representación paradigmática de la música, apreciando auditivamente las cualidades del sonido–; pero puede haber sido plasmada, también, por su creador en una partitura; siendo la interpretación auditiva, el *plato* y la escritura en la partitura, la *receta*, dos maneras de representar una misma obra.

(54)

B. BUGALLO MONTAÑO, «Creaciones gastronómicas…», *op. cit.*, p. 30.

(55)

S. ROBERT GUILLÉN, *Alta cocina…*, *op. cit.*, pp. 166-167. Su definición completa es encomiable, pues construye una definición de gran exactitud.

(56)

Esto se puede ver mediante un paralelismo con otras artes: El *dripping,* por ejemplo, técnica creada por Sobel y popularizada por Pollock, o la *escritura automática*, desarrollada por Soupault y Breton, abrieron la posibilidad de seguir nuevos caminos pictóricos y literarios. Ahora bien ¿pueden el *dripping* o la *escritura automática* ser obras en sí mismo consideradas? ¿O las obras artísticas son necesaria y exclusivamente *n.º 5, 1948* de Jackson Pollock y *Los campos magnéticos* de Philippe Soupault y André Breton?

(57)

J. A. BRILLAT-SAVARIN, *Fisiología…*, *op. cit.*, p. 237.

(58)

E. GOMBRICH, *Historia del arte,* Diana, Ciudad de México, 1995, p. 15.

(59)

S. LONGAN PHILLIPS, «Sobre la definición del arte y otras disquisiciones», *Revista Comunicación*, n.º 1, 2011, p. 76: «*por cada intento que se hace, aparece una gran cantidad de proposiciones en contra, ya que las definiciones siempre dejan algo por fuera».* Con todo, consideramos que la definición aportada por Tatarkiewicz resumió con bastante exactitud la concepción actual del arte. *Vid.* W. TATARKIEWICZ, *Historia de seis ideas*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 67. No obstante, su definición debería actualizarse a la vista de las innovaciones en inteligencia artificial: P. CASTRO SILVEIRA, «*Arte (FICIAL): Obras criadas por Inteligência Artificial e os seus impactos no conceito de obra de arte e de direitos de autor*», en *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2021 [E-book], disponible en *https://www.proview.thomsonreuters.es* [consultado 20 de octubre de 2022].

(60)

PLATÓN, «Hipias Mayor», en *Obras completas*, Tomo II, Medina y Navarro, 1872, pp. 101-147, disponible en *https://www.bibliotecadigital.jcyl.es* [consultado el 27 de septiembre de 2022]. Recogía el sentir de algunos autores presocráticos.

(61)

ARISTÓTELES, *Del sentido y lo sensible*, Aguilar, Madrid, 1980, p. 17, disponible en *https://www.recursosbiblio.url.ed.gt* [consultado el 27 de septiembre de 2022].

(62)

C. KORSMEYER, *El sentido del gusto: Comida, estética y filosofía*, Planeta, Barcelona, 2002, pp. 27-62.

(63)

J. A. BROUSSARD, «An Intellectual Property Food Fight: Why Copyright Law should embrace culinary innovation», *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, n. º 3, 2008, pp. 720-721.

(64)

W. TATARKIEWICZ, *Historia de seis ideas*, *op. cit.*, p. 39.

(65)

L. SHINER, *La invención del arte*, Paidós, Barcelona, 2004, pp. 67-107.

(66)

Este término había comenzado a utilizarse ya en el siglo XVII para referirse a las artes visuales, cuyas obras era únicas e irrepetibles, frente a las obras artesanas, destinadas a ser repetidas constantemente: M. C. TORRE MARINA, «¿Es la gastronomía un arte?», *Hospitalidad ESDAI*, n.º 12, 2007, p. 114.

(67)

R. DE LA CALLE, «Reseña de *Las bellas artes reducidas a un principio único*», *Sonda,* n.º 7, 2018, p. 368.

(68)

Tal fue su influencia que en el año 1762 el *Dictionnaire de l'Académie Françoise* describía el término artista como «*aquel que trabaja en un arte donde el genio y la mano deben concurrir*», mientras que para definir al *artesano* utilizaba las siguientes palabras «*obrero de un arte mecánico*». Disponible en: *https://www.gallica.bnf.fr* [Traducción propia][consultado el 10 de junio de 2022].

(69)

I. KANT, *Crítica del juicio*, Librerías de Francisco Iravedra, Madrid, 1876, pp. 39-46, disponible en *https://www.cervantesvirtual.com* [consultado el 15 de junio de 2022].

(70)

G. W. F. HEGEL, *Lecciones de estética*, Ediciones 62, Barcelona, 1989, pp. 34 y ss.

(71)

S. SIPAHI y H. YILMAZ, «An evaluation on the relation between Gastronomy and Art: The case of Ferran Adria», *New Trends and Issues Proceedings on Humanities and Social Sciences*, n.º 11, 2017, p. 330.

(72)

R. SHUSTERMAN, «The End of Aesthetic Experience», *The Journal of Aesthetics and Art Criticism*, n.º 1, 1997, pp. 39 y 40.

(73)

El cine es conocido como el *séptimo arte*, gracias a la obra de Riccioto Canuto quien consideró que el cine debía ser considerado como tal, al ser una síntesis de todas las demás artes.

(74)

V. gr., se entendía que era el sentido por el que se entraba en contacto con los placeres menos dignos: L. S. MEJÍA LÓPEZ, R. HERNÁNDEZ LÓPEZ y S. E. MEJÍA CASTILLO, «Cocina y arte: la doble significación de la gastronomía», *Revista Culinaria*, n.º 6, 2013, p. 17. *V. gr.*, se ha afirmado que la utilidad de la vista o del oído es superior a la del gusto, más esto ha sido, por lo menos, matizado con las investigaciones científicas acerca de los *acquired taste* y de las razones por las que los humanos rechazan, en principio, lo amargo, lo ácido o lo picante, puesto que en la naturaleza la gran mayoría de venenos presentan notas de estos sabores por lo que el ser humano, durante la evolución, ha ido mostrando un rechazo natural hacia aquellos sabores relacionados con los venenos o con lo perjudicial. Así, es el gusto quien avisa, por ejemplo, del sabor amargo de una almendra. Respecto de las epistemológicas: la capacidad de objetivar de la vista y el oído se ha puesto en entredicho en multitud de ocasiones, recuerden, *v. gr.*, la imagen del vestido que se volvió viral acerca de si era azul o beige.

(75)

S. PEMBERTON, «Protecting your culinary creation and eating it too: An exploration into how Australian copyright law can and should expand its menu to embrace culinary works», *The University of Western Australia Law Review*, n.º 2, 2017, p. 176.

(76)

L. TOLSTÓI, *¿Qué es el arte?*, *op. cit.*, p. 19.

(77)

PLATÓN: «Gorgias», en *Obras completas*, Tomo V, Medina y Navarro, 1872, p. 236, disponible en *https://www.bibliotecadigital.jcyl.es* [consultado el 27 de septiembre de 2022].

(78)

V. gr., CICERÓN, *Los deberes*, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 2004, p. 75: «*Los artesanos se dedican todos a tareas viles, pues un taller no puede contener nada liberal. No hay que aprobar las tareas que están al servicio del placer, pescaderos, carniceros, cocineros, polleros, pescadores*».

(79)

TITO LIVIO, «Libro XXXIX», en *Historia de Roma desde su fundación*, p. 216, disponible en *https://www.historicodigital.com* [consultado el 7 de julio de 2022]. La primera obra donde

apareció el término fue en el *Banquete de los eruditos* de Ateneo de Náucratis.

(80)

J. DEJEAN, *La esencia del estilo. Historia de la moda y el lujo contemporáneo*, Nerea, San Sebastián, 2013, p. 101 ; J. CSERGO, « L'art culinaire ou l'insaisissable beauté d'un art qui se dérobe», *Sociétés & Représentations*, n.º 34, 2012, p. 13. Entre Orts : François Pierre de la Varenne, que escribió la obra *Le cuisinier françois*, considerada la primera muestra de alta cocina, François Massialot, que publicó *Le cuisinier roïal et bourgeois*; o Vincent de La Chapelle, que escribió *Modern cook…*

(81)

Apud A. S. WEISS, *Feast and Folly: Cuisine, Intoxication and the Poetics of the Sublime*, State University of New York Press, Nueva York, 2002, p. 7.

(82)

A. SANTAMARÍA MARTÍNEZ, *Las relaciones entre el arte y la gastronomía: el caso de Andoni Luis Aduriz y Mugaritz* [tesis doctoral], Universidad Complutense de Madrid, 2022, pp. 85-86.

(83)

L. S. MEJÍA LÓPEZ, R. HERNÁNDEZ LÓPEZ y S. E. MEJÍA CASTILLO, «Cocina y arte…», *op. cit.*, p. 12. Es en esta época cuando se publicó el conocido artículo de Gilbert en el que cuestionaba qué eran los cocineros: «*¿Somos obreros? Sí. ¿Somos considerados como tales por la ley? No. ¿Somos artistas en el pleno sentido de la palabra? Sí. ¿Les damos la consideración debida a los artistas? No. Entonces ni somos trabajadores ni artistas; ¿qué somos? No somos nada. ¿Qué aspiramos a ser? Ambos»: apud* A. DROUARD, *Histoire des cuisiniers en France: XIX-XX siècle*, CNRS Éditions, París, 2004, disponible en *https://www.books.openedi-tion.org* [Traducción propia][consultado el 15 de junio de 2022].

(84)

A. CROZE, *9eArt. Le livret d'Or de la section gastronomique régionaliste ; apud* J. CSERGO, « L'art culinaire… «*, op. cit.*, p. 31. Si bien la denominación no se extendió debido a que, principalmente, los grandes chefs del momento no se movilizaron para recordar tal reconocimiento: C. M. GERMAIN, «Don't Steal my Recipe! A comparative study of French and US Law on the Protection of Culinary Recipes and Dishes against Copying», *University of Florida Levin College of Law Research Paper*, n.º 7, 2019, p. 14, disponible en *https://www.scholarship.ufl.edu* [consultado el 17 de septiembre de 2022].

(85)

En una reciente entrevista, Andoni Luis Aduriz comentaba lo siguiente: «¿El resultado de ese viaje es bueno? No, nunca hemos pretendido que nada sea bueno. O sea, ¿Quieres comer bien? ve a Muka. ¿Quieres comer interesante? En Mugaritz». ¿Desde cuándo comer en Mugaritz uno se limita a ingerir nutrientes?: J. BECERRA, «Aduriz, sobre la tercera estrella: "Puede que nos necesite más la Guía Michelin que nosotros a ella"», *El Mundo*, 29 de agosto de 2023.

(86)

P. ORY, « Pour une enquête pluridisciplinaire sur l'histoire de la légitimation artistique», *Sociétés & Représentations*, n.º 34, 2012, p. 151.

(87)

Fundamento Jurídico –en adelante, FJ– 7.º de la STS, civil, de 7 de junio de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:3257): «*Se refieren sólo a "obras" que sean resultado de una "creación" individualizada y personalizada, con una "paternidad" en concepto de "autor". No significa que todo lo reproducido por las artes gráficas, es decir, todos los "productos" de esta industria se conviertan automáticamente en "obras" de literatura, arte o ciencia*».

(88)

L. S. MEJÍA LÓPEZ, R. HERNÁNDEZ LÓPEZ y S. E. MEJÍA CASTILLO, «Cocina y arte…», *op. cit.*, p. 18.

(89)

J. DEWEY, *El arte como experiencia*, Paidós, Barcelona, 2008, p. 42: «*Una comida en un restaurante de París de la que uno dice "esa fue una experiencia"*».

(90)

R. BELTON, *Art History: A Preliminary Handbook*, University of British Columbia, Vancouver, 1996, disponible en *https://www.fccs.ok.ub.ca* [consultado el 12 de septiembre de 2022].

(91)

C. REEBS, «Sweet or Sour: Extending Copyright Protection to Food Art», *DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law*, n.º 1, 2011, p. 47.

(92)

A. MAS PÉREZ, «Propiedad intelectual y gastronomía», *Diario La Ley*, n.º 10114, 2022, p. 3, disponible en *https://www.diariolaley.laleynext.es* [consultado el 15 de septiembre de 2022].

(93)

Además, en el 2005 participó en la exposición D.DAY en el Centro Pompidou de París; en el 2006 ganó el premio Lucky Strike Designer Award; en el 2014, expuso en el Espacio Fundación Telefónica su exposición *Auditando el proceso creativo*, que desde entonces ha sido expuesta en museos de 15 países.

(94)

Vid. *https://www.elbullifoundation.com* .

(95)

A. S. WEISS, *Feast and Folly…*, *op. cit.*, p. 1.

(96)

Desde instancias públicas se está trabajando en ello. En España, la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial contempla la gastronomía como uno de los bienes dignos de protección.

(97)

J. A. BROUSSARD, «An intellectual property…», *op. cit.*, p. 718 [Traducción propia].

(98)

De un modo similar dispone el artículo 2 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 28 de septiembre de 1979 –en adelante, Convenio de Berna–, 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», estableciendo a continuación –de igual modo que lo hace la legislación española– un listado de posibles obras literarias y artísticas.

(99)

Expresamente lo recoge el artículo 9.2 del Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio –en adelante, Acuerdo ADPIC–. Sin entrar a valorar la idoneidad de la no protección de las ideas, parte de la doctrina ha abogado por su protección: R. SÁNCHEZ ARISTI, «Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual», *Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 4, 2000, pp. 25-68.

(100)

T. GARCÍA SEDANO, «Análisis del criterio de originalidad para la tutela de la obra en el contexto de la ley de propiedad intelectual», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n.º

49, 2016, p. 256.

(101)

L. A. ANGUITA VILLANUEVA y H. S. AYLLÓN SANTIAGO, *Nuevas fronteras del objeto de la propiedad intelectual: Puentes, perfumes, senderos y embalajes*, Reus, Madrid, 2008, pp. 10 y 21. En Francia, con una regulación similar, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de París de 3 de julio de 1975, *Fabrique de Produits de Chimie Organique de Laire* vs *Sté Parfums Marcel Rochas*, se consideró que, aunque la normativa solo citaba obras perceptibles por la vista o el oído, nada impedía que pudieran considerarse como obras aquellas que fueran apreciadas por los otros sentidos. En el mismo sentido, Otero Lastres considera que «*no violentaríamos la categoría* [artística] *si calificáramos de este mismo modo a las obras gastronómicas*»: J. M. OTERO LASTRES, «Una aproximación…», *op. cit.*, p. 106. En cambio, R. Bercovitz Rodríguez-Cano ha considerado que, si bien la lista es abierta, deben encuadrarse dentro de los tres campos que se especifican y la gastronomía no encaja en ninguno de ellos: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Artículo 10», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, 2007, p. 158.

(102)

S. RICKETSON y J. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 1-3.

(103)

No faltan autores que entienden que el Convenio de Berna no contiene el requisito de la originalidad. *Vid.* J. I. PEINADO GRACIA, «Artículo 10», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. F. Palau Ramírez y G. Palao Moreno), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 170.

(104)

Párr. 35-37 STJUE de 13 de noviembre de 2018, *Levola Hengelo BV vs Smilde Foods BV*, C-310/17.

(105)

Párr. 45 STJUE 16 de julio de 2009, *Infopaq International /S vs Danske Dagblades forening*, C-5/08. Esta idea no se expresa en la traducción española de la sentencia, pero sí en las versiones inglesa y francesa. Podríamos plantearnos si es trasladable a una receta gastronómica como obra protegible, en la que cada palabra fuera el ingrediente y solo su elección, secuencia y combinación es lo que determinaría que estuviéramos ante una obra creativa de su autor y, por lo tanto, protegible por la legislación reguladora de los derechos de autor.

(106)

Párr. 88 y 80 STJUE 1 de diciembre de 2011, *Eva-Maria Painer* vs *Standard VerlagsGmbH,Axel Springer AG,Süddeutsche Zeitung GmbH,Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co KG y Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co KG*, C-145/10.

(107)

Párr. 40 STJUE de 13 de noviembre de 2018, *Levola Hengelo…*, C-310/17.

(108)

F. VISSCHER y B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, Bruselas, 2000, p. 5 [traducción propia]: «*La dificultad radica principalmente en que no se busca tanto la protección de la receta en su forma escrita, sino la ampliación de la protección al producto elaborado según la receta (que va más allá de la reproducción de la propia receta y toca la protección de las ideas contenidas en ella)*».

(109)

Publications Int'l, Ltd. vs Meredith Corp., 88 F.3d 473 (7th Cir. 1996). Mismo criterio que se mantuvo en el caso *Tomaydo-Tomahhdo, LLC vs Vozary,* Ohio 42929 (Ohio Ct. App. 2017) y en

el caso *Lambing vs Godiva Choco.*, 524 US 954 (1998), por considerar que la receta y elección de ingredientes era una declaración de hechos. Criterio contrario al que se intentó establecer en la sentencia *Fargo Mercantile, Co. vs Brechet & Richter, Co.*, 295 F.823 *(8th Cir.* 1924), en la que se consideró que una receta era una composición original y servía para que avanzase el arte culinario. Mismo criterio que mantuvo una de las primeras sentencias europeas sobre la materia, la sentencia de 24 de abril de 1969 de la *Pretura di Venezia*, *apud* C. COVIELLO y D. MONDIN, *FoodLaw. La tutela della creatività in cucina*, Edizioni Plan, Milán, 2017, p. 23; y en l'*Arrêt de la Cour d'Appel de Liège* du 10 juin 2011 (2010/RG/145).

(110)

M.–C. JANSSENS, «Copyright for culinary creations: a seven course tasting menu with accompanying wines», *SSRN Electronic Journal,* 2013, p. 4, disponible en *https://www.ssrn.com* [consultado el 29 de septiembre de 2022]. En Francia, Fauchart y von Hippel mantuvieron que una receta, aunque fuera novedosa por los ingredientes, cantidades o métodos de elaboración utilizados, no podía ser protegida por los derechos de autor, puesto que se trataba de una información: E. FAUCHART y E. HIPPEL, «Norms-Based Intellectual Property Systems: The Case of French Chefs», *Organization Science*, n.º 2, 2008, p. 189.

(111)

M. VÁZQUEZ ESTEBAN, «La percepción gustativa en la protección de las creaciones gastronómicas a través de los derechos de autor y alternativas legales», en *Retos en el sector agroalimentario: Regulación, competencia y propiedad industrial* (dir. F. Palau Ramírez y J. Martí Miravalls), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 400: «*Desde que la partitura se entiende como la expresión de la idea, dotando de protección, no a la redacción de la partitura o guion como obra literaria, sino su manifestación o ejecución*».

(112)

Uno de los casos más importantes es la obra de Christo. El *BGH* alemán consideró que el embalaje de dos semanas del *Bundestag* era una obra protegible, a pesar de ser efímera: L. A. ANGUITA VILLANUEVA y H. S. AYLLÓN SANTIAGO, *Nuevas fronteras…*, *op. cit.*, p. 92. En España, en la STS, civil, de 6 de noviembre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:6958) se mantuvo, respecto de un cuadro, que «*su duración queda sujeta al del elemento en que se plasma, por lo que no nace con vocación de perennidad, sino con una vida efímera*». Sobre la problemática de la receta como forma representativa *vid.* S. ROBERT GUILLÉN, *Alta cocina…*, *op. cit.*, pp. 140-168.

(113)

S. ROBERT GUILLÉN, *Alta cocina…*, *op. cit.*, pp. 163-165.

(114)

M. POLLACK, «IP Protection for the Creative Chef, or how to Copyright a Cake: A modest proposal», *Cardozo Law Review*, n.º 5, 1990, p. 1486; C. J. BUCCAFUSCO, «On the Legal Consequences of Sauces: Should Thomas Keller's Recipes be per se copyrightable? «, *Cardozo Arts & Entertainment*, n.º 24, 2007, p. 1131.

(115)

Barbour vs Head, 178 F. Supp. 2d 758 (S.D. Tex. 2001). Esta posible protección de los libros de recetas recuerda a lo sostenido por Ferrán Adrià en una entrevista: «*La única manera que tenemos de combatir el plagio es publicar nuestros libros.* […] *Básicamente, es como patentar nuestras recetas*». *Apud* M. PLANELLAS ARÁN y S. SVEJENOVA, *Caso Creatividad: Ferran Adrià,* ESADE, Barcelona, 2007, p. 10, disponible en *https://www.issuu.com* [consultado el 29 de septiembre de 2022]. Ciertos autores se han pronunciado a favor de esta protección al entender que el libro dota a las recetas de un trasfondo intelectual, englobando una serie de conocimientos y de aspectos creativos: D. CHELLAM, «Copyright to cookbooks and not to recipes», *Indian Journal of Law and Legal Research*, n.º 2, 2021, pp. 490-491. Pero, aunque se proteja como libro, no impide que la receta pueda replicarse.

(116)

Algunos tribunales puntualmente han considerado que una receta podría ser protegida como obra literaria en caso de que se acompañase de contenido expresivo, como en *Branch vs Ogilvy & Mather, Inc.*, 765 F. Supp. 819 (S.D.N.Y. 1990). No obstante, dicha protección no evitaría que otra persona pudiera explicar la misma receta o llevarla a cabo utilizando para ello expresiones distintas y omitiendo esos elementos creativos. *Vid.* K. M. SAUNDERS y V. FLUGGE, «Food for thought: Intellectual Property Protection for Recipes and Food Designs», *Duke Law & Technology Review*, n.º 19, 2021, p. 166.

(117)

Sentenza numero 9763 del Tribunale di Milano del 10 luglio 2013. El tribunal milanés defendió la protección de la receta si presentaba una originalidad derivada de la selección e investigación de los elementos necesarios para llevarla a cabo, pero su protección no podía extenderse a su contenido, es decir, no podía impedir que se replicara. Señaló, también, que la protección de la receta podría darse incluso cuando fuera una reinterpretación de una receta tradicional siempre que presentase una creatividad u originalidad suficiente. *Vid.* M. BARBONE y B. TASSONE, «Diritti sul cibo e tutela dei piatti creativi. Una prospettiva comparata», en *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata*, vol. I (ed. L. Scaffardi y V. Zeno-Zencovich), Roma TrE-Press, 2020, p. 589.

(118)

Arrêt de la Cour d'Appel de Liège du 10 juin 2011 (2010/RG/145). *Vid.* A. LUCAS, V.–L. BENABOU y J.–M. BRUGUIÈRE, « Chroniques: Droit d'auteur et droits voisins», *Revue Propriétés Intellectuelles*, n.º 41, 2011, p. 390.

(119)

R. SÁNCHEZ ARISTI, «Las ideas…», *op. cit.*, p. 46.

(120)

B. BUGALLO MONTAÑO, «Creaciones gastronómicas…», *op. cit.*, p. 19.

(121)

Ibid. p. 20.

(122)

Arrêt du Tribunal de Grande Instance de Laval, 16 février 2009, *Leray* vs *SARL Réauté*.

(123)

F. FONTAINE, « Droit d'auteur et chocolat», *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n.º 50, 2009, pp. 8 y 9.

(124)

Sentencia del *BGH* de 12 de noviembre de 2009 (I ZR 166/07).

(125)

V. gr., SAP León, civil, de 9 de abril de 2021 (ECLI :ES:APLE:2021:538). La doctrina también lo señala: J. M. OTERO LASTRES, «Una aproximación…», *op. cit.*, pp. 109-110. Piensen, *v. gr.*, en las efímeras *performances* de Marina Abramović.

(126)

V. gr., el maquillaje facial ha sido admitido como obra de arte si es fotografiado o dibujado en papel: *Mourabit vs Klein,* 18 Civ. 8313 AT (S.D.N.Y. 2020). Mientras que tal posibilidad se niega en la gastronomía, *vid. Oriental Art Printing, Inc. vs Goldstar Printing Corp.,* 175 F. Supp. 2d 542 (S.D.N.Y. 2001).

(127)

C. J. BUCCAFUSCO, «On the Legal…», *op. cit.*, pp. 1133-1134.

(128)

T. S. L. CHENG, «Copyright Protection of Haute Cuisine: Recipe for Disaster», *European Intellectual Property Review*, n.º 3, 2008, pp. 97-98. K. M. SAUNDERS y V. FLUGGE, «Food for…», *op. cit.*, p. 167.

(129)

Kim Seng Co. vs J&A Importers, Inc., 810 F. Supp. 2d 1046 (C.D.Cal. 2011).

(130)

C. REEBS, «Sweet or Sour…», *op. cit.*, pp. 73 y 74; C. Y. N. SMITH, «Food Art: Protecting 'Food Presentation' under U.S. Intellectual Property Law», *The John Marshall Review of Intellectual Property Law*, n.º 14, 2014, pp. 23-24. Sobre la problemática de la funcionalidad, *vid.* M. L. QUINET, «Food as art: The problem of function», *British Journal of Aesthetics*, n.º 2, 1991, pp. 160-162.

(131)

¿Quién acude, por ejemplo, a L'Arpège en París o a Horcher en Madrid únicamente por motivos nutricionales? ¿O a degustar los *nigiris* de Jiro Ono en Tokio únicamente por el valor nutricional?

(132)

J. A. BROUSSARD, «An Intellectual Property…», *op. cit.*, p. 728.

(133)

S. PEMBERTON, «Protecting your…», *op. cit.*, p. 175. G. BEAUREGARD, *Entre l'art, l'invention et la nourriture: examen de la possibilité de protéger les recettes de cuisine en droit de la propriété intellectuelle canadien* [tesis de maestría], Université de Montréal, 2010, p. 155. J. WALO, « The Art of Food Placement: Will the U.S. Follow Germany's Lead in Copyrighting Artistic Food Placement?», *The John Marshall Review of Intellectual Property Law*, n.º 15, 2016, p. 568.

(134)

Vásquez vs Ybarra, 150 F. Supp.2d 1157 (D. Kan. 2001).

(135)

Sentencia del *BGH* de 13 de noviembre de 2013 (I ZR 143/12). No obstante, esta decisión deberá ponerse en relación, como se hará en sede de diseño industrial, con lo sostenido en la STJUE de 12 de septiembre de 2019, *Cofemel – Sociedade de Vestuário, S.A.* vs *G-Star Raw CV*, C-683/17.

(136)

D. ECKERT, «Das fotografieren von essen könnte teuer werden», *Welt*, 13 de agosto de 2015, disponible en *https://www.welt.de* [consultado el 28 de septiembre de 2022].

(137)

AA. VV., «Il segreto del piatto icona di Gualtiero Marchesi», *La Cucina Italiana*, 28 de de 2022, disponible en *https://www.lacucinaitaliana.it* [consultado el 25 de septiembre de 2022].

(138)

Fue presidido por Marina Tavassi, presidenta de la sección en materia mercantil del Tribunal de Milán y actual presidenta de la Corte de Apelaciones de Milán, y compuesto por juristas y científicos.

(139)

Sentenza – Mock Trial, disponible en *https://mialegal.com* [consultado el 25 de julio de 2022].

(140)

M. BARBONE y B. TASSONE, «Diritto sul cibo...», *op. cit.*, p. 594.

(141)

STJUE 13 de noviembre de 2018, *Levola Hengelo...*, C-310/17. No obstante, la posición adoptada puede no ser del todo clara –o incluso contradictoria– si se pone en relación con la STJUE 20 de diciembre de 2017, *Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne* vs *Aldi Süd Dienstleistungs-GmbH & Co. OHG,* C-396/16, en la que el TJUE consideró, en relación con la DOP del champán, que si la descripción de un producto o su nombre hacen referencia al champán, solo se deberá permitir si el sabor del producto proviene de la presencia del champán en su composición.

(142)

D. FABRIS, «Food Industry, haute cuisine and copyright», *SSRN Electronica Journal*, 2019, p. 6, disponible en *https://www.ssrn.com* [consultado el 29 de septiembre de 2022].

(143)

S. ROBERT GUILLÉN, *Alta cocina...*, *op. cit.*, pp. 166-167.

(144)

A. F. GALACHO ABOLAFIO, *La obra derivada musical: entre el plagio y los derechos de autor*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 287.

(145)

Ha sido la jurisprudencia y doctrina quienes lo han definido. *Vid.* R. ANTEQUERA PARILLI, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Reus, Madrid, 2007, p. 51: «[Significa] *que el producto creativo, por su forma de expresión, debe tener características propias como para distinguirlo de cualquiera otro del mismo género*».

(146)

M. VÁZQUEZ ESTEBAN, «La percepción gustativa…», *op. cit.*, p. 401.

(147)

J. I. PEINADO GRACIA, «Artículo 10…», *op. cit.*, p. 171.

(148)

Párr. 45 STJUE 22 de diciembre de 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany* vs *Ministerstvo kultury*, C-393/09. Por su parte, en el FJ 5.º STS, civil, de 5 de abril de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:2456), se ha considerado que el requisito de originalidad debe unirse al de creatividad y para que una obra sea protegida es necesario que presente una originalidad creativa.

(149)

Ut supra n.º 132.

(150)

Feist Publications, Inc. vs Rural Tel. Service Co., 499 US 340 (1991).

(151)

Se parte de la idea errónea de que la cocina es únicamente un *saber hacer*. Ese *saber hacer* es de gran importancia –para realizar el plato de Massimo Bottura *Le cinque stagionature del Parmiggiano Reggiano in diverse consistenze e temperatura* se ha de saber hacer una salsa, un *demi-soufflé*, una galleta, un aire y una espuma–, pero también lo es en cualquiera de las otras artes –piénsese, por ejemplo, en el *saber hacer* necesario para pintar un retrato y cómo, tradicionalmente, los artistas han estudiado de manera detallada el proceso para realizarlo, a través de bocetos o del estudio de la fisionomía de las personas–. *Vid.* C. SAPPA, «Theme 5: Non Conventional Works of Authorship and Copyright and Related Rights for MSMEs – Non-

Conventional Copyright Subject Matter: Fragrances and Gastronomy», ponencia presentada en la Convención Internacional de la OMPI en Roma el 10 de diciembre de 2009, disponible en *https://www.wipo.int* [consultado el 19 de septiembre de 2022]. En cambio, en el caso *American Dent. Assn. vs Delta Den. Plans Assn.*, 126 F.3d 977 (7th Cir. 1997) sí que han considerado que una clasificación de procedimientos dentales puede estar sujeta a derechos de autor porque la taxonomía empleada es fruto del trabajo de su autor y otro autor podría haber establecido una distinta. ¿Qué diferencia la elección de unos números para una taxonomía dental de la elección de unos ingredientes o procedimientos, cuando en ambos casos otro autor podría elegir entre una gran variedad –por no decir infinitas– de posibilidades?

(152)

Arrêt de la Cour d'Appel de Paris, 25 janvier 2007, SARL Agence Télé France Presse vs *URSSAF 75.* De este modo, confirmaba una línea jurisprudencial anterior: *Arrêt du Tribunal de Grande Instance de Paris, 30 septembre 1997, Duribreux* vs *Muses Production. V. Pirreda.*

(153)

No solo por motivos jurídicos, sino también culturales. La UNESCO en el año 2010 declaró en la Quinta Sesión del Comité Intergubernamental que *Le repas gastronomique des Français* fuese incluida en la lista de patrimonio inmaterial de la humanidad: *Decision of the Intergovernmental Committee: 5.COM 6.14*, disponible en *https://www.ich.unesco.org* [consultado el 22 de septiembre de 2022]. Destaca también que, en cambio, se haya admitido la protección de la receta-fórmula de un perfume –con las notables similitudes que existen entre este y una obra gastronómica– al entenderse que la fórmula elegida por el autor del perfume es la que permite reproducir la fragancia por cualquier persona y si esta última es fruto de la creatividad y se puede considerar como original, la fórmula necesariamente lo será. *V. gr.*, en la *Arrêt de la Cour de Cassation, 10 décembre 2013,* 11-19.872, *Inédit* se ha confirmado que el perfume puede ser protegible al tratarse de una auténtica expresión de una obra del espíritu siempre que sea original y su objeto pueda ser identificable. También en la Sentencia del Tribunal Supremo de Holanda de16 de junio de 2006, *Lancôme Parfums et Beauté et CIE S.N.C.* vs *Kecofa B.V.*, se consideró que el perfume *Trésor* de Lancôme era protegible al ser una obra apreciable por los sentidos y original.

(154)

M. VÁZQUEZ ESTEBAN, «La percepción gustativa…», *op. cit.*, p. 399.

(155)

Google LLC vs Oracle Am., Inc., 141 *S.Ct*. 1183 (2021). Finalmente se consideró que la conducta de Google no era condenable tras aplicar la doctrina del *fair use.*

(156)

Satava vs Lowry, 323 F.3d 805 (9th Cir. 2003). Este mismo criterio se ha mantenido en el caso inglés *Cramp & Sons Ltd.* vs *Frank Smythson Ltd.*, *Appellate Committee of the House of Lords*, AC 329 (1944), donde se entendió que un conjunto de elementos no protegibles podría ser protegido si en su creación se mostraba que era el resultado de un esfuerzo laboral, de las habilidades y de la creatividad, es decir, que se demostrase que el conjunto de elementos no era el resultado de un procedimiento automático.

(157)

C. J. BUCCAFUSCO, «On the Legal…», *op. cit.*, p. 1131: «*No es más cierto decir que los ingredientes y los pasos para realizar 'Ostras y Perlas'* [plato de The French Laundry] *es una declaración de hecho como afirmar que la disposición de las palabras en el Ulises de Joyce es una declaración de hecho*».

(158)

Ibid. pp. 1128-1130. P. SOLER MASOTA, «La protección de las ideas por Derecho de autor», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t. 22, 2001, p. 502.

(159)

Sassafras Enterprises, Inc. vs Roshco, Inc., 889 F. Supp. 343 (N.D. Ill. 1995). También, por ejemplo, en el caso *Colon-Lorenzana vs S. Am. Rests. Corp.*, 799 F.3d 31 (1st Cir. 2015), se sostuvo que la receta para hacer un sándwich no podía ser protegida porque era una mera recopilación de *hechos*. Quizá esa receta no presentaba originalidad alguna, pero no se puede generalizar dicha ausencia. Piénsese, *v. gr.*, en el famoso *sándwich club*, presente en restaurantes de todo el mundo y replicado constantemente. Este sándwich, *tanpoco original*, parece ser que fue creado en 1894 en el norte de Nueva York, implicando dos hitos distintos: i. ser servido en un club de caballeros, cuando hasta el momento era una comida prácticamente exclusiva de las mujeres; y ii. romper con los cánones culinarios, al combinar ingredientes fríos con calientes –tomate y pollo– y cremosos con crujientes –lechuga y mahonesa–. Algo que nos parece tan simple supuso en su día una revolución gastronómica. *Vid.* S. JUNG *et al.*, *Signature dishes…*, *op. cit.*, p. 41.

(160)

Vid. A. SOLANO, «Las tres estrellas en 13 platos de Grant Achatz», *El Mundo*; AA. VV., «Massimo Bottura, i 10 piatti simbolo del miglior chef del mondo del 2018», *Corriere della sera,* disponible en *https://www.corriere.it* [consultado el 2 de agosto de 2022]; S. JUNG *et al.*, *Signature dishes…*, *op. cit.*, pp. 223 y 386.

(161)

Vid. A. PRESENZA, T. ABBATE, G. L. CASALI y M. PERANO, «An innovative approach to the intellectual property in haute cuisine», *International Journal of Hospitality Management*, n.º 65, 2017, p. 84; M.–C. JANSSENS, «Copyright for…», *op. cit.*, p. 23 [consultado el 29 de septiembre de 2022]. Estas ideas se repiten, por ejemplo, entre otros muchos en el artículo 1 de la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 sobre la protección jurídica de programas de ordenador: «[…] *quedará protegido si fuere original en el sentido de que sea una creación intelectual propia de su autor. No se aplicará ningún otro criterio* […]».

(162)

Sí que se han visto, *v. gr.*, casos sobre indicaciones geográficas protegidas como el sonado caso de la morcilla de burgos.

(163)

Para estudio detallado, *vid.* S. ROBERT GUILLÉN, *Alta cocina…*, *op. cit.*, pp. 205-224.

(164)

M. V. ROCHA, «The Mondrian Cake: may Intellectual Property protect signature food?», *Revista Electrónica de Direito*, n.º 2, 2019, p. 168.

(165)

Nuestra doctrina ha considerado que la derivación y transformación de los artículos 11 y 21 representan la misma actividad. *Vid.* J. A. MORA GRANELL, «Artículo 21», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. F. Palau Ramírez y G. Palao Moreno), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 367. En el mismo sentido, la STS, civil, de 18 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:8866). Por su parte, H. S. AYLLÓN SANTIAGO, *El derecho de transformación de las obras del espíritu*, Reus, Madrid, 2014, p. 118, define la transformación como «*cualquier modificación que se efectúe sobre la obra originaria que, ya incida sobre el contenido o la forma de expresión, permita seguir identificando la misma en la obra resultante y que reúna la suficiente originalidad para ser calificada como obra a los efectos de la propiedad intelectual».*

(166)

Cuestión distinta es si los cocineros que repliquen las obras culinarias de otros deben tener la consideración de intérpretes o ejecutantes conforme a los artículos 105 y ss. TRLPI. Nos

remitimos al estudio realizado de la cuestión por S. ROBERT GUILLÉN, *Alta cocina…*, *op. cit.*, pp. 284-288.

(167)

R. Bercovitz Rodríguez-Cano entiende que son una misma tipología de obras, solo que planteada desde puntos de vista distintos: sujeto, objeto y contenido: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Artículo 11», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, 2007, pp. 190 y ss. Saiz García, entre otros, en cambio, considera que son distintas, aunque tengan el mismo régimen aplicable: C. SAIZ GARCÍA, «Artículo 11», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. F. Palau Ramírez y G. Palao Moreno), Tirant lo Blanch: Valencia, 2017, p. 233.

(168)

A. AROUH, «Food as Arts and the Quest for Authenticity», en *Authenticity in the Kitchen* (ed. R. Hosking), Prospect Books, Oxford, 2005, pp.

(169)

De un modo similar a como se ha hecho en la industria musical: N. STRAUS, «Trade Dress Protection for Cuisine: Monetizing Creativity in a Low-IP Industry», *UCLA Law Review*, n.º 60, 2012, p. 195.

(170)

E. CUNNINGHAM, «Protecting Cuisine Under the Rubric of Intellectual Property Law: Should the Law Play a Bigger Role in the Kitchen? «, *Journal of High Technology Law*, n.º 9, 2009, pp. 24-25.

(171)

G. MARCELLINI, «Food Porn: Towards a changing perspective on the Chef's protection Copyright», *Case for the European and International Advanced IP Law Course at Bocconi University*, 2019, p. 10, disponible en *https://www.academia.edu* [consultado el 15 de julio de 2022]. Se impediría que un cocinero pudiera replicar el plato en su restaurante, aunque le reconociese su autoría: K. RAUSTIALA y C. SPRIGMAN, «The piracy paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design», *Virginia Law Review*, n.º 8, 2006, p. 1768; J. A. BROUSSARD, «*An Intellectual Property…*», *op. cit.*, p. 724. M. LAWRENCE, «Edible Plagiarism: Reconsidering Recipe Copyright in the Digital Age», *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, n.º 1, 2011, pp. 206-208.

(172)

C. J. BUCCAFUSCO, «On the Legal…», *op. cit.*, pp. 1152 y 1153. E. FAUCHART y E. HIPPEL, «Norms-Based…», *op. cit.*, pp. 192-193; E. ROSENBLAT, «A Theory of IP's Negative Space», *Columbia Journal of Law & the Arts*, n.º 3, 2011, p. 359. Piénsese que en el derecho estadounidense no se contemplan los derechos morales del modelo europeo, por ello, muchos cocineros estadounidenses defienden la creación de un derecho exclusivamente moral. *Vid.* M. LAWRENCE, «Edible plagiarism…», *op. cit.*, p. 208; C. REEBS, «Sweet or Sour…», *op. cit.*, pp. 58-65.

(173)

N. STRAUS, «Trade Dress…», *op. cit.*, p. 203. En el mismo sentido, C. REEBS, *Ibid.* p. 72. Piénsese, por ejemplo, en el aclamado *Gintonic en el plato* de Pedro Subijana en Akelarre y la fama que le dio a su creador, Pedro Subijana, disponible en *https://www.artsandculture.google.com* [consultado el 2 de septiembre de 2022].

(174)

Como excepción, señala Robert Guillén la posibilidad de acudir a un sistema de licencias como el de *creative commons* para permitir el uso de la receta a un cocinero en concreto o a cualquiera en general: S. ROBERT GUILLÉN, *Alta cocina…*, *op. cit.*, pp. 249-258.

(175)

J. A. BROUSSARD, «An Intellectual Property», *op. cit.*, pp. 724-725; B. ZARIN, «Knead to know: cracking recipes and trade secret law», *Elon Law Review*, n.º 1, 2016, p. 197. No obstante, en contra de su aplicación a la gastronomía: N. STRAUS, «Trade Dress...», *op. cit.*, p. 213.

(176)

En cuanto a este requisito, la doctrina estadounidense ha discutido si el hecho de que tenga fines comerciales puede excluir totalmente su autorización. *Vid.* M. CARRIER, «Cabining Intellectual property Through a Property Paradigm», *Duke Law Journal*, n.º 1, 2004, pp. 85-95.

(177)

Ibid., p. 95.

(178)

Cfr. J. A. BROUSSARD, «An Intellectual Property», *op. cit.*, pp. 725-726.

(179)

El artículo 32 TRLPI recoge esa posibilidad respecto de citas y reseñas e ilustración con fines educativos o de investigación científica, aunque no con fine comerciales.

(180)

En sede musical, se ha defendido su utilización para solventar la problemática del *sampling*. *Vid.* R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, p. 401.

(181)

Piénsese, por ejemplo, en el imperio gastronómico que ha construido a través de platos memorables Dani García en sus diferentes propuestas a lo largo del mundo.

(182)

J. M. OTERO LASTRES, «Introducción», en *Manual de la Propiedad Industrial* (dir. C. Fernández-Novoa Rodríguez, J. M. Otero Lastres y M. Botana Agra), Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 61.

(183)

Se reconocen otras modalidades como nombres comerciales, topografías de semiconductores o denominaciones de origen.

(184)

El artículo 4 del Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre marca de la UE define del mismo modo el concepto de marca comunitaria. Además, como señala A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Apuntes de Derecho Mercantil*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 540: «[en una] *economía de mercado es indispensable que existan signos distintivos que permitan identificar y diferenciar a las empresas y a sus productos*».

(185)

L. BENTLY y B. SHERMAN, *International Property Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2014, p. 809. Señala el FJ 2.º STS, civil, de 20 de junio de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:4748): «*Es esencial servir de distintivo de los productos, con las cuales aspira el empresario a distinguirlos de los demás del mercado, y ser un medio de protección a los clientes a través de la constante calidad, y es a estos clientes a los que debe evitarse la confusión o errores, pues es su interés general el que también protege el derecho de marcas».*

(186)

Párr. 48 STJUE 12 de noviembre de 2002, *Arsenal Football Club Plc* vs *Matthew Reed*, C-206/01.

(187)

L. BENTLY y B. SHERMAN, *International Property…*, *op. cit.*, p. 810.

(188)

Solo hay que ver, por ejemplo, el *poder de marca* de ciertas casas de moda como *Loewe*, o de empresas automovilísticas como *Ferrari* o, directamente, de conceptos gastronómicos como *GoXO* de Dabiz Muñoz. Así, como sostienen Bently y Sherman, se pasa del signo al símbolo y del símbolo al mito: *Ibid.*, pp. 810-811.

(189)

C. FERNÁNDEZ-NOVOA RODRÍGUEZ, *Tratado sobre derecho de marcas*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 26: «*La unión entre signo y producto es obra del empresario, pero esta unión no desemboca en una auténtica marca hasta* […] *que los consumidores* [la] *captan y* [la] *retienen en su memoria*».

(190)

Artículo 12.2 LM.

(191)

J. D. CASTRO GARCÍA, «Las marcas no tradicionales», *Revista de la Propiedad Inmaterial*, n.º 16, 2012, p. 297.

(192)

M. BROSETA PONT y F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil,* vol. I, Tecnos, Madrid, 2016, p. 273. Aunque, al final, el mercado está lleno de marcas que presentan sus productos de un modo tan similar que inducen a la confusión del consumidor –por ejemplo, es lo que sucede con cierto líquido de lavavajillas de color verde, cuya presentación es imitada por otros muchos competidores–.

(193)

V. gr., Galletas Artiach S.A.U. es titular de una marca gráfica que representa galletas de dinosaurios. Pero tal registro no implica que pueda monopolizar el uso de la forma de los dinosaurios para crear galletas: SAP Barcelona, civil, de 23 de abril de 2020 (ECLI:ES: APB:2020:3057).

(194)

Bulletin officiel de la propriété industrielle 04/26 vol. I, p. 194, disponible en *https://www.data.inpi.fr* [consultado el 15 de septiembre de 2022]. Aunque en España no sea un pastel especialmente conocido, en Francia es toda una institución y la combinación de sabores que ideó Pierre Hermé se ha convertido en una de las más replicadas por multitud de pasteleros, reposteros, cocineros…

(195)

B. BUGALLO MONTAÑO, «Creaciones gastronómicas…», *op. cit.*, p. 21. Otra posibilidad sería la creación de una marca personal con el nombre del cocinero, con utilidad para comercializar bajo su nombre una serie de platos. Aunque el problema es el mismo, no protegería la receta en sí, solo que se comercializaran ciertas recetas con una referencia directa a su creador. C. M. GERMAIN, «Don’t Steal my…», *op. cit.*, p. 21, disponible en *https://www.scholarship.ufl.edu* [consultado el 17 de septiembre].

(196)

Por ejemplo, cualquier pastelero en Francia puede hacer un pastel de rosa, frambuesa y lichi, con tal de que no lo llame *Ispahan.*

(197)

V. gr., los compuestos «*exclusivamente de signos o indicaciones que puedan servir en el comercio para designar la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, la procedencia geográfica o la época de obtención del producto o de la prestación del servicio u otras* [de sus] *características*».

(198)

J. D. CASTRO GARCÍA, «Las marcas…», *op. cit.*, p. 297.

(199)

Párr. 73 STJUE 12 de diciembre de 2002, *Ralf Sieckmann* vs *DMPA.,* C-273/00. Posteriormente se ha mantenido en otras como: STGUE de 27 de octubre de 2005, *Eden SARL* vs *EUIPO,* T-305 04. Como excepción, siendo una *rara avis,* la antigua OAMI en 1999 aceptó la famosa marca *The smell of fresh cut grass.*

(200)

M. RUIZ MUÑOZ, «Nuevo concepto de marca y signos olfativos», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º 30, 2022, p. 8, disponible en *https://www.laleydigital.es* [consultado el 1 de julio de 2022].

(201)

Párr. 55 STJUE 12 de diciembre de 2002, *Ralf Sieckmann*…, C-273/00.

(202)

M. VÁZQUEZ ESTEBAN, «La percepción gustativa…», *op. cit.*, p. 403.

(203)

Párr. 42 STJUE 13 de noviembre de 2018, *Levola Hengelo*…, C-310/17. Lo mismo se ha sostenido por la USPTO, *v. gr.,In re N.V Organon.,* 79 U.S.P.Q.2d 1639 (2006).

(204)

J. M. OTERO LASTRES, «La definición legal de marca en la nueva Ley española de Marcas», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t. 22, 2001, p. 206. Aunque quizá pudiera plantearse tal independencia en ciertas obras gastronómicas. *V. gr.*, Bittor Arginzoniz, cocinero del Asador Etxebarri, tiene como plato insignia las *angulas a la brasa*, que adquieren un sabor propio de la leña utilizada, diferente al de las angulas crudas o al de las preparadas de manera tradicional. *Vid.* M. FERNÁNDEZ GUADAÑO, «Angulas Etxebarri, de las mejores en España por el chef Bittor Arginzoniz», *Expansión*, 27 de octubre de 2017, disponible en *https://www.expansion.com* [consultado el 15 de septiembre de 2022].

(205)

La utilización de fórmulas químicas ha sido descartada porque el signo no permitiría reconocer el producto sin esfuerzo, como se mantuvo en el caso *Sieckmann.* La descripción de la percepción del sabor se ha descartado por la imposibilidad de describir objetivamente un sabor, pues lo que para un sujeto tendrá unas notas muy amargas, para otro no lo serán tanto; lo que para un sujeto es salado, para otro será soso. La utilización de muestras no cumpliría el requisito de perdurabilidad, la muestra está destinada a ser efímera, a consumirse por el paso del tiempo, el cual influye en el sabor de los alimentos –*V. gr.*, ¿sabe igual un queso con una curación de 8 o 24 meses? ¿Sabe igual un chuletón con una maduración de 60 días que uno con 180 días? ¿No afecta el tiempo de envejecimiento a los vinos? –. Y, finalmente, en cuanto a los medios científicos –»*cromatografía de gases, cromatografía líquida, metrología sensorial, evaluación sensorial por listas o tecnología 'ismell'*»: M. VÁZQUEZ ESTEBAN, «La percepción gustativa…», *op. cit.*, p. 408–, ya se señaló en el párr. 43 STJUE 13 de noviembre de 2018, *Levola* que actualmente no permiten una identificación objetiva del sabor.

(206)

Así lo entiende, también, entre otros, Ruiz Muñoz, aunque respecto de las marcas olfativas:

M. RUIZ MUÑOZ, «Nuevo concepto…», *op. cit.*, pp. 11-16 [consultado el 12 de septiembre de 2022].

(207)

M. REY-ALVITE VILLAR, «El carácter distintivo de la marca tridimensional en la jurisprudencia de la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º 1, 2014, pp. 295-296.

(208)

Párr. 50, 65 y 84 STJUE 18 de junio de 2002, *Koninklijke Philips Electronics NV contra Remington Consumer Products Ltd.*, C-299/99.

(209)

STJUE 10 de julio de 2014, *Apple Inc.* vs *Deutsches Patent– und Markenamt*, C-421/13. En cambio, en otros casos se ha fracasado. Entre todos los habidos, destaca la STJUE 12 de junio de 2018, *Christian Louboutin SAS* vs *Van Haren Schoenen BV*, C-163/16, en la que se consideró que lo que pretendía la marca no era la protección de una forma, sino el uso del color en una determinada parte del zapato. Esta sentencia, ampliamente analizada, produjo un cierto revuelo pues la mayoría de la doctrina, del mismo modo que el Abogado General de la UE, consideraban que el color de las suelas terminaría siendo protegido. En mi humilde opinión, se erró al no conceder la protección pretendida, pues lo que se solicitaba como signo era la forma con un determinado color conjuntamente. Más allá de la decisión del TJUE, cabría plantearse si la sociedad en general al ver unos zapatos con la suela roja piensa inmediatamente o no en Louboutin como marca.

(210)

Párr. 136 STGUE 28 de mayo de 2020, *Galletas Gullón, S.A.* vs *EUIPO e Intercontinental Great Brands LLC*, T-667/18. Se concluyó que no se podía registrar la marca por las similitudes existentes, pero que nada impedía que se pudiera realizar por otra empresa una galleta tipo sándwich de chocolate con relleno blanco de vainilla. En un sentido similar se pronunció en su FJ 20.º, la STS, civil, de 2 de septiembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4245): «[El registro de la marca] *no justifica que se le atribuya a Kraft el monopolio sobrela comercialización de este tipo de galletas sándwich».*

(211)

FFJJ 3.º y 4.º de la STS, civil, de 23 de febrero de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:1199). Lo más probable es que el lector, aunque no se haya mencionado cuál es la marca vulnerada, sepa cuál es a través de la descripción del envase.

(212)

Otro caso cuya evolución judicial ha sido conflictiva es el del chocolate con forma de conejo de Lindt. En el que existen las siguientes resoluciones: i. STJUE 11 de junio de 2009, *Lindt & Sprüngli* en la que se resuelve una cuestión prejudicial; ii. Sentencia del Tribunal Supremo de Austria de 17 de enero de 2012, a raíz de esa cuestión prejudicial, en la que la marca se considera protegida en Austria e impide la existencia de otros dulces con la forma conejuna; iii. STJUE 24 de mayo de 2012, *Lindt & Sprüngli* en la que se dio la razón a la OAMI en su negativa de registrar tal forma como marca comunitaria; iv. Sentencia del BGH de 28 de marzo de 2013 (I ZR 72/12) en la que se considera que, aunque Lindt tuviera registrada la forma como marca tridimensional, no significaba que no pudiera haber otros dulces con forma de conejo, siempre que no hubiera riesgo de confusión; v. aunque no sea un país de la UE, la reciente sentencia del 30 de agosto de 2022 del Tribunal Federal de Suiza consideró que la forma del conejo constituía una marca tridimensional y que por tanto, en este caso, Lidl no podía comercializar un conejo de chocolate similar.

(213)

Fallo STJUE 16 de septiembre de 2015, *Société des Produits Nestlé SA* vs *Cadbury UK Ltd.*, C-215/14.

(214)

Société des Produits Nestlé SA vs *Cadbury UK Ltd., Court of Appeal (Civil)*, EWCA Civ 358 (2017).

(215)

Párr. 177 STGUE 15 de diciembre de 2016, *Mondelez UK Holdings & Services Ltd.* vs *EUIPO y Société des produits Nestlé SA*, T-112/13. Decisión que, por ejemplo, los tribunales del Reino Unido no tuvieron en cuenta en las sentencias antedichas, puesto que el TGUE sí que consideró que en el Reino Unido la forma había adquirido carácter distintivo.

(216)

Párr. 88 STJUE 25 de julio de 2018, *Société des produits Nestlé SA* vs *Mondelez UK Holdings & Services Ltd.*, C-84/17 P, C-85/17 P y C-95/17 P.

(217)

En relación con el carácter distintivo por el uso, podemos traer a colación la reciente STS, civil, de 19 de julio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3361) en la que se analizaba el envase de vidrio verde típico de las sidras asturianas como marca tridimensional. En ella, el alto tribunal española ha entendido que «*el uso puede haber contribuido a resaltar la distintividad del envase. Que es lo que ocurre en este caso, en que su uso por los asociados de la titular de la marca, lagareros de Asturias, ha dado lugar a que un consumidor medio de sidra natural al ver este envase pueda distinguir el origen empresarial, en cuanto que se trata de sidra que proviene de lagareros asturianos*». Así, concluye el Tribunal Supremo que el envase señalado constituye una marca tridimensional registrada y que, por lo tanto, el infractor –una marca de sidra cántabra– no puede utilizar dicha forma.

(218)

En nuestro derecho se considera que el *trade dress* no forma parte del derecho de marcas, a diferencia de lo que ocurre en el estadounidense, sino que forma parte del derecho de la competencia, tal y como se señaló en el FJ 6.º STS, civil, de 30 de junio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:4484) y que indicó que su protección se encuentra en el artículo 6 LCD. En ese mismo sentido se había pronunciado con anterioridad, entre otros, J. MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999 [E-book], disponible en *https://www.proview.thomsonreuters.es* [consultado el 10 de septiembre de 2022]. A pesar de que dicha inclusión en el derecho de la competencia es innegable, se ha optado por tratar el *trade dress* junto con las marcas tridimensionales por varias razones: i. porque en este trabajo no incidimos directamente en el estudio de la competencia desleal, aunque en varias ocasiones se trate como al estudiar los secretos empresariales; ii. porque a pesar de las diferencias existentes –que las hay–, los requisitos de ambas –o las razones que hay detrás de estos– presentan grandes similitudes; y iii. porque la inclusión en el derecho de la competencia responde principalmente al requisito de que debe causar una confusión en el consumidor medio, requisito determinativo de la protección, pero que, a los efectos de este trabajo, será tratado en menor medida.

(219)

S. C. SANDBERG, «Trade Dress: What Does It Mean? «, *Franchise Law Journal*, n.º 1, 2009, p. 10.

(220)

M. C. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, «La protección de la presentación comercial en el *CommonLaw*: EE. UU. –*Trade Dress*– y Gran Bretaña –*Get up*–», *Revista de Gestión Pública y Privada*, n.º 5, 2005, p. 107.

(221)

La jurisprudencia utiliza la expresión *total image* para referirse a su protección: *John H. Harland Co. vs Clarke Checks, Inc.*, 711 F.2d 966 (*11*th*Cir.* 1983): *Trade dress involves the*

total image of a product. *Vid.* E. CUNNINGHAM, «Protecting Cuisine…», *op. cit.*, pp. 24-25: «*Trade dress can include features such as size, shape, colour, textures or graphics. It can also include the design of a product*».

(222)

Cfr. *Tone Bros. Inc. vs Sysco Corp.*, 28 F.3d 1192 (Fed. Cir. 1994) y *Two Pesos, Inc. vs Taco Cabana, Inc.*, 505 US 763 (1992). En cuanto a que sea arbitraria, se señala que es necesario que sea algo más que la única de su tipo, pues debe ser original, distintiva y peculiar en su apariencia (*v. gr*., la imagen de una manzana y su relación con los ordenadores de la propia marca *Apple* no responde a un criterio descriptivo, sino que es una relación arbitraria): K. M. GEORGE, «Trade Dress Law in the Commercial Kitchen: Exploring the Application of the Lanham Act to Food Plating in the Culinary Industry», *NUJS Law Review*, N. 10, 2017, p. 625. En cuanto al significado secundario, lo importante es que los consumidores mayoritariamente consideren que el producto proviene de una única 'fuente', aunque no conozcan el nombre del productor o piensen que este es anónimo: *Processed Plastic Co.* vs *Warner Communications, Inc.*, 675 F.2d 852 (*7*th *Cir*. 1982).

(223)

Wal-Mart Stores, Inc. vs Samara Brothers, Inc., 529 US 205 (2nd Cir. 2000).

(224)

In re Morton-Norwich Products, Inc., 671 F.2d 1332 (C.C.P.A. 1982). *Vid.* C. CASLOWITZ, «Trade Dress and Section 43(A) [N.1] of the Lanham Act», *Idea. The Journal of Law and Technology*, n.º 33, 1993, pp. 189-190.

(225)

SK&F, Co. vs Premo Pharmaceutical Laboratories, Inc., 625 F.2d 1055 (3rd Cir. 1980); *In re Morton-Norwich Products, Inc…*; *Epic Metals Corp. vs Souliere*, 99 F.3d 1034 (11th Cir. 1996).

(226)

Two Pesos, Inc. vs *Taco Cabana, Inc…*; J. W. REESE, «Defining the elements of Trade Dress infringement under section 43(A) of the Lanham Act», *Texas Intellectual Property Law Journal*, n.º 2, 1994, p. 121.

(227)

Straus sostiene que debería tratarse de una marca de servicio, pues la creación gastronómica se presenta en el marco de una experiencia mayor que es el acudir a un restaurante: N. STRAUS, «Trade Dress…», *op. cit.*, pp. 227-228.

(228)

K. M. GEORGE, «Trade Dress…», *op. cit.*, p. 613. E. CUNNINGHAM, «Protecting Cuisine…», *op. cit.*, p. 42: «*They might protect a unique style of presentation if it is non-functional, has acquired secondary meaning, and there is a likelihood of consumer confusion*» [Traducción propia].

(229)

En EE. UU. se llegó a la conclusión de que un plato podía ser protegido mediante el *trade dress* siempre que fuera distintivo y no funcional [*N.Y. Pizzeria, Inc. vs Syal*, 56 F. Supp. 3d 875 (S.D.Tex. 2014)], aunque no hayan considerado en ningún caso que el plato sea distintivo y no funcional [Entre otras: *Universal Frozen Foods, Co. vs Lamb-Weston, Inc.*, 697 F. Supp. 389 (D. Or. 1987)]. En cambio, sí que se ha conseguido la protección de ciertos productos gastronómicos industriales como son las galletas de Pepperidge Farm: K. M. SAUNDERS y V. FLUGGE, «Food for…», *op. cit.*, pp. 179-180. También se ha admitido la protección del *trade dress* del glaseado de unos pasteles: *Denbra IP Holdings vs Thornton*, 521 F. Supp. 3d 667 (E.D.Tex. 2021).

(230)

N. STRAUS, «Trade Dress…», *op. cit.*, p. 195.

(231)

S. JUNG *et al.*, *Signature dishes…*, *op. cit.*, p. 412.

(232)

Párr. 25 STJUE 23 de abril de 2020, *Gömböc Kutató, Szolgáltató és Kereskedelmi Kft.* vs *Szellemi Tulajdon Nemzeti Hivatala*, C-237/19.

(233)

Vid. https://www.ritzparislecomptoir.com/fr/viennoiserie/croissant [Consultado el 1 de junio de 2022].

(234)

En EE. UU., en el caso *Sweet Street Desserts Inc. vs Chudleigh Ltd.*, 655 F.App'x 103 (3rd Cir. 2016) se pretendió proteger una tarta de manzana de una sola porción, con forma circular, en cuyo centro era visible el relleno de frutas y rodeada de una serie de pliegues que simulaban los pétalos de una flor. Se consideró que el pastel no era protegible a través del *trade dress* porque lo característico del pastel, los pétalos, más allá de su carácter estético, cumplían una función que era sujetar el relleno, mantener la forma redondeada del pastel y permitir que este pueda ser recalentado sin que el relleno, al tener un orificio superior, pueda derramarse.

(235)

No obstante, no considero que este plato pudiera ser protegido como marca tridimensional, ya que las características funcionales esenciales del mismo son atribuibles a un resultado técnico concreto.

(236)

Brown sí que considera que la forma de colocar los ingredientes –en su caso habla del glaseado de los pasteles– puede permitir identificar un plato –tarta– de un determinado cocinero –pastelero– y que su colocación, por tanto, cumple con el requisito de ser distintiva sin lugar a duda: H. BROWN, «Having your cake and eating it too: Intellectual Property Protection for Cake Design», *IDEA – The Journal of the Franklin Pierce Center for Intellectual property*, n.º 1, 2016, pp. 53-54.

(237)

Otra figura similar es el *passing off* del derecho anglosajón, por el que se impide que se pueda hacer pasar el producto de un comerciante como propio de otro, requiriéndose: i. Que el titular del bien copiado acumule un fondo de comercio; ii. que el infractor tenga como objetivo engañar al público; y iii. que con el engaño se perjudique al fondo de comercio del titular del bien copiado: L. BENTLY y B. SHERMAN, *op. cit.*, p. 826. No obstante, presenta como obstáculos para la protección de una obra gastronómica que i. tiene que ser un plato distintivo, pues se exige la existencia de un fondo de comercio directamente vinculado a la creación; y ii. es necesario que el segundo cocinero realizase el plato haciéndolo pasar por propio, requiriéndose una actitud positiva del cocinero, no bastando con no mencionar a su creador: *vid.* entre otras: *Reckitt & Colman Products Ltd.* vs *Borden Inc., Appellate Committee of the House of Lords*, AII E.R. 873 (1990).

(238)

C. Y. N. SMITH, «Food art…», *op. cit.*, p. 19.

(239)

D. J. GANZ, «Intellectual Property Protection for Food: Balancing Competing Policy Objectives», *University of La Verne Law Review*, n.º 2, 2019, p. 133.

(240)

Disponible en *https://www.hosteleriayturismomasterd.es* [consultado el 28 de septiembre de

2022].

(241)

Frente a lo aquí sostenido, autores como Krizman defienden que las marcas tridimensionales o el *trade dress* son el mejor instrumento para proteger las obras gastronómicas de autor, siempre que tengan una forma única y cumplan la función de identificar, distinguir e indicar el origen del plato, se garantice su calidad y posea un atractivo publicitario inherente que sirva para crear un mercado directo: L. K. KRIZMAN, «Trademark Protection for Restaurant Owners: Having Your Cake and Trademarking It Too», *Trademark Reporter*, n.º 4, 2009, p. 1026. No obstante, su practicidad es tan limitada que no se pueden erigir en la forma por excelencia para la protección de obras gastronómicas, cuando, además, no se protege la creación, sino solo su apariencia externa.

(242)

A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Apuntes…*, *op. cit.*, p. 449; J. GARBAYO BLANCH, «Derecho de Patentes», en *Derecho de la Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y Propiedad Industrial* (dir. M. Ruiz Muñoz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 245.

(243)

L. BENTLY y B. SHERMAN, *International Property…*, *op. cit.*, pp. 3-4.

(244)

S. FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, *Derecho de patentes e investigación científica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 83: «*regla técnica para la resolución de un problema técnico,* [caracterizada por su] *carácter técnico, ejecutabilidad, repetibilidad y exposición de un problema y su resolución*».

(245)

M. BOTANA AGRA, «Invención y patente», en *Manual de la Propiedad Industrial* (dir. C. Fernández-Novoa Rodríguez *et al.*), Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 99.

(246)

J. GARBAYO BLANCH, «Derecho de…», *op. cit.*, p. 246.

(247)

A pesar de ser una clasificación habitual, no tiene reflejo directo en la LP –sí indirectamente, *ex* artículo 4 al tratar la patentabilidad de la materia biológica–, pero sí que se recoge en el artículo 27 del Acuerdo ADPIC.

(248)

M. BOTANA AGRA, «Invención y…», *op. cit.*, p. 99. En el FJ 1.º de la STS, contencioso, de 21 de marzo de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:2032) se definen del siguiente modo: «*Las primeras* [producto] *son el prototipo de una realidad, natural y consisten en la descripción de un cuerpo cierto, objeto o cosa. Las otras* [procedimiento] *formulan un modelo de conducta, de comportamiento y, en definitiva, de una acción para conseguir algo mediante una serie de manipulaciones necesarias para producirlo*». A estas dos categorías 'tradicionales' se tiende a añadir una tercera, que sería aquella que tiene por objeto de protección un producto a través de un procedimiento –en inglés, *product-by-process*–: Ha sido reconocido, entre otros, en el FJ 6.º de la SAP Barcelona, civil, de 2 de febrero de 2016 (ECLI:ES:APB:2016:508); y ha sido defendida la categoría en M. VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, *Estudios sobre los requisitos de patentabilidad, el alcance y la violación del derecho de patente*, Bosch, Barcelona, 2005 [E-book], disponible en *https://www.vlex.es* [consultado el 22 de septiembre de 2022].

(249)

J. MASSAGUER FUENTES, «El contenido y alcance del derecho de patente», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 15, 2006, p. 174.

(250)

A. DELGADO LEÓN, «Este ingrediente revolucionará la alta cocina y se parece a los 'ganchitos'», *ABC,* 3 de octubre de 2022.

(251)

AA. VV., «'Central', el diario de viajes de un explorador de ingredientes», *Gestión*, 4 de diciembre de 2016, disponible en *https://www.gestion.pe* [consultado el 20 de septiembre de 2022].

(252)

M. GOULDING, «Seeding the Ocean: Inside a Michelin-Starred Chef's Revolutionary Quest to Harvest Rice from the Sea», *Time*, disponible en *https://www.time.com* [consultado el 20 de septiembre de 2022]. *Descubrió* un cereal marino que puede ser utilizado como sustitutivo del arroz, medio e instrumento para acabar con el hambre del mundo, dada la cantidad de terreno que se podría cultivar.

(253)

Por ejemplo, la Universidad de Cádiz tiene patentado un *Mousse de algas frescas* realizado con algas «*de las especies Ulva sp. y/o Gracilaria sp., recolectadas en los esteros del Parque Natural de la Bahía de Cádiz, junto con otros ingredientes complementarios* […]». Número de publicación de la OEPM: 2 425 606.

(254)

O. RAMON SAURI, *La actividad inventiva como requisito de patentabilidad* [tesis doctoral], Universitat de Barcelona, 2015, pp. 109-110. Piénsese en el mencionado *croissant* de Perret. Aunque podamos considerar que se trata de una obra gastronómica, artística y estética, su forma alargada, fruto de un ejercicio técnico, permite resolver el problema, tanto de cocción de los croissants, como de su degustación mientras se camina.

(255)

Vid. supra epígrafe dedicado a la propiedad intelectual. Conforme al artículo 27.1 LP se podría incluso llegar a plantear incluso un paralelismo entre la descripción que se requiere en la normativa para registrar la invención y la receta de las creaciones gastronómicas.

(256)

K. M. SAUNDERS y V. FLUGGE, «Food for thought…», *op. cit.*, p. 168: «*Una receta puede considerarse tanto como un procedimiento como un producto*» [Traducción propia].

(257)

En España contamos con un régimen de protección de las obtenciones vegetales regulado en la Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales.

(258)

En el derecho británico, aunque igualmente recogido en el español, se afirmó en el caso *Aerotel Ltd.* vs *Telco Holdings Ltd, Court of Appeal of England and Wales (Civil Division),* EWCA Civ 1371 (2006) que en el término *campo de la tecnología* se incluye cualquier campo sin excepción por razón del campo.

(259)

J. GARBAYO BLANCH, «Derecho de…», *op. cit.*, p. 247.

(260)

En el artículo 6.3 LP añade que también estará formado por aquellas solicitudes, cuya fecha de presentación sea anterior a la de la solicitud pretendida, y que hubieran sido publicadas ya o se publiquen posteriormente.

(261)

Entre otros: FJ 10.º de la STS, civil, de 3 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2244).

(262)

V. gr., Decisión T 0610/95 (*Dressing/SQUIBB*), de 21 de julio de 1999 (ECLI: EP:BA:1999: T061095.1999907 21). También en nuestra jurisprudencia: SAP Barcelona, civil, de 13 de enero de 2022 (ECLI:ES: APB:2022:1).

(263)

L. BENTLY y B. SHERMAN, *International Property…*, *op. cit.*, p. 470: «*Si el experto al leer el estado de la técnica de un elemento, esta le conduce inevitablemente a otro elemento y a su estado de la técnica, como si fueran prácticamente un único elemento, entonces sí que se podría esgrimir que la invención no es novedosa*» [Traducción propia].

(264)

A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Las reivindicaciones de la patente de invención», *Derecho PUCP,* n.º 47, 1993, pp. 170-172.

(265)

Entre otras, por la reciente *E Mishan & Sons, INC. (T/A EMSON)* vs *Hozelock LTD. & Ors, High Court of Justice*, EWHC 991 Pat (2019). También en EE. UU., *v. gr.,Impax vs Aventis Pharma*, 545 F.3d 1312 (Fed. Cir. 2008).

(266)

FJ 8.º SAP Barcelona, civil, de 15 de enero de 2020 (ECLI:ES: APB:2020:477). También ha sido asumido por parte de nuestra doctrina: M. VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, *Estudios sobre…*, *loc. cit.* [consultado el 22 de septiembre de 2022].

(267)

Como se recoge *sensu contrario* en el caso *Synthon BV* vs *Smithkline Beecham plc, Appellate Committee of the House of Lords,* UKHL 59 (2005): «La materia invocada como estado de la técnica debe revelar una materia que, si se ejecuta, necesariamente daría lugar a una infracción de la patente. En ese caso, no habrá duda de que la ejecución de la invención anterior constituiría una infracción […]. Pero la infracción de patentes no requiere que uno sea consciente de que está infringiendo». M. VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, *Estudios sobre…*, *loc. cit.* [consultado el 19 de agosto de 2022] señala que es una lograda explicación del artículo 6.1. LP, al ejemplificar con exactitud la frase «*cuando no está comprendida en el estado de la técnica*», identificable con la novedad explícita.

(268)

O. RAMON SAURI, *La actividad inventiva…*, *op. cit.*, p. 193. Requisito que se vería reflejado en nuestro artículo 6.2 LP porque, aunque se entienda que la invención pueda estar divulgada, si lo que es «*accesible al público*» no contiene toda la información necesaria para poner en práctica la invención, no se podrá entender que el estado de la técnica divulgado es habilitante, tal y como sostuvo la EPO en su Decisión T 0230/01, de 26 de abril de 2005 (ECLI:EP: BA:2005:T023001.20050426) al señalar que la divulgación no excluirá el requisito de novedad si aquella no es habilitante, planteando similitudes con la novedad implícita de nuestra jurisprudencia.

(269)

J. GARBAYO BLANCH, «Derecho de…», *op. cit.*, p. 249. En *Procter & Gamble CO. vs Nabisco Brands,* 604 F. Supp.1485 (D. Del. 1985), el tribunal estadounidense llegó a la misma conclusión.

(270)

En EE. UU. se contempla un periodo de un año desde la primera divulgación para que no se pueda ver afectado el requisito de la novedad. No obstante, aunque se realizase en dicho país

la divulgación, se plantearía el mismo problema en España dado que el ámbito del análisis del estado de la técnica es global.

(271)

M. P. ARONS, «A Chef 's Guide to Patent Protections Available for Cooking Techniques and Recipes in the Era of Postmodern Cuisine and Molecular Gastronomy», *Journal of Business & Technology Law*, n.º 1, 2015, p. 141.

(272)

E. CUNNINGHAM, «Protecting Cuisine…», *op. cit.*, pp. 46-47.

(273)

En la solicitud de patente se incluía el listado de ingredientes necesarios, los porcentajes de cada uno de ellos para una determinada cantidad de salsa y los pasos a seguir para realizarla.

(274)

K. M. SAUNDERS y V. FLUGGE, «Food for thought…», *op. cit.*, p. 169. En el mismo sentido, A. CUETO, «Novedad y actividad inventiva», en *La nueva Ley de Patentes* (dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2015 [E-book], disponible en *https://www.proview.thomsonreuters.es* [consultado el 17 de octubre de 2022].

(275)

O. RAMON SAURI, *La actividad inventiva…*, *op. cit.*, pp. 147-157.

(276)

V. gr., FJ 6.º STS, civil, de 16 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:531). Por otro lado, aunque el análisis se base en un juicio de valor, con la posibilidad de que lo subjetivo se adueñe de él, se ha intentado acompañar de una serie de valores de carácter objetivo: M. BOTANA AGRA, «Invención y…», *op. cit.*, p. 123.

(277)

Aunque mencionen otros métodos posibles, la jurisprudencia ni los analiza, ni tan si quiera los menciona sucintamente. Entre otras muchas: STS, civil, de 16 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:531); STS, civil, de 2 de octubre, de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3472); STS, civil, de 14 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1703).

(278)

FJ 13.º STS, civil, de 12 de junio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:3503).

(279)

Aunque se admite también partir presente mayor similitud con el problema técnico.

(280)

EPO, *Case Law OF THE Boards of Appeal of the EPO,* EPO, Munich, 2022, p. 190. No obstante, no se sigue en Europa un único criterio lo cual complica la protección de la patente en el seno de los diferentes países de la UE: M. MONTAÑÁ MORA, «La determinación del estado de la técnica más cercano», en *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual. Homenaje a Luis-Alfonso Durán* (dir. P. Merino Baylos), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 597-618.

(281)

M. VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, *Estudios sobre…*, *loc. cit.* [consultado el 15 de agosto de 2022].

(282)

FJ 6.º STS, civil, de 16 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:531).

(283)

Id. También señala García Vidal, «*al juzgar la actividad inventiva no se trata de preguntarse si un experto en la materia, con grandes dosis de ingenio e imaginación, habría alcanzado la invención* […] *El experto en la materia es un técnico medio, ni muy especializado ni poco, con competencias normales y que está al corriente del conocimiento general común en el estado de la técnica*»: *Á.* GARCÍA VIDAL, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2015. La actividad inventiva como requisito de patentabilidad: el método problema-solución, el test *would could* y el *teaching away*», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 99, 2015, disponible en *https://www.proview-thomsonreuters.es* [consultado el 13 de octubre de 2022].

(284)

FJ 3.º de la STS, civil, de 20 de mayo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2139).

(285)

FJ 12.º de la STS, civil, de 14 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1703). A ello se añade también la posibilidad de acudir a la regla *teaching away* con la que «*se trata de comprobar si el estado de la técnica* […] *dirige en un sentido opuesto al de la invención que se pretende patentar. Porque, si así fuera, estaríamos ante un indicio, o en su caso, confirmación de que la invención presenta actividad inventiva*»: Á. GARCÍA VIDAL, «Comentario a la…», *loc. cit.* [consultado el 13 de octubre de 2022].

(286)

M. P. ARONS, «A Chef's Guide…», *op. cit.*, p. 145.

(287)

K. M. SAUNDERS y V. FLUGGE, «Food for thought…», *op. cit.*, p. 170. Hyland, por su parte, sostuvo que implicaría actividad inventiva siempre que se demuestre que la creación «*no es un avance trivial o rutinario con respecto de otras creaciones previamente divulgadas*»: M. G. HYLAND, «A Taste of the Current Protection Offered by Intellectual Property Law to Molecular Gastronomy», *Cybaris, an Intellectual Property Law Review*, n.º 1, 2017, p. 166.

(288)

De manera general se sostiene por la doctrina estadounidense y por la UPSTO que una receta no implica actividad inventiva: B. ZARIN, «Knead to know…», *op. cit.*, p. 189. E. CUNNINGHAM, «Protecting Cuisine…», *op. cit.,* pp. 33-35, defiende que este requisito será imposible de cumplir de manera general, dada la alta exigencia en el cumplimiento de este requisito. N. STRAUS, «Trade Dress…», *op. cit.*, p. 198, considera que cualquier receta que sea una evolución de otras recetas clásicas no podrá cumplir con el requisito de la actividad inventiva.

(289)

SJPI, Barcelona n.º 37, de 10 de septiembre de 2002 *apud* SJM, Valencia n.º 2, de 6 de mayo de 2019 (ECLI:ES: JMV:2019:5336). Ambas posturas han sido admitidas, entre otras por: FJ 3.º SAP Valencia, de 28 de junio de 2022 (ECLI:ES: APV:2022:2001).

(290)

Sostuvo Pollack ya en los años 90 que los requisitos de novedad y actividad inventiva podrían ser dos grandes obstáculos para patentar recetas, puesto que los altos niveles que se exigen de estos requisitos no suelen darse habitualmente en las recetas: M. POLLACK, «IP Protection…», *op. cit.*, pp. 1500 y ss.

(291)

Lo mismo podría plantearse respecto de otro de los grandes platos de la gastronomía francesa, la *Poulet de Bresse en vessie,* donde el ave se cocina dentro de una vejiga de cerdo y que fue desarrollado por Fernand Point y Paul Bocuse. El *signature dish* del restaurante Lido 84 es *Cacio e pepe en vessie,* la tradicional pasta *cacio e pepe,* pero cocinada dentro de una

vejiga de cerdo. ¿Implicaría actividad inventiva?

(292)

Application of Levin, 178 F.2d 945 (C.C.P.A 1949). En un sentido similar se pronunció el *Tribunal de Grande Instance de Paris* en su sentencia de 8 de marzo de 2011, *Société des Produits Nestlé SA* vs *Comptoir Européen de la Confiserie SAS et Cadbury France SAS.*

(293)

M. BOTANA AGRA, «Invención y…», *op. cit.*, p. 135.

(294)

Candelario Macías considera que dicho precepto no define el modelo de utilidad, sino los condicionantes delimitadores de los modelos de utilidad: M. I. CANDELARIO MACÍAS, *La innovación en la pequeña empresa: El modelo de utilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 55.

(295)

Del mismo modo que no se protegería, por ejemplo, el procedimiento para la construcción de un mueble, incluido en unas instrucciones, pero sí el mueble en su conjunto como modelo de utilidad.

(296)

FJ 3.º STSJ Madrid, de 25 de mayo de 2022 (ECLI:ES: TSJM:2022:6601). En resumen, como sostuvo el FJ 3.º STS, civil, de 25 de junio de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:3567) es necesario: i. que haya «*una modificación formal en el aspecto*» de objetos anteriores y ii. que la modificación incida en el funcionamiento, produciendo una utilidad, es decir, que aporta al producto «*un beneficio o efecto nuevo, bien una economía de tiempo, energía o mano de obra, o bien un mejoramiento de las condiciones higiénica o psicofisiológicas del trabajo*».

(297)

J. M. OTERO LASTRES, «Concepto y derecho a la obtención del modelo de utilidad», en *Manual de la Propiedad Industrial* (dirs. C. Fernández-Novoa Rodríguez, J. M. Otero Lastres y M. Botana Agra), Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 283.

(298)

FJ 5.º de la STS, civil, 5 de noviembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:9149).

(299)

No obstante, el artículo 150 LP recoge que en defecto de norma expresa para los modelos de utilidad se aplicarán las normas de las patentes, «*siempre que no sean incompatibles con la especialidad de aquellos*».

(300)

Existen otras diferencias respecto del procedimiento, pero por el objeto de este estudio no analizarán.

(301)

J. M. OTERO LASTRES, «Reflexiones sobre el diseño industrial», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, n.º 1, 2008, p. 227.

(302)

En la anterior legislación, su estado de la técnica estaba formado únicamente por lo difundido en España, pero, en la actual, su ámbito es mundial como en patentes.

(303)

FJ 3.º SAP Madrid, civil, de 1 de marzo de 2012 (ECLI:ES: APM:2012:6039).

(304)

OEPM, *Directrices de examen de solicitudes de modelos de utilidad (Ley 24/2015)*, OEPM, Madrid, 2020, p. 167, disponible en *https://www.oepm.es* [consultado el 24 de septiembre de 2022].

(305)

V. gr., FJ 3.º SJM Barcelona, de 9 de junio de 2022 (ECLI:ES: JMB:2022:5868). Con anterioridad, entre otros, J. M. OTERO LASTRES, «Requisitos de protección», en *Manual de la Propiedad Industrial* (dirs. C. Fernández-Novoa Rodríguez, J. M. Otero Lastres y M. Botana Agra), Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 289.

(306)

FJ 2.º de la STS, civil, de 27 de octubre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:7179). Aunque se pronunciaba sobre la anterior legislación, es igualmente predicable de la actual y así ha sido mantenido con posterioridad, *v. gr.*, FJ 4.º de la SAP Vizcaya, civil, de 29 de septiembre de 2021 (ECLI:ES: APBI:2021:2757).

(307)

Número de publicación ES 1 216 385 U.

(308)

Número de publicación ES 1 146 510 U.

(309)

M. VAREA SANZ, «Modelos de utilidad: Requisitos de protección», en *La nueva Ley de Patentes* (dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2015 [E-book], disponible en *https://www.proview.thomsonreuters.es* [consultado el 15 de octubre de 2022].

(310)

V. gr., el chef Homaro Cantu, uno de los valedores de la cocina molecular en Estados Unidos, llegó a tener veintidós patentes de procedimientos gastronómicos. Ello demuestra, no lo sencillo que es obtener una patente, sino que puede ser factible para determinadas técnicas. Algunos autores han sostenido que solo serán patentables las técnicas gastronómicas de la cocina molecular porque son las únicas que presentan un componente científico de manera clara, pero entiendo que tal apreciación es subjetiva, pues la gran mayoría de técnicas gastronómicas tiene por base un componente científico –desde el baño maría hasta la esferificación–: M. G. HYLAND, «A Taste of the…», *op. cit.*, pp. 165-167.

(311)

También en otros países, como EE. UU., donde la UPSTO expide numerosas patentes sobre productos alimentarios y ha afirmado que «las recetas son susceptibles de ser protegidas por patentes porque contienen potencialmente materia patentable». *Vid.* A. GHOSE y S. M. A. ALI, «Protection of cuisine under Intellectual Property Law: A global Perspective», *Journal of Intellectual Property Rights*, n.º 27 (mayo-2022), p. 175.

(312)

Si bien, todas estas posibles consecuencias casuísticas se pueden ver reducidas por el efecto desincentivador de copia que presenta cualquier tipo de protección.

(313)

Bajo la patente ES 2 132 039 B1 se encuentra registrada en España –habiendo superado los requisitos legales– un «*producto alimenticio tipo tortilla de patata o revuelto de patata u otros ingredientes, parcialmente precocinado y procedimiento para su preparación*».

(314)

Cunningham sostiene que la receta patentada debería incluir todos los posibles cambios de

ingredientes: «*si un cocinero no piensa o no incluye ingredientes sustitutivos equivalentes en su solicitud, la patente solo protegerá los ingredientes enumerados*». Lo cual, ante la cantidad de ingredientes sustitutivos que hay, parece una tarea de difícil aplicación: E. CUNNINGHAM, «Protecting Cuisine…», *op. cit.*, p. 46.

(315)

No es un instrumento admitido en todos los países y, en todo caso, su regulación no es uniforme.

(316)

Por ejemplo, solicitudes de patentes ES 2 540 922 B1, ES 2 541 504 B1, ES 2 345 601 B1…

(317)

V. gr., señala Cunningham que la institucionalización de las patentes podría conllevar la aparición de problemas que actualmente no se dan en el sector: E. CUNNINGHAM, «Protecting Cuisine…», *op. cit.*, p. 48.

(318)

P. SALAS DURÁN, «Platos de alta cocina que han pasado a la historia… de la falsificación», *La Vanguardia*, 28 de diciembre de 2016, disponible en *https://www.lavanguardia.com* [consultado el 19 de septiembre de 2022].

(319)

M. V. ROCHA, «The Mondrian Cake…», *op. cit.*, p. 172. También C. PINA SÁNCHEZ y R. LÓPEZ ALZAGA, «Protección legal de las recetas: ¡No copies mi receta ¡¿La patentamos?», *Diario La Ley*, n.º 9175, 2018, disponible en *https://www.laleydigital.es* [consultado el 20 de septiembre de 2022].

(320)

E. FAUCHART y E. HIPPEL, «Norms-Based…», *op. cit.*, p. 189. Aunque consideran posible la patentabilidad de las recetas, entienden que prácticamente ninguna cumplirá los requisitos que se exigen.

(321)

M. G. HYLAND, «A Taste of the…», *op. cit.*, pp. 169-171, señala que serían patentables los raviolis transparentes, el caviar de aceite de oliva y las tagliatelle al azafrán de Adrià. Y, por ejemplo, la patentabilidad de una receta de alta cocina la consiguió en 1994, Joël Robuchon quien patentó en Francia –con un sistema similar al español– «*una sopa caliente de foie gras con gelatina de pollo, evitando que el foie gras se mezcle con la gelatina*»: Patente FR 9301990A.

(322)

Bajo la denominación de diseño industrial en nuestra legislación se recogen tanto los modelos como los dibujos industriales, dando respuesta a las exigencias de la doctrina española en aras de simplificar la protección de los diseños tridimensionales y bidimensionales, a diferencia del criterio europeo, que ha preferido mantener la doble denominación, a pesar de que luego sea el mismo régimen jurídico aplicable: G. M. IBÁÑEZ ROMÁN, «El concepto de dibujo o modelo en el Reglamento comunitario», en *El diseño comunitario* (dirs. G. Palao Moreno y M. Clemente Meoro), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 168-169.

(323)

El concepto legal de diseño industrial ha sido ampliamente criticado, entre otras cosas por la disociación entre el elemento inmaterial y material del diseño, por la doctrina española. *Vid.* C. ROGEL VIDE, «Diseños, Propiedad Intelectual y Propiedad Industrial», *Revista Galega de Administración Pública*, n.º 36, 2004, pp. 47 y ss.; J. M. OTERO LASTRES, «Reflexiones sobre…», *op. cit.*, pp. 220 y ss.

(324)

J. A. GÓMEZ SEGADE, «Pasado, presente y futuro del diseño comunitario», en *El diseño comunitario. Estudios sobre el Reglamento (CE) núm. 6/2002* (dir. Á. García Vidal), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 34.

(325)

M. L. LLOBREGAT HURTADO, «El nuevo régimen jurídico del diseño industrial en Derecho español», *Diario La Ley*, n.º 5877, 2003, disponible en *https://www.laleydigital.es* [consultado el 17 de septiembre de 2022].

(326)

F. L. DE LA VEGA GARCÍA, *Protección del diseño en el Derecho Industrial y de la Competencia*, Edersa, Madrid, 2006, p. 66.

(327)

M. L. LLOBREGAT HURTADO, «El nuevo régimen…», *loc. cit.* [consultado el 17 de septiembre de 2022].

(328)

I. BLANCO ESGUEVILLAS, *La protección jurídica y eficacia del diseño industrial no registrado*, Reus, Madrid, 2017, p. 56.

(329)

J. M. OTERO LASTRES, «Concepto legal de diseño y requisitos de protección», *Revista Galega de Administración Pública*, n.º 36, 2004, p. 18. Se ha criticado que el legislador europeo y español haya optado por el término *apariencia* en lugar de *forma*: M. L. LLOBREGAT HURTADO, «El nuevo régimen…», *loc. cit.* [consultado el 17 de agosto de 2022].

(330)
(331)

I. BLANCO ESGUEVILLAS, *La protección jurídica…*, *op. cit.*, pp. 56-57. Por ello parte de la doctrina se cuestiona si deberían incluirse también la apreciación por otros sentidos: C. SAIZ GARCÍA, «Requisitos de protección de los dibujos y modelos industriales», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 22, 2001, p. 375; J. OTAMENDI, «Breves comentarios sobre modelos y diseños industriales en la Comunidad Europea», en *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual. Homenaje a Luis-Alfonso Durán* (dir. P. Merino Baylos), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 640-641. Piénsese, por ejemplo, en una piedra pómez y una esponja de baño, visualmente similares, pero con texturas y composiciones distintas.

(332)

J. M. OTERO LASTRES, «Reflexiones sobre…», *op. cit.*, p. 225. En el mismo sentido, M. I. CANDELARIO MACÍAS, *La innovación en…*, *op. cit.*, p. 121.

(333)

STS, contencioso, de 15 de octubre de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:18005).

(334)

M. L. LLOBREGAT HURTADO, «El nuevo régimen…», *loc. cit.* [consultado el 17 de septiembre de 2022].

(335)

Otros criterios admitidos: variación de la forma, adiciones, embellecimientos o contornos: S. LOUREDO CASADO, *El diseño industrial no registrado*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 183-187.

(336)

FJ 2.º SJM Alicante, de 28 de noviembre de 2012 (ECLI:ES: JMA:2012:1306).

(337)

Caso *Lindner Recyclingtech GmbH* vs *Lars Fransson*, OAMI, 3 de abril de 2007.

(338)

Sobre la regulación de la protección del diseño artístico, *vid.* F. CARBAJO CASCÓN, «La protección del diseño industrial por la vía del derecho de autor. Concepto y régimen jurídico del diseño artístico», en *El diseño comunitario. Estudios sobre el Reglamento (CE) núm. 6/2002* (dir. Á. García Vidal), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 525-618.

(339)

J. M. OTERO LASTRES, «Una aproximación…», *op. cit.*, p. 118.

(340)

Párr. 54-56 STJUE 12 de septiembre de 2019, *Cofemel – Sociedade de Vestuário, S.A.* vs *G-Star Raw CV*, C-683/17.

(341)

M. L. LLOBREGAT HURTADO, «El nuevo régimen…», *loc. cit.* [consultado el 17 de septiembre de 2022].

(342)

K. M. SAUNDERS y V. FLUGGE, «Food for thought…», *op. cit.*, p. 195.

(343)

Comprende la fabricación, oferta, comercialización, importación y exportación o el uso de un producto que incorpore el diseño y el almacenamiento de dicho producto para los fines mencionados.

(344)

M. P. ARONS, «A Chef's Guide…», *op. cit.*, p. 141: «*Una patente de diseño puede utilizarse para proteger la apariencia estética de una creación gastronómica*» [Traducción propia].

(345)

J. M. OTERO LASTRES, «En torno a la directiva 98/71/CE sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 19, 1998, p. 31.

(346)

M. L. LLOBREGAT HURTADO, «El nuevo régimen…», *loc. cit.* [consultado el 17 de septiembre de 2022].

(347)

J. M. OTERO LASTRES, «Concepto legal…», *op. cit.*, p. 29.

(348)

M. T. ORTUÑO BAEZA, «El requisito de novedad», en *El diseño comunitario. Estudios sobre el Reglamento (CE) núm. 6/2002* (dir. Á. García Vidal), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 133. Esta circunscripción europea es uno de los motivos por los que parte de la doctrina considera adecuada la decisión de que el objeto jurídicamente protegido por el diseño industrial sea el valor añadido desde el punto de vista comercial, porque, aunque el diseño haya sido divulgado, si no ha sido accesible en la UE, el atractivo estético para el consumidor va a existir igualmente: J. MACÍAS MARTÍN, «La protección comunitaria del diseño industrial», en *Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea* (dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 321.

(349)

A favor de los especialistas del segundo: A. CASADO CERVIÑO y A. BLANCO JIMÉNEZ, *El diseño comunitario. Una aproximación al régimen legal de los dibujos y modelos de Europa*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 42. A favor de los del primero: M. T. ORTUÑO BAEZA, *op. cit.*, pp. 89-91.

(350)

A. CASADO CERVIÑO y A. BLANCO JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 47.

(351)

FJ 11.º STS, civil, de 30 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1766). Para un estudio más detallado de diversos supuestos y criterios delimitadores de la cuestión, *vid.* M. T. ORTUÑO BAEZA, *op. cit.*, pp. 151-191.

(352)

M. L. LLOBREGAT HURTADO, «El nuevo régimen…», *loc. cit.* [consultado el 17 de septiembre de 2022].

(353)

C. SAIZ GARCÍA, «Requisitos de…», *Actas…*, *op. cit.*, p. 390.

(354)

En España encontramos, entre otros, pasteles –D0532688-01–, patés –I0144884–, turrones –D0512938-02– o pizzas –D0521510-01–. Y en EE. UU. encontramos también muchas patentes de diseño relacionadas con la gastronomía: barras de caramelo (n.º D593.276), pasteles (n.º D571.526).

(355)

L. A. MARCO ARCALÁ, «Últimas aportaciones en torno al carácter singular de los diseños comunitarios en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 33, 2013, p. 505.

(356)

C. SAIZ GARCÍA, «Requisitos de protección de los dibujos y modelos comunitarios», en *El diseño comunitario* (dir. G. Palao Moreno y M. Clemente Meoro), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 198; L. A. MARCO ARCALÁ, «El requisito del carácter singular», en *El diseño comunitario. Estudios sobre el Reglamento (CE) núm. 6/2002* (dir. Á. García Vidal), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 233-239.

(357)

J. MACÍAS MARTÍN, *op. cit.*, p. 319: «*Su apreciación es más compleja que la de la novedad, de la que no es una mera extensión*».

(358)

En EE. UU. se ha optado por la utilización del concepto de «observador ordinario» como la persona que habitualmente compra dicho producto: K. M. SAUNDERS y V. FLUGGE, «Food for thought…», *op. cit.*, pp. 173.

(359)

El legislador ha optado por proteger los denominados diseños fuertes frente a los débiles: M. L. LLOBREGAT HURTADO, «El nuevo régimen…», *loc. cit.* [consultado el 17 de septiembre de 2022]. Este mismo criterio se ha mantenido en EE. UU., por ejemplo, en el caso *Durling vs. Spectrum Furniture Co., Inc.*, 101 F.3d 100 (Fed. Cir. 1996), donde se mantuvo que, si resultaba obvio visualmente el cambio, podría ser protegido.

(360)

Fallo de la STJUE 19 de junio de 2014, *Karen Millen Fashions Ltd* vs *Dunnes Stores y Dunnes Stores (Limerick) Ltd*, C-345/13.

(361)

FJ 13.º STS, civil, de 25 de junio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2804).

(362)

FJ 13.º STS, civil, de 30 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1766).

(363)

En cuanto a las diferencias con estos conceptos, *vid.* I. BLANCO ESGUEVILLAS, *La protección jurídica…*, *op. cit.*, pp. 106-107.

(364)

Párr. 59 STJUE 20 de octubre de 2011, *PepsiCo Inc.* vs *Grupo Promer Mon Graphic, S.A.*, C-281/10 P.

(365)

FJ 3.º STS, civil, de 16 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3416).

(366)

FJ 11.º de la STS, civil, de 30 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1766).

(367)

Á. GARCÍA VIDAL, «El contenido del derecho sobre el diseño comunitario», en *El diseño comunitario. Estudios sobre el Reglamento (CE) núm. 6/2002* (dir. Á. García Vidal), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 356-360.

(368)

En cuanto a los diversos criterios para analizar la libertad del autor, *vid.* S. LOUREDO CASADO, *El diseño industrial…*, *op. cit.*, pp. 155-162, quien estudia estos criterios apoyándose en resoluciones judiciales españolas y europeas.

(369)

Párr. 31-33 STGUE, de 21 de noviembre de 2013, *El Hogar Perfecto del Siglo XXI, S.L.* vs *OAMI* y *Wenf International Advisers Ltd.*, T-337/12. Un criterio similar se ha mantenido en la jurisprudencia estadounidense: *Contessa Food Products, Inc. vs Conagra, Inc.*, 282 F.3d 1370 (Fed. Cir. 2002). Y este criterio ha sido asumido por la jurisprudencia española: FJ 5.º STS, civil, de 25 de junio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2804).

(370)

En contra de la protección mediante los diseños se pronuncia: C. Y. N. SMITH, «Food Art…», *op. cit.*, p. 21; S. ROBERT GUILLÉN, *La protección jurídica…*, *op. cit.*, p. 332: «*Una obra culinaria* […] *tiende a la forma artística, visual y gustativa, no a la mera consideración de* […] *diseño industrial*».

(371)

Por ejemplo, la receta del tartar del Waldhotel Sonnora, servido como porción de tarta, podría, sin problema, servirse con forma de tarta entera y ya se habría sorteado la protección.

(372)

J. M. OTERO LASTRES, «Una aproximación…», *op. cit.*, p. 119; K. M. SAUNDERS y V. FLUGGE, «Food for thought…», *op. cit.*, p. 197.

(373)

J. A. GÓMEZ SEGADE, «Pasado…», *op. cit.*, p. 35.

(374)

Por ejemplo, los siguientes números de registro: DM/070613-005 o DM/070613-002.

(375)

Arrêt du Tribunal de Grande Instance de Paris, 15 mars 2018, Alain Passard vs *Carrefour Hypermarchés.*

(376)

En concreto sobre la problemática respecto de la protección mediante diseños y modelos europeos se pronuncia: M. V. ROCHA, «The Mondrian Cake…», *op. cit.*, p. 173.

(377)

Aunque sea anecdótico, el caso canadiense *Positron INC.* vs *Desroches et al.*, RJQ 1636 (1988), utilizado para definir los secretos empresariales en Canadá, incluye en tal definición el término 'receta'.

(378)

M. RISCH, «Why do we have trade secrets? «, *Marquette Intellectual Property Law Review*, n.º 1, 2007, p. 7.

(379)

La inclusión del término *conocimiento* es una de las innovaciones españolas frente a la Directiva 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016 –en adelante, Directiva 2016/943–, relativa a la producción de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados que solo recogía el término *información*. No obstante, sí que se hacía mención del término *conocimiento* en su preámbulo.

(380)

Definición que sigue la mantenida en sede europea y que no se aleja de la mantenida en el artículo 39.2 del Acuerdo ADPIC o de lo dispuesto en la sección 1.4 de la Uniform Trade Secrets Act de 1985 o de lo que se sostuvo en el FJ 2.º de la STS, civil, de 21 de octubre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:6410)

(381)

J. MASSAGUER FUENTES, «De nuevo sobre la protección jurídica de los secretos empresariales: a propósito de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n.º 51, 2019, p. 50.

(382)

Entre otros y ya desde su anterior regulación en el artículo 13 LCD: A. SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial. Un estudio del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*, Thomson Reuters – Civitas, Cizur Menor, 2009, p. 190. La autora definió el secreto empresarial como «*toda información relativa a la empresa a la que los terceros no pueden acceder fácilmente por medios lícitos sin emplear una cantidad significativa de recursos, y respecto de la cual su titular ha adoptado medidas razonables para mantenerla en secreto, tanto en relación con los sujetos a los que se la comunicó, como respecto de aquellos que la ignoran*». A. Bercovitz Rodríguez-Cano lo ha definido como «*una información o conocimiento, referido a cualquier modalidad de actividad* […] *que no sea conocida por las personas pertenecientes al círculo en que se maneja habitualmente ese tipo de conocimientos,* […que tenga] *valor empresarial por el hecho de ser secreta. Y* [se hayan] *adoptado medidas serias para mantener el secreto*»**: A.** BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Nociones introductorias sobre la Ley de Secretos Empresariales», en *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual. Homenaje a Luis-Alfonso Durán* (dir. P. Merino Baylos), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 201.

(383)

FJ 4.º STS, penal, de 20 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4422).

(384)

A. CASTÁN PÉREZ-CANO, «Secretos empresariales y Propiedad Industrial e Intelectual:

Afinidades y divergencias», en *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual. Homenaje a Luis-Alfonso Durán* (dir. P. Merino Baylos), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 308.

(385)

Aunque pueda materializarse: FJ 1.º STS, penal, de 12 de mayo de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:2885): «*Su materialización puede producirse en todo género de soporte, tanto papel como electrónico, y tanto en original como copia, y aún por comunicación verbal*». Así, se ha entendido también en la jurisprudencia estadounidense: *Bridgestone/Firestone, Inc. vs Lockhart*, 5 F. Supp. 2d 667 (S.D.Ind. 1998).

(386)

J. A. GÓMEZ SEGADE, *El secreto industrial (know how): concepto y protección*, Tecnos, Madrid, 1974, pp. 43-44.

(387)

P. GUILLÉN MONGE, «Artículo 1», en *Comentarios a la Ley de Secretos Empresariales* (coord. J. M. Lissén Arbeloa), Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2020, disponible en *https://www.laleydigital.es* [consultado el 15 de septiembre de 2022]. Si bien debe ser entendido en un sentido amplio, pues en él deben incluirse no solo «*conocimientos técnicos o científicos, sino también datos empresariales relativos a clientes y proveedores, planes comerciales y estudios o estrategias de mercado, siempre que esta no haya sido divulgada*»: R. GUILLÉN CATALÁN, «¿Cómo proteger un secreto comercial o empresarial?», en *Curso de especialización en Know-How, propiedad intelectual e industrial en el mercado único digital* (dir. J. Plaza Penadés), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019 [E-book], disponible en *https://www.proview.thomsonreuters.es* [consultado el 8 de octubre de 2022].

(388)

J. MASSAGUER FUENTES, «De nuevo sobre…», *op. cit.*, p. 51. No obstante, otros autores, como Guillén Monge, han criticado que se incluya el término *conocimiento* junto con el de *información* porque entienden que «*se debe a una incorporación parcial de la traducción del concepto know-how* […] *subsumido en la lista ejemplificativa* [… y porque] *el término 'conocimiento' tiende a confundirse con las experiencias y competencias del trabajador, las cuales se encuentran expresamente excluidas del objeto de protección de la LSE*»: P. GUILLÉN MONGE, «Artículo 1…», *loc. cit.* [consultado el 15 de septiembre de 2022].

(389)

J. RICHARD, *La divulgation de l'information protégée et les libertés économiques* [tesis doctoral], Université Paris-Saclay, 2018, pp. 56-57.

(390)

A. SUÑOL LUCEA, *El secreto…*, *op. cit.*, pp. 117-118.

(391)

J. A. GÓMEZ SEGADE, *El secreto…*, *op. cit.*, p. 51.

(392)

Aunque sea en sede penal, *vid.* FJ 1.º de la STS, penal, de 12 de mayo de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:2885): «*un concepto lábil, no constreñible en un 'numerus clausus'. Por ello, habremos de ir a una concepción funcional-práctica, debiendo considerar secretos de empresa los propios de la actividad empresarial*».

(393)

FJ 2.º STS, civil, de 21 de octubre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:6410). En el mismo sentido y más recientemente, el FJ 4.º de la STS, civil, de 4 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1568).

(394)

FJ 1.º STS, civil, de 4 de marzo de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:1356). Por tanto, estarán excluidas aquellas informaciones que, aunque sean secretas o tengan connotaciones económico-comerciales, tengan carácter privado al ser cuestiones relativas a la intimidad o sean datos de carácter personal. *Vid.* J. MASSAGUER FUENTES, «De nuevo sobre…», *op. cit.*, pp. 52-53.

(395)

Esto mismo es mantenido en EE. UU. Entre otros: M.–C. JANSSENS, «Copyright for…», *op. cit.*, p. 4 [consultado el 11 de septiembre de 2022]; H. BROWN, «Having your cake…», *op. cit.*, p. 17; *Boeing Co. vs Sierracin Corp.*, 108 Wn. 2d 38 (Wash. 1987).

(396)

Así, por ejemplo, se ha sostenido en multitud de ocasiones en la jurisprudencia canadiense, entre otras, en *Cadbury Schweppes INC.* vs *FBI Foods Ltd.*, 1 SCR 142 (1999).

(397)

A. B. CAMPUZANO LAGUILLO y E. SANJUÁN MUÑOZ, «Marco normativo. El concepto de secreto empresarial», en *La protección de secretos empresariales* (dir. A. B. Campuzano Laguillo *et al.*), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 34.

(398)

Concepto criticado por algunos autores por su inconcreción: T. APLIN, «A critical Evaluation of the Proposed EU Trade Secrets Directive», *King's College London Law School Research Papel*, n.º 25, 2014, p. 262. Aunque alabado por otros por la misma razón: J. SALVÀ, «Un secreto a voces en la UE: La nueva protección jurídica del know-how en España», *Derechos Intelectuales*, n.º 25, 2020, p. 155. No obstante, no es un término utilizado por la totalidad de transposiciones de la directiva. Por ejemplo, en Francia el artículo L151-1 del Código de Comercio establece que no debe ser generalmente conocido y accesible «*pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité*»**;** en Italia el artículo 98 del Código de Propiedad Industrial dispone que no debe ser generalmente conocido y accesible «*agli esperti ed agli operatori del settore*».

(399)

P. GUILLÉN MONGE, «Artículo 1…», *loc. cit.* [consultado el 15 de septiembre de 2022]; J. MASSAGUER FUENTES, «De nuevo sobre…», *op. cit.*, p. 54: «[un] *operador medio del sector concernido que no es omnisciente, sino que simplemente tiene un conocimiento general de experto, que no alcanza al conocimiento de todo lo que se ha hecho público, y que tiene un dominio experto, pero no absoluto, de las fuentes de información y conocimiento*»**.**

(400)

FJ 4.º SAP Barcelona, civil, de 10 de septiembre de 2019 (ECLI:ES: APB:2019:10731).

(401)

Esto fue señalado por el CGPJ en su *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Secretos Empresariales* de 22 de marzo de 2018 al indicar que «*se mantiene la incógnita* […] *de dónde se encuentra el límite del conocimiento tolerable para determinar el carácter secreto*».

(402)

Precisamente en el análisis económico del derecho de los secretos empresariales se destaca este factor como uno de sus grandes alicientes frente a las patentes: F. CUGNO y E. OTTOZ, «Trade Secret vs. Broad Patent: The role of licensing», *Review of Law and Economics*, n.º 2, 2006, pp. 209-221; M. F. SCHULTZ y D. C. LIPPOLDT, «Approaches to Protection of Undisclosed Information (Trade Secrets)», *OECD Trade Policy Papers*, n.º 162, 2014, p. 13. Piénsese, *v. gr.,* en la receta de *Coca-Cola* y *Pepsi.*

(403)

De manera muy criticable se mantuvo en el mencionado FJ 4.º de la SAP Barcelona, civil, de 10 de septiembre de 2019 (ECLI:ES: APB:2019:10731) que «*quien reivindica ser el titular de*

una información secreta, deberá de alegar y probar que es secreta […]. *Lo que implica que alegue y pruebe que dicha información ni sea generalmente conocida ni sea fácilmente accesible por sus usuarios habituales.* […] *parece razonable sostener que el titular debería de alegar y probar el conocimiento general común en ese momento, así como la novedad técnica de la información secreta respecto de dicho conocimiento*». El titular no debe probar la novedad técnica de su información o conocimiento, debe probar que no es conocido generalmente. En sede de secretos empresariales no estamos analizando su novedad, sino su secretismo.

(404)

FJ 4.º SAP Barcelona, civil, de 4 de febrero de 2021 (ECLI:ES: APB:2021:400).

(405)

Bajo la anterior regulación, *vid.* FJ 5.º SAP Madrid, civil, de 14 de octubre de 2011 (ECLI:ES: APM:2011:15159): «*la información es secreta cuando los terceros y, especialmente, los terceros interesados, en disponer de ella, no tienen conocimiento en general de la misma, bien de la totalidad de la información, bien de una parte esencial de la misma o bien del resultado de la interacción de las partes*»**.**

(406)

J. MASSAGUER FUENTES, «De nuevo sobre…», *op. cit.*, p. 55.

(407)

P. GUILLÉN MONGE, «Artículo 1…», *loc. cit.* [consultado el 15 de septiembre de 2022].

(408)

FJ 5.º SAP Barcelona, civil, de 30 de julio de 2021 (ECLI:ES: APB:2021:10117).

(409)

Idea recogida por el FJ 2.º SAP Pontevedra, civil, de 13 de junio de 2012 (ECLI:ES: APPO:2012:1795) y con anterioridad por la doctrina: J. MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley…*, *loc. cit.* [consultado el 10 de junio de 2022].

(410)

A. SUÑOL LUCEA, *El secreto…*, *op. cit.*, pp. 190-191.

(411)

Hui Kun LI vs Shuman, 5:14-cv-0030 (*W.D.Va*. 2016). En el mismo sentido se resolvió el caso canadiense *Québec INC.,* vs *Thailyn*, CanLII 29935 QC CS (2003).

(412)

Katiroll Co. vs Kati Junction, Inc., 14-CV-1750 SAS (S.D.N.Y. 2015).

(413)

Hutchinson vs KFC Corp., 51 F.3d 280 (9th 1995).

(414)

V. gr., en el caso estadounidense *Peggy Lawton Kitchens, Inc. vs Hogan*, 532 N.E.2d 54 (Mass. 1989) se consideró que una receta de galletas de chocolate era protegible por los secretos empresariales porque se le añadía virutas de nueces, lo que aportaba algo que las diferenciaba de cualquier otra receta de galletas de chocolate.

(415)

En el caso canadiense *Cadbury Schweppes INC.* vs *FBI Foods Ltd.*, 1 SCR 142 (1999) el tribunal consideró que, si una receta no es especialmente complicada, un experto tardaría como mínimo un año en poder descubrir cuáles son todos los ingredientes.

(416)

K. M. SAUNDERS y V. FLUGGE, «Food for thought…», *op. cit.*, p. 162: «*los métodos y conceptos básicos de cocina no pueden ser protegidos por el secreto empresarial porque o son conocidos o es muy sencillo llegar a conocerlos*».

(417)

Buffets, Inc. vs Klinke, 73 F.3d 965 (9th Cir. 1996). Puede ser todavía más anecdótico el caso *Vraiment Hospitality, LLC vs Binkowski*, 8:11-cv-1240-T-33TGW (M.D. Fla. 2012), donde, a pesar de que un perito consideró que la receta presentaba un ingrediente secreto que le daba singularidad, el tribunal, tras saber cuál era el ingrediente secreto, consideró que era un ingrediente común y que su utilización no podía considerarse como no conocida. Estas decisiones han sido criticadas por entender que los jueces deberían contar con ayuda técnica para determinar cuándo un ingrediente es o no obvio: P. DIAZ y D. RUTHERFORD, «Restaurant Espionage: When recipes are not trade secrets», *The Cornell Hotel and Restaurant Administration Quarterly*, n.º 1, 1997, pp. 44-45. ¿Debería haberse valido el juez de los conocimientos técnicos externos al no tenerlos él o deberían las partes haber demostrado que no era obvia la información secreta?

(418)

C. B. KING y B. V. WARREN, «IP Protection for Recipes», *The Licensing Journal*, n.º 10, 2019, p. 4.

(419)

Learning Curve Toys, Inc. vs Playwood Toys, 342 F.3d 714 (7th Cir. 2003).

(420)

K. M. SAUNDERS y V. FLUGGE, «Food for thought…», *op. cit.*, p. 161. Por ejemplo, el pastelero francés Cédric Grolet, famoso por sus postres con forma de fruta, realmente tendrá complicado proteger como secreto empresarial tales diseños, pero sí que podrá proteger como secreto todo el proceso técnico para llegar a mostrarnos tal diseño. En este sentido, respecto del diseño de pasteles, se pronuncia: H. BROWN, «Having your cake…», *op. cit.*, p. 51.

(421)

P. GUILLÉN MONGE, «Artículo 1…», *loc. cit.* [consultado el 15 de septiembre de 2022].

(422)

F. CARBAJO CASCÓN, «Violación de secretos, inducción y aprovechamiento de la infracción contractual e infracción de normas», en *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad* (coord. J. A. García-Cruces González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 1538. Lo mismo se mantiene en el FJ 6.º SJM Barcelona, de 6 de marzo de 2014 (ECLI:ES: JMB:2014:4087). En cambio, Galán Corona entiende que no es necesario que haya una ventaja competitiva, pues el secreto tiene valor únicamente por ser secreto, con independencia de que reporte o no una ventaja a su titular: E. GALÁN CORONA, «Artículo 13. Violación de secreto», en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal* (dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 358.

(423)

Entre otros: J. A. GÓMEZ SEGADE, *El secreto…*, *op. cit.*, pp. 238-249. Entre otras: SAP Madrid, civil, de 9 de junio de 2004 (ECLI:ES: APM:2004:8479),

(424)

No obstante, Alemania es el único país de los 27 que en la transposición de la mencionada directiva ha incluido ese interés legítimo como un requisito más. Así, el artículo 2 de la Ley de Secretos Empresariales de Alemania –*Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen*– contempla que para proteger la información como secreto empresarial es necesario que «*exista un interés legítimo para la confidencialidad*». Lo cual puede llegar a resultar

problemático al establecer un requisito más restrictivo y sin que en el texto que se debía transponer se hubiera recogido como tal. Lo cual, en un momento u otro, terminará siendo resuelto por el TJUE.

(425)

P. GUILLÉN MONGE, «Artículo 1…», *loc. cit.* [consultado el 15 de septiembre de 2022].

(426)

FJ 4.º SAP Vizcaya, civil, de 23 de abril de 2019 (ECLI:ES: APBI:2019:1397).

(427)

FJ 4.º STS, civil, de 4 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1568).

(428)

A. SUÑOL LUCEA, *El secreto…*, *op. cit.*, p. 186.

(429)

Para un estudio doctrinal y jurisprudencial reciente, *vid.* S. GRIMES y S. MURPHY, «Reasonable Measures for protecting trade secret: A primer»*, Law 360*, 2019, disponible en *https://www.law360.com* [consultado el 10 de septiembre de 2022]; de fechas anteriores: V. A. CUNDIFF, «Reasonable measures to protect trade secrets in a digital environment», *IDEA-The Intellectual Property Law Review*, n.º 3, 2009, pp. 359-410; P. P. PHILLIPS, «The Concept of Reasonableness in the Protection of Trade Secrets», *The Business Lawyer*, n.º 4, 1987, pp. 1045-1051. En la doctrina española, *vid.* SUÑOL LUCEA, Aurea: *El secreto…*, *op. cit.*, pp. 172-186.

(430)

Solid Wood Cabinet Co. vs Partners Home Supply, 13-3598 (*E.D.Pa*. 2015).

(431)

Opus Fund Servs. (USA), LLC. vs Theorem Fund Servs., LLC, 17 C 923 (N.D.Ill. 2018).

(432)

Bison Advisors LLC vs Kessler, 14-3121 (D.Minn. 2016); *Bumper Man, Inc. vs Smit*, 3:15-CV-02434-BF (N.D. Tex. 2017).

(433)

Yellowfin Yachts, Inc. vs Barker Boatworks, LLC., 898 F.3d 1279 (11th Cir. 2018).

(434)

McIntyre vs BP Exploration & Prod., Inc., 138 S. Ct. 2609 (2018).

(435)

Elmer Miller, Inc. vs Landis, 253 Ill. App. 3d 129 (Ill. App. Ct. 1993): «*Las medidas razonables para un taller de dos o tres personas pueden ser diferentes de las medidas razonables para una empresa más grande*». Puede resultar ejemplificativa de esta subjetividad el FJ 3.º de la SAP Barcelona, civil, de 13 de enero de 2009 (ECLI:ES: APB:2009:239), pues en ella se afirmó que las medidas adoptadas eran razonables, consistiendo estas en «*que la información se guardara solo en papel y no en soporte informático y que fuera custodiada por una sola persona*», aunque tuvieran acceso a ella tres superiores. En un mismo sentido, se ha pronunciado la doctrina francesa, abogando por entender que la protección dependerá del tamaño de la empresa y de sus características: N. DOSTERT y T. LAUTIER, «La protection du secret des affaires: quelles conséquences sur la propriété intellectuelle?», *Revue Propriétés Intellectuelles*, n.º 71, 2019, pp. 6-18.

(436)

La jurisprudencia las ha clasificado entre legales –acuerdos de confidencialidad, relaciones

laborales, pactos de no competencia–, técnicas –desde cajas fuertes a sistemas de seguridad informáticos– y organizativas: A. SUÑOL LUCEA, *El secreto…*, *op. cit.*, pp. 159-167; P. GUILLÉN MONGE, «Artículo 1…», *loc. cit.* [consultado el 15 de septiembre de 2022]; T. E. FONT ACUÑA, «La razonabilidad de las medidas de protección en el secreto empresarial», *Propiedad Intelectual*, n.º 20, 2017, pp. 154-156, 160-165.

(437)

FJ 5.º SAP Barcelona, civil, de 13 de julio de 2005 (ECLI:ES: APB:2005:12269).

(438)

A. ARROYO APARICIO, «Secretos empresariales en el ordenamiento español: La Ley 1/2019, transposición de la Directiva 2016/943», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11, 2019, pp. 83-103.

(439)

De un modo similar se pronunciaron los tribunales estadounidenses en el caso *In re Dippin' Dots Patent Litigation*, 249 F. Supp.2d 1346 (*N.D.Ga*. 2003), al entenderse que la información no era un secreto porque la empresa durante cuatro años había estado discutiendo con agentes del sector, incluido competidores, su nuevo proceso de congelación de helados por lo que no se podía sostener que fuera secreto, pues se había divulgado.

(440)

En el caso canadiense *Santé Naturelle Ltée v. Produits de Nutrition Vitaform Inc.*, 5 C.P.R. (3d) 548 (1985) se sostuvo que no implicaba una obtención ilícita el hecho de que se hubiera sacado la receta secreta realizando ingeniería inversa a través del listado de ingredientes que legalmente se debía publicar.

(441)

Al respecto puede ser paradigmático el ejemplo de la famosa *Tarta Sacher Original* del Hotel Sacher de Viena. Prácticamente en todo café de Austria se sirve esta famosa tarta de chocolate, sin embargo, solo el hotel puede decir que es la original. Además, se afirma que la receta está guardada bajo llave, cada empleado solo realiza una elaboración y firman cláusulas de confidencialidad, por las que pagarían más de cien mil euros en caso de incumplimiento, *vid.*https://www.diepresse.com/297183/die-sacher-torte-feierte-175-geburtstag [consultado el 19 de septiembre de 2022]. También, en el caso estadounidense *Magistro vs J. Lou, Inc.*, 703 N.W.2d 887 (Neb. 2005), aunque no se consiguiera probar que se dieran todos los requisitos para ser considerada la receta secreta, el tribunal sí que entendió que el cocinero había establecido una serie de medidas razonables para la protección como, por ejemplo, que él realizaba de manera separada el contenido de las salsas, dándole a los empleados su contenido en bolsas herméticas a las que solo había que añadir agua, pero sin que estos supieran qué ingredientes llevaban o en qué cantidades.

(442)

Aunque se resolvió extrajudicialmente, el caso de la cocinera estadounidense Rebecca Charles realmente se basaba en la realización de una receta en otro restaurante, a pesar de que se había firmado una cláusula de confidencialidad: C. M. GERMAIN, «Don't Steal my…», *op. cit.*, p. 22 [consultado el 21 de septiembre de 2022]. Otro ejemplo de ello lo encontramos en la jurisprudencia francesa. En la *arrêt de la Cour d'Appel de Colmar, 27 août 2008, Poeles de Carottes* vs *Sarl au Potiron* se consideró que el empleado podía utilizar las recetas del restaurante en el que había trabajado porque no estaba sujeto a ninguna cláusula de confidencialidad. Por otro lado, resulta fundamental que la cláusula de confidencialidad se redacte de manera clara y precisa, sin posibilidad de ambigüedades y sin que la misma pueda ser declarada nula. Sobre este análisis en la gastronomía, *vid.* S. SEGAL, «Keeping it in the Kitchen: An Analysis of Intellectual Property Protection Through Trade Secrets in the Restaurant Industry», *Cardozo Law Review*, n.º 4, 2016, pp. 1544-1556. Precisamente, en el caso comentado en sede de derechos de autor, *Vásquez* vs *Ybarra…* el tribunal consideró que no se podía defender que fuera un secreto empresarial la información porque el acuerdo de confidencialidad, que había sido oral, no dejaba claro cuál era su objeto y se había informado

de su aplicación tras haber despedido a los trabajadores.

(443)

El cocinero Homaro Cantu, por ejemplo, lo hacía firmar en su restaurante: E. CUNNINGHAM, «Protecting Cuisine…», *op. cit.*, p. 50.

(444)

Por ejemplo, en el caso estadounidense *205 Corp. vs Brandow*, 517 N.W.2d 548 (Iowa 1994), el tribunal consideró que había quedado más que probado que las medidas implementadas por el titular eran más que razonables. Diaz y Rutherford realizaron un estudio entero de los pasos que se debían seguir para que un restaurante protegiera razonablemente sus recetas: P. DIAZ y D. RUTHERFORD, «Restaurant Espionage…», *op. cit.*, pp. 43-50. Mientras que Reebs sostiene que es realmente complicado establecer medidas razonables de protección, opinión que no comparto, puesto que considero que, atendiendo a las circunstancias concretas del restaurante, tanto las medidas de carácter legal o contractual como otras de carácter físico u organizativo servirían para establecer medidas razonables en un restaurante: C. REEBS, «Sweet or Sour…», *op. cit.*, p. 57.

(445)

J. MASSAGUER FUENTES, «De nuevo sobre…», *op. cit.*, p. 59.

(446)

FJ 6.º STS, civil, de 21 de febrero de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:1324).

(447)

FJ 7.º SAP Oviedo, civil, de 21 de junio de 2021 (ECLI:ES: APO:2021:2465).

(448)

Creo que este último criterio es cuestionable. El hecho de que una información sea memorizable no debería ser un criterio suficiente para considerar que dicha información forma parte del bagaje de una persona. El concepto del secreto empresarial en ningún momento se hace depender de su extensión o longitud. Puede haber un secreto empresarial extremadamente breve, pero con un valor millonario. ¿Quién no memorizaría la receta de *Coca-Cola*? La memorización podrá tenerse en cuenta, pero no puede ser un factor determinante como ha mantenido en ocasiones la jurisprudencia de modo directo, aunque bajo el anterior régimen legal: FJ 4.º de la SAP Barcelona, civil, de 22 de septiembre de 2006 (ECLI:ES: APB:2006:14975).

(449)

A. SUÑOL LUCEA, *El secreto…*, *op. cit.*, p. 257.

(450)

M. M. BUSTILLO SAIZ, *Protección del secreto empresarial en la Directiva (UE) 2016/943 y en la Ley 1/2019*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 105.

(451)

P. GUILLÉN MONGE, «Artículo 1…», *loc. cit.* [consultado el 15 de septiembre de 2022]. Para un estudio más detallado, *vid.* J. MASSAGUER FUENTES, «De nuevo sobre…», *op. cit.*, pp. 60-63. Contrariamente, Suñol Lucea ha señalado que la experiencia profesional estará constituida por aquellos secretos que «como consecuencia de estar inextricablemente unidos a la experiencia, capacidad y otros conocimientos inseparables de una persona, prohibirles su uso, bien les impediría desarrollar la actividad para la que están profesionalmente preparados, bien conduciría a una limitación excesiva al desarrollo de su capacidad personal y profesional»: A. SUÑOL LUCEA, «*Skill and knowledge* y secretos empresariales (II)», *Almacén de Derecho*, 11 de abril de 2016, disponible en *https://www.almacendederecho.org* [consultado el 28 de julio de 2022].

(452)

Québec INC. vs *Thailyn*, CanLII 29935 QC CS (2003).

(453)

Sin ser un supuesto de un cocinero, podemos traer a colación el caso estadounidense *Bimbo Bakeries USA, Inc. vs Botticella*, 613 F.3d 102 (3rd Cir. 2010) –en el mismo sentido, también se resolvió en el caso *PepsiCo, Inc. vs Redmond*, 54 F.3d 1262 (7th Cir. 1995) –. En él un juez determinó que un directivo conocedor de la receta secreta de unos pasteles de la marca Bimbo no podía comenzar a trabajar inmediatamente en una empresa competidora, pues había un riesgo de que se pudiera utilizar tal información tanto consciente, como inconscientemente, lo que se conoce como doctrina de la *revelación inevitable,* propuesta con matices para España en A. SUÑOL LUCEA, *El secreto…*, *op. cit.*, pp. 346 y ss.

(454)

V. gr., en sede de la abogacía, se establece en el artículo 12.1.III del Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos que «*en ningún caso, la no competencia postcontractual que se establezca puede actuar como limitación general del ejercicio de la profesión de abogado ni como limitación para actuar en los campos o especialidades del derecho a que se dedique el despacho*».

(455)

Un asunto similar, aunque en la industria alimentaria, se resolvió en el caso canadiense *CPC Intl. Inc.* v. *Seaforth Creamery & Joseph Cianciaruso*, 15 O.T.C. 150 GD (1996). CPC era una empresa que se encargaba de la fabricación de la mayonesa de la marca *Hellmann's*. El señor Cianciaruso, tras ser despedido de CPC, comenzó a trabajar para Seaforth, empresa dedicada a la fabricación de mayonesas de marca blanca. Tras la llegada de Cianciaruso a Seaforth, su mayonesa mejoró notablemente, llegando a no presentar diferencias perceptibles con la de *Hellmann's*. Así, CPC interpuso una demanda por violación de sus secretos (la receta) y el tribunal consideró que efectivamente habían sido vulnerados porque un antiguo trabajador, aunque los ingredientes de la receta fueran públicos por normativa legal, no puede aplicar la información secreta de la receta, esto es, las cantidades de ingredientes y la forma de obtener su singular textura.

(456)

M. L. LLOBREGAT HURTADO, *La protección del secreto empresarial en el marco del derecho de la competencia (una aproximación al concepto de secreto empresarial en derecho norteamericano)*, Cedes, Barcelona, 1999, pp. 125 y ss.

(457)

M. F. SCHULTZ y D. C. LIPPOLDT, «Approaches to…», *op. cit.*, pp. 13 y ss.; J. POOLEY, «Trade Secrets», *Law Journal Seminars-Press*, Nueva York, 1997, pp. 32-40.

(458)

S. K. SANDEEN, «The Cinderella of Intellectual Property Law: Trade Secrets», en *Intellectual Property and Information Wealth: Issues and Practices in the Digital Age* (ed. P. K. YU), Praeger Perspectives, Westport, p. 399.

(459)

La doctrina anglosajona es la que más ha trabajado esta cuestión, destacando cinco teorías principales: i. que el secreto empresarial es una consecuencia directa de la titularidad de un derecho de propiedad; ii. que su protección se deriva de los principios generales de justicia que rigen nuestros ordenamientos; iii. que es una consecuencia del derecho de competencia desleal como efectiva medida para paliar el ejercicio desleal en el mercado; iv. que tiene naturaleza contractual; y v. que se trata de una amalgama de diversos motivos que tienen como único objetivo la protección de la información: R. G. BONE, «A new look at Trade Secret Law: Doctrine in search of justification», *California Law Review*, n.º 82, 1998, pp. 251-257; E.

R. CLAEYS, «Private Law Theory and Corrective Justice in Trade Secrecy», *Journal of Tort Law*, n.º 4, 2011, p. 3. En la doctrina estadounidense, se viene entendiendo que es un derecho de propiedad, si bien con dos variantes: i. que es un auténtico derecho de propiedad [se basan en el caso *Ruckelshaus* vs. *Monsanto Co., US Supreme Court*, 467 US 986 (1984), donde se señaló que los secretos empresariales podían ser objeto de diversos negocios jurídicos]; y ii. que es una forma particular de propiedad por sus limitaciones, al no otorgar un derecho de exclusividad [se basan en el caso *Peabody vs Norfolk*, 98 Mass. 452 (1868), en el que se mantuvo que el titular de un secreto empresarial no tiene un derecho de exclusividad, pero que tiene una propiedad que será defendida por los tribunales frente a la utilización u obtención ilícita de su secreta]. *Vid.* M. P. SIMPSON, «The future of Innovation: Trade secrets, Property Rights, and Protectionism – an Age-Old Tale», *Brooklyn Law Review*, n.º 3, 2005, p. 1122; O. LOBEL, «Filing for a Patent Versus keeping your invention a trade secret», *Harvard Business Review*, disponible en *https://hbr.org*. [consultado el 29 de agosto de 2022]; R. G. BONE, «A new look…», *op. cit.*, p. 254; J. CHALLY, «The Law of Trade Secrets: Toward a More Efficient Approach», *Vanderbilt Law Review*, n.º 4, 2004, p. 1274.

(460)

P. PORTELLANO DÍEZ, «Artículo 13», en *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal* (dir. F. Martínez Sanz), Tecnos, Madrid, 2009, p. 219.

(461)

J. MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley…*, *loc. cit.* [consultado el 10 de septiembre de 2022].

(462)

A. ZUECO PEÑA, «Artículo 2», en *Comentarios a la Ley de Secretos Empresariales* (coord. J. M. Lissén Arbeloa), Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2020, disponible en *https://www.laleydigital.es* [consultado el 6 de septiembre de 2022].

(463)

Magistro vs J. Lou, Inc… Se señala tal posibilidad, en relación con la gastronomía en K. M. SAUNDERS y N. GOLDEN, «Skill or Secret? The Line Between Trade Secrets and Employee General Skills and Knowledge**»,** *New York University Journal of Law and Business*, n.º 1, 2018, pp. 75 y ss.

(464)

FJ 2.º STS, civil, de 20 de julio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3025). En cambio, en EE. UU. se sigue el criterio contrario: *Magistro vs J. Lou, Inc…*

(465)

S. ROBERT GUILLÉN, *La protección jurídica…*, *op. cit.*, p. 326.

(466)

V. gr. C. J. BUCCAFUSCO, «On the Legal…», *op. cit.*, pp. 1152-1153.

(467)

Vid. L. DÍAZ MADURGA, «La historia de la tortilla vaga: de Rafael Moneo a plato icónico de Madrid», *National Geographic*, 16 de enero de 2022: «*Por más que ha sido copiada, reformulada y reinventada, la tortilla vaga siempre será la receta más representativa de Sacha Hormaechea y de su restaurante*».

(468)

Vid. I. MORÁN, «El restaurant que inventó el mítico postre 'Pijama'», *20 Minutos*, 19 de julio de 2016.

(469)

M. LAWRENCE, «Edible plagiarism…», *op. cit.*, p. 208.

(470)

S. ROBERT GUILLÉN, *La protección jurídica…*, *op. cit.*, p. 329.

(471)

E. FAUCHART y E. HIPPEL, «Norms-Based…», *op. cit.*, p. 188.

(472)

Vid. B. ZARIN, «Knead to…», *op. cit.*, p. 198: Si un cocinero tuviera una receta de salsa secreta en la que emplea 20 especias, podría para proteger el secreto –si quisiera– no revelar toda la receta a un compañero o al público, sino 10 de las especias utilizadas. De este modo, el cocinero al que se le ha revelado esa información parcial podría desarrollar nuevas recetas de esa salsa, personalizarla o experimentar con posibles cambios de ingredientes. En definitiva, el titular seguiría manteniendo el secreto, pues el núcleo sigue siendo indescifrable, pero, al mismo tiempo, fomentaría la creatividad de los demás cocineros que partan de la receta secreta.

(473)

F. CUGNO y E. OTTOZ, «Trade Secret…», *op. cit.*, p. 13.

(474)

Afirma Robert Guillén, parafraseando a Baylos Corroza, que, «si Edison no hubiera ideado la lámpara incandescente, otro la hubiese inventado, mientras que, si Cervantes no hubiese creado el Quijote, la obra aún estaría sin escribir. A lo que añadimos nosotros que, si Juan Mari Arzak no hubiera creado su *Caldo frío y piedra pómez*, Ferran Adrià su *Menestra de verduras en texturas* o Jordi Roca su *Gol de Messi*, hoy no se habrían creado»: S. ROBERT GUILLÉN, *Alta cocina…*, *op. cit.*, p. 79. Y es cierto que creemos que esos platos son absolutamente creaciones dependientes de sus autores, pero, no obstante, Émile Borel desarrolló a principios del siglo XX su *Teorema del mono infinito*, según el cual, en definitiva, si un mono escribiera teclas al azar durante un tiempo infinito, podría llegar a escribir obras completas, poniéndose de ejemplo, las de Shakespeare. Y finalmente, no con monos reales, sino con monos virtuales, lo consiguió demostrar Jesse Anderson. Lo cual hace que uno se pueda replantear hasta qué punto la originalidad o la creatividad están tan relacionados con las características personales de su autor: M. HIDALGO PÉREZ, «Las obras de Shakespeare escritas por 'monos virtuales' cumplen 10 años», *El País*, 24 de octubre de 2021.

(475)

D. J. GANZ, «Intellectual Property…», *op. cit.*, pp. 145-146.

(476)

M. G. HYLAND, «A Taste of the…», *op. cit.*, p. 180.

(477)

K. M. SAUNDERS y V. FLUGGE, «Food for thought…», *op. cit.*, p. 184.

(478)

D. J. GANZ, «Intellectual Property…», *op. cit.*, p. 146.

(479)

J.-C. GALLOUX, « Secrets des affaires et propriété intellectuelle «, *Dalloz IP/IT*, n.º 654 (2018), p. 666.

© Fundación Profesor Uría, 2024© Editorial Aranzadi, S.A.U.© Portada: Fundación Profesor Uría