

Grado en Derecho

Trabajo de Fin de Grado (21067/22747)

Curso académico 2022-2023

EL ARTE DE LA GASTRONOMÍA

LA PROTECCIÓN DE LAS CREACIONES CULINARIAS POR LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Rut Alemany Garrido

231252

Tutora del trabajo:

Paz Soler Masota



**Universitat
Pompeu Fabra
Barcelona**

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD

Yo, *Rut Alemany Garrido*, certifico que el presente trabajo no ha sido presentado para la evaluación de ninguna otra asignatura, ya sea en parte o en su totalidad. Certifico también que su contenido es original y que soy el único autor, no incluyendo ningún material anteriormente publicado o escrito por otras personas salvo aquellos casos indicados a lo largo del texto.

Como autora de la memoria original de este Trabajo de Fin de Grado autorizo a la UPF a depositarla y publicarla en el e-Repository: Repositori Digital de la UPF, <http://repositori.upf.edu>, o en cualquier otra plataforma digital creada por o participada por la Universidad, de acceso abierto por Internet. Esta autorización tiene carácter indefinido, gratuito y no exclusivo, es decir, soy libre de publicarla en cualquier otro sitio.

Rut Alemany Garrido

Barcelona, a 29 de mayo de 2023

RESUMEN

En el presente trabajo se aborda la cuestión de la protección por la Propiedad Intelectual de las creaciones culinarias como productos resultantes del esfuerzo personal y creativo de sus autores. Con el estudio del “arte de la gastronomía” pretendo sacar a la luz la obra intelectual que conforma una creación gastronómica, examinando su originalidad y las tres formas que permiten representarla: la receta, el plato y el sabor.

Partiendo del dinamismo histórico que caracteriza el concepto de creación original y su falta de estabilidad según el contexto sociocultural en el que nos encontremos, caminaremos a través del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española para ver su enfoque jurídico, así como por las diferentes opiniones jurisprudenciales y doctrinales que circulan tanto a nivel nacional como internacional.

Palabras clave: Propiedad Intelectual, gastronomía, obra culinaria, originalidad y creatividad.

AGRADECIMIENTOS

En agradecimiento a mi tutora, *Paz Soler Masota*, por haber sido luz en este camino y reflejo de exigencia.

A mis *padres*, quienes con su apoyo incondicional y su amor sin medida han sido ejemplo e inspiración.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	1
II. LAS CREACIONES CULINARIAS	4
2.1. LA MATERIALIZACIÓN DE LAS OBRAS CULINARIAS	4
2.2. LA OBRA CULINARIA COMO CREACIÓN PROTEGIBLE	6
III. CRITERIOS DE PROTECCIÓN DE LAS OBRAS CULINARIAS	8
3.1. LA ORIGINALIDAD DE LA OBRA CULINARIA.....	8
3.1.1. <i>En abstracto: La originalidad de la obra</i>	8
3.1.2. <i>En concreto: La originalidad de la creación gastronómica</i>	10
3.2. LA RECETA (FORMA REPRESENTATIVA).....	12
3.3. EL PLATO (FORMA VISUAL).....	15
3.4. EL SABOR (FORMA GUSTATIVA)	19
IV. CONCLUSIONES	23
V. BIBLIOGRAFÍA	25

I. INTRODUCCIÓN

Una experiencia gastronómica no solo depende del sabor de la comida, sino que hay una variedad de factores que se deben tener en cuenta para que esta experiencia sea memorable. A medida que el mundo gastronómico se envuelve de más sofisticación, la creatividad y las ideas innovadoras se fusionan en el plato, al igual que las obras de arte en un lienzo. No obstante, las implicaciones que tiene dotar a la gastronomía de estos rasgos se revelan de forma inherente en el ámbito de la Propiedad Intelectual que deberá responder a la gran cuestión: ¿se puede ofrecer protección a las creaciones de origen gastronómico?

El interés por la tutela de la gastronomía es un tema de máxima actualidad fruto de las necesidades de todos aquellos involucrados en los procesos de creación y comercialización de la gastronomía. Desde esta perspectiva, hay una cierta cristalización de iniciativas que no son jurídicas, pero que tienen su valor, así como el patrimonio cultural, el Registro de creaciones culinarias de ámbito nacional y el Código deontológico de la gastronomía española¹.

Sin embargo, nuestro planteamiento aquí es conocer a través de la protección que ofrece el ordenamiento jurídico español hasta dónde puede llegar la protección de una creación gastronómica. Por lo tanto, sin perjuicio de consideraciones colaterales, nos centraremos en el estudio de la legislación española pese a tener que hacer referencia obligada a aportaciones del derecho comparado.

¹ En primer lugar, a través de la Ley española 10/2015, de 26 de mayo, para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, se busca salvaguardar las prácticas que se llevan a cabo en territorio español y que tienen un valor intrínseco precisamente por lo que respecta a su ubicación territorial. Teniendo en cuenta que una parte de la cultura de cada país se refleja en sus platos tradicionales, las obras gastronómicas se están abriendo paso en su reconocimiento como patrimonio cultural por su necesaria diferenciación y especialidad respecto al resto de los países.

En segundo lugar, el artículo 145 TRLPI deja a merced de la voluntad del autor de una creación original la posibilidad de inscribirla en el Registro de la Propiedad Intelectual. En este sentido, en el dominio gastronómico se ha llegado a la creación de un Registro de obras culinarias en diversos países, pero siempre cumpliendo con la exigencia de que la obra culinaria se plasme en un soporte, ya sea tangible o intangible. A este propósito, Francia, cuenta con un *Conservatoire National de Cuisine* creado por la *Académie Nationale de Cuisine* donde se depositan las creaciones e innovaciones gastronómicas. Asimismo, España debería seguir el mismo camino que nuestro país vecino, al ser uno de los países con una creatividad e innovación gastronómica exponencial para así dar a conocer al creador de aquella obra única y registrada como tal por los expertos legítimos en el sector.

En último lugar, una última posible vía de protección sería enfocarlo desde la ética deontológica para así establecer una serie de normas sociales en el marco de la gastronomía que pretendan regular la propiedad intelectual de las creaciones gastronómicas y así limitar aquellas conductas reprochables para conseguir salvaguardar los intereses morales y materiales de los creadores gastronómicos. Con estas normas tendríamos un reconocimiento público de los valores y deberes que han de regir la actuación de los profesionales en el ámbito gastronómico, quedando reforzados por el componente normativo de los mismos.

Ahora bien, para determinar la protección de las creaciones gastronómicas debemos empezar por examinar el concepto de “obra culinaria”. Una obra culinaria es una creación gastronómica concebida por un cocinero que se manifiesta de forma visual en un plato y que está destinada a ser consumida por un comensal, quien, al degustarla, aprecia el sabor y el aroma que esta desprende. Si la obra culinaria se reviste de originalidad, puede también dar a conocer al comensal el sello propio de su autor.

A lo largo del trabajo iremos desengranando los elementos que componen esta definición para comprender por qué la gastronomía es un arte.

Por otro lado, como ha ocurrido en tantos otros ámbitos, la gastronomía ha sufrido una transformación sustancial a lo largo de la historia. Tradicionalmente, la cocina se concebía como una artesanía, una simple actividad artesanal consistente en servir platos de cocina tradicional. No obstante, durante el siglo XIX y XX el arte se empezó a fusionar con la gastronomía² para que, ya en pleno siglo XXI, la percepción del sector culinario diera un cambio significativo. Asimismo, actualmente, el cocinero ya no es considerado un artesano, sino un artista.

La gastronomía refleja innovación, libertad, creatividad... notas características de la evolución social y cultural que ha tenido lugar en todos los países del mundo y que, como consecuencia, también ha dejado su huella en el ámbito gastronómico. Ahora bien, ya no solo desde el punto de vista del cocinero, sino también, en el otro lado de la cocina, ha habido un incremento de conciencia social entre los consumidores respecto de estas nuevas manifestaciones de la cultura que son merecedoras de protección.

Esta nueva percepción de la gastronomía como arte, nos permite diferenciarla de la simple alimentación al dar un paso más allá: se plasma la gastronomía en el arte de la preparación y presentación de los alimentos que, aunque parte de la necesidad humana de alimentarse, el objetivo final es el hacerlo bien durante todo el procedimiento para conseguir la creación de una obra

² Mirando hacia atrás, la comida siempre ha jugado un papel en el arte. Durante el Renacimiento, Giuseppe Arcimboldo, un pintor de Viena, pintó retratos donde los rasgos faciales estaban compuestos de frutas, verduras y flores.

Pero poniendo el foco en la gastronomía como un arte, Filippo Tommaso Marinetti fue el primer artista en la era moderna en pensar en la preparación y el consumo de alimentos como un arte. En su libro, *The Futurist Cookbook*, no trataba simplemente de un conjunto de recetas, sino que el libro prescribía los elementos necesarios para una comida perfecta. Tal comida tenía que presentar originalidad, armonía, aroma y el cocinero debía emplear equipos de alta tecnología para preparar la comida.

culinaria, desde la producción de los alimentos a su presentación en la mesa. Por tanto, no hay gastronomía sin la calidad ni la técnica llevada a cabo por los cocineros.

De este modo, gracias a la creciente conciencia respecto a esta nueva impresión de la gastronomía, pretendo sacar a la luz las cuatro características esenciales de los platos gastronómicos que abren la puerta a su posible protección por la Propiedad Intelectual: la originalidad de la obra culinaria, su forma representativa, su forma visual y su forma gustativa. Para ello, antes de todo, me enfocaré en el concepto de “obra culinaria” para diferenciarlo de las meras ideas y para demostrar el posible amparo de este por la Ley española de Propiedad Intelectual.

Todo ello me permitirá dar respuesta jurídica a la pregunta hecha en el primer párrafo y así dar pie a la posibilidad de establecer un fundamento razonable que demuestre que la creatividad que engloba el arte culinario merece de protección.

II. LAS CREACIONES CULINARIAS

2.1. La materialización de las obras culinarias

Entrando en el marco de la legislación española, las posibilidades de protección de las obras culinarias se deben dirimir al amparo de la Ley de Propiedad Intelectual³. En ella no se encuentra una referencia explícita a la gastronomía en su globalidad, aunque sí hay ciertas actividades en el ámbito gastronómico que quedan protegidas⁴.

Por lo tanto, si bien cierto es que dichas actividades quedan claramente amparadas por esta ley, no con ello obtenemos protección de la obra culinaria en sí. Pero como ya veremos en el próximo apartado con más detalle, esto es debido a que la ley de Propiedad Intelectual establece una lista abierta para definir su objeto de protección y, en este sentido, no tiene por qué hacer una referencia expresa a todos los posibles elementos que entran dentro de su ámbito de protección.

Ahora bien, resulta esencial como primer paso para poder proteger las obras culinarias, ver si estas pueden ser concebidas más allá de una mera idea de su autor⁵. Su importancia radica en que el Derecho de autor no protege las meras ideas como tales, sino su materialización. En este sentido, existen dos momentos de especial relevancia en la Ley de Propiedad Intelectual: el momento de la concepción de la obra y el momento de su ejecución. Si bien la visión académica tradicional vigente es que han de darse ambos pasos para la protección de las obras por el Derecho de autor, cada uno de ellos incide de forma distinta según la obra. Mientras que en las obras artísticas tiene verdadera incidencia la ejecución personal del autor, en las obras literarias pierde relevancia la capacidad de ejecución del escritor y la importancia reside en la cualidad de la obra creada. De igual forma, en la complejidad de hablar de la protección de una obra culinaria, tiene más peso la

³ 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.

⁴ Libros de recetas, revistas y blogs gastronómicos, entre otros, que quedan protegidos por el artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual al tratarse de obras literarias protegibles.

⁵ En cuanto al vocablo “idea”, debemos tener en cuenta su imprecisión terminológica, ya que esta tiene incidencia en las posibilidades de protección de las ideas por el Derecho de autor. A causa del carácter polisémico de esta palabra, puede hablarse de “idea” como una concepción mental no expresada o mero pensamiento que se ordena en la imaginación, una representación mental de una obra ya exteriorizada, o como el elemento central de un discurso destinado precisamente a explicar esa idea. Sin embargo, puede darse el caso de que una idea se acomode a la noción de estructuración básica de una obra, como, por ejemplo, la ordenación de los datos. De ser así, debemos evitar subsumir el término “idea” en tal concepción porque, en tales circunstancias, estamos hablando de la forma en la que se precisa la idea y no de la idea en sí.

concepción que la ejecución. Si desde la mera concepción la creación es traducible solamente como una mera idea, no puede dar el siguiente paso.

Inciendo en este primer paso, para que las ideas puedan constituir una propiedad privativa que permita que se les aplique las disposiciones legales que regulan el dominio, es preciso que se manifiesten en un soporte. Sin esta materialización, las ideas no pueden ser protegidas frente la apropiación de ellas por terceros. Esto se debe a que no existe precepto legal que ofrezca dicha protección y, además, a causa de la naturaleza de la mente humana, la cual impide que el mero pensamiento, que no se encuentra formalizado en ninguno de los moldes que brinda la Ley de Propiedad Intelectual, pueda ser atribuido de forma exclusiva y excluyente a un solo individuo y otorgarle las herramientas contenidas en la esfera coercitiva del derecho para alegar la correspondiente infracción e indemnización⁶.

Todo ello pone de manifiesto que el Derecho de autor no protege los contenidos que puedan llegar a expresarse, sino la concreta forma que se selecciona para expresarlos. Por lo tanto, el autor de una obra quedará protegido frente a aquellas actividades donde se utilicen esos contenidos con la misma forma o una forma derivada de las que el propio autor seleccionó para materializar su idea. Así pues, para no sobrepasar las fronteras de protección que marca la Ley de Propiedad Intelectual, cualquier objeto al que se le quiera considerar como obra protegida debe ser dotado de la suficiente concreción expresiva. Esto nos lleva a que, aunque un sujeto haya llevado a cabo una labor altamente creativa y haya logrado concretarla en un objeto dotado de expresión suficiente, no es impedimento bastante frente la utilización por parte de terceros de los contenidos latentes bajo esa forma, si estos otros individuos se sirven de formas totalmente distintas para lograr el mismo resultado, ya que nadie puede afirmar ni probar que el resultado conseguido por ellos sea fruto del esfuerzo intelectual de aquél.

De igual modo, las ideas no nos permiten concretar con claridad su autoría y, en consecuencia, tampoco el plagio de estas. Por consiguiente, intentar proteger elementos tan basales como son las ideas podría comportar un freno para el desarrollo de la cultura y limitaría notoriamente la libertad de expresión, investigación y creación al permitir que un sujeto tuviera el monopolio de las mismas.

⁶ Sentencia de 25 de abril de 1900 y sentencia de 18 de noviembre de 1903 del Tribunal Supremo.

En definitiva, el primer punto a tener en cuenta es que las creaciones culinarias carecen de protección si no han sido materializadas o plasmadas en un soporte que permita exteriorizar la idea del autor. Así viene establecido en el artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual cuando 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, [...] >>.

2.2. La obra culinaria como creación protegible

La “obra”, como protagonista principal de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante ‘TRLPI’), es una creación intelectual del orden artístico, científico o literario, dotada de una forma expresiva original que puede ser tanto tangible como intangible. Aunque el TRLPI solamente hace referencia en su articulado a obras artísticas, científicas o literarias, se trata de una simplificación, porque con ello se quiere englobar a todos aquellos medios que permitan la manifestación del intelecto humano⁷.

A través de estas creaciones, la arquitectura, la música, la cinematografía... se protegen porque el Derecho de autor busca fomentar la creación y la innovación, pero, no solo esto, sino que también busca el respeto de la condición de autor sobre aquella obra, permitiendo que en ella se desprenda su personalidad. Siguiendo este camino, nada obsta que respecto de una obra culinaria se pretenda el reconocimiento de su autor. Como recalcamos en el primer apartado, actualmente la cocina no es lo que era en épocas pasadas. Se habla de “alta cocina”, de “autores”, de “cocina creativa”, lo que ha conllevado una importante inversión en investigación y desarrollo tecnológico en el entorno gastronómico. De este modo, actualmente, las obras culinarias son expresión de la creatividad de sus autores: el resultado de una idea merecedora de protección legal.

El TRLPI no define de forma directa el objeto de protección de la Ley, sino que solamente se limita a calificarlo de forma indirecta, haciendo mención a las creaciones u obras literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte. Por lo tanto, si bien hace una

⁷ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano remarca la impropiedad de interpretar en sentido literal los adjetivos “literarias, artísticas y científicas” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, pg. 164.

delimitación externa del Derecho de autor señalando qué obras son protegibles, no entra a definir el contenido de cada una de ellas.

Asimismo, del propio artículo 10 del TRLPI se desprende que el contenido de estas obras se debe percibir desde una concepción amplia, en consecuencia, como puntualizamos en el apartado anterior, se trata de un *numerus apertus*. Aunque la Ley de Propiedad Intelectual no contenga un precepto que prevea expresamente las obras culinarias, ello no significa que se encuentren huérfanas de tutela jurídica, en tanto en cuanto hay muchas obras que, al igual que esta, pueden ser consideradas creaciones originales del ser humano susceptibles de ser expresadas en un medio o soporte, tangible o intangible, encajando así en la definición que establece el artículo 10, siendo la enumeración que contiene dicho precepto meramente **ejemplificadora**, sin que vede el paso a la obtención de tutela judicial a aquellas obras que todavía son desconocidas por el Derecho de autor⁸.

De hecho, a través del propio artículo 10 TRLPI se protegen obras que se alejan notablemente del concepto de arte, literatura o ciencia, como, por ejemplo, los programas de ordenador. Igualmente, si bien el mismo artículo hace referencia a “creaciones originales”, dicho concepto no es estático ni neutral, sino que va de la mano con los avances sociales y culturales, las modas y los gustos que van marcando cada momento histórico.

Además, el artículo 13 TRLPI expone las creaciones que quedan excluidas de protección y entre ellas no se menciona ni se alude de forma indirecta a las obras culinarias: *<<no son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores>>*.

Por todo ello, si un autor ha tenido una idea culinaria y lo plasma en una elaboración gastronómica, a primera vista, nada le impide poder beneficiarse de los Derechos de autor para proteger su obra.

⁸ SAP A Coruña, de 31 de julio de 2010, sobre la protección del formato televisivo. Otras sentencias en el mismo sentido: Tribunal Supremo, Sala 1ª, en su sentencia núm. 524/2004, de 24 de junio. SAP de Madrid en la sentencia de 21 de julio de 2006 y SAP de Madrid en la sentencia de 16 junio de 2014.

Ahora bien, para poder perfilar con más detalle esta afirmación, en las líneas que se siguen entraremos a examinar cuatro criterios fundamentales para la protección de las obras culinarias.

III. CRITERIOS DE PROTECCIÓN DE LAS OBRAS CULINARIAS

3.1. La originalidad de la obra culinaria

3.1.1. En abstracto: La originalidad de la obra

Para que una obra sea objeto de protección por la Ley de Propiedad Intelectual, aparte de la presencia de un acto de creación, es imprescindible que la obra sea original⁹. Así lo ha venido remarcando la jurisprudencia al señalar que para ello no basta con que la obra sea producida o publicada, sino que debe ser “*hija de la inteligencia, ingenio o inventiva del hombre*”¹⁰, quedando excluidas aquellas obras que por su uso, costumbre o naturaleza son del dominio de todos y quedan fuera del derecho de una persona concreta.

La originalidad que ha de darse en la creación literaria, artística o científica, aun siendo un requisito esencial e imprescindible para que una obra sea tutelada por los Derechos de autor, es, a su vez, el obstáculo más importante al tiempo de entrar a valorar tal rasgo frente a dos obras de considerable similitud¹¹. La Ley de Propiedad Intelectual no define en qué consiste la originalidad, sino que sobre ello se ha pronunciado la doctrina (y ha venido sustentado por la jurisprudencia¹²) dando luz a dos corrientes doctrinales que difieren a la hora de establecer el mejor modo de valoración de la originalidad de una obra: en un sentido objetivo o en un sentido subjetivo.

⁹ Apartado 1 artículo 10 TRLPI, “*son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales*”. Apartado 2 del artículo 10 TRLPI, “*el título de la obra, cuando sea original, [...]*”

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 junio de 1995.

¹¹ En opinión de Sánchez Arísti: <<en nuestra Ley de Propiedad Intelectual no es “seguro atenerse a la literalidad del artículo 10 cuando emplea la expresión “creaciones originales”, puesto que la más probable función del adjetivo parece ser la de establecer un contraste con los otros grupos de obras protegidas (conforme a los artículos 11 y 12 LPI), caracterizadas por tratarse de obras derivadas>>. Vid. Sánchez Arísti, R. (1999). *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*. Granada: Editorial Comares. pg. 251.

¹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de noviembre de 2010: “Precisamente, el requisito de originalidad que ha de darse en la creación literaria, artística o científica para ser objeto de propiedad intelectual ha sido entendido por la doctrina en dos sentidos diferentes, subjetivo y objetivo. En sentido subjetivo se entiende por obra original cuando refleja la personalidad del autor y desde el punto de vista objetivo que considera la “originalidad” como “novedad objetiva” cuando puede afirmarse que nos encontramos ante una creación original”.

En el aspecto objetivo, una obra es original en tanto que se diferencia del resto de las obras ya existentes. Se protege aquello considerado inédito de la aportación llevada a cabo por el autor. Por lo tanto, este punto de vista asimila el atributo de originalidad a la novedad objetiva, entendido este como el hecho de haber creado algo nuevo que no existía anteriormente y que es lo que determina su reconocimiento como obra original atribuible a su creador¹³. No se exige una novedad absoluta, como sí ocurre en el ámbito de las invenciones patentables y protegidas por la Propiedad Industrial¹⁴, sino que la originalidad objetiva de una obra se puede graduar sin que una obra con menor grado de originalidad quede *de facto* rechazada por la protección ofrecida por los Derechos de autor¹⁵. Eso sí, sin perder de vista que el carácter novedoso de la obra debe estar presente y ser mínimamente relevante para evitar proteger obras comunes¹⁶.

A su vez, el aspecto subjetivo de la originalidad entiende que la obra es original cuando se traduce en un reflejo de la personalidad del autor. Es decir, se valora el esfuerzo y el espíritu creativo de aquel autor a quien se atribuye la obra por desprenderse de este su individualidad. La originalidad subjetiva centra su análisis, no tanto en la novedad del resultado, sino en la plasmación de la impronta personal del creador en la obra.

Teniendo en cuenta que toda obra es una cristalización de la subjetividad del autor, acudir a un criterio puramente subjetivo nos llevaría, a efectos prácticos, a poder registrar casi cualquier obra¹⁷.

¹³ Originalidad significa “cuando la forma elegida por el creador incorpora una variación o especificidad tales a los ojos del intérprete como para concluir favorablemente acerca de la protección de autor”. Erdozain Lopez, J. C. (1999). “El concepto de originalidad en el derecho de autor”. *Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 3.

¹⁴ La novedad protegida en el ámbito de la Propiedad Intelectual no persigue que lo creado se identifique con un determinado origen empresarial o que comporte un avance técnico, sino que busca dar protección a aquellas creaciones distintas a lo concebido hasta el momento y que pueden aportar algo nuevo al sector donde pertenezca dicha obra. Si apostásemos por una novedad absoluta, entraríamos en contradicción con algunos de los preceptos de la Ley de Propiedad Intelectual, puesto que si para que una creación sea protegida debe ser necesariamente distinta a todas las creaciones preexistentes, no podríamos explicar por qué nuestra Ley protege las obras derivadas, las compuestas o las bases de datos.

¹⁵ “La obra representa el resultado de un trabajo creativo sin que este haya de ser un gran resultado, pues también las obras con mínimo valor deben ser protegidas, esto es, el Derecho de autor protege tanto al gran como al pequeño creador”. Piola, E. (1943). *Trattato del diritto di autore*. Napoli: Vari. pg. 179.

¹⁶ “Es preciso que la originalidad, es decir, la novedad objetiva, tenga una relevancia mínima. No se puede proteger lo que es patrimonio común. La doctrina alemana habla de altura creativa (Gestsaltungshöhe). Ese mínimo exigible de originalidad implica normalmente que la obra tenga una mínima complejidad”. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (1997). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Editorial Tecnos. pg. 163.

Asimismo, en su comentario a la STS (Sala Iª) de 26 de octubre de 1992, “[e]l derecho de autor no puede proteger el resultado de cualquier actividad creadora rutinaria y común, conocida de todos”.

¹⁷ Utilizo el término “casi” porque, con los grandes avances tecnológicos en el sector de la inteligencia artificial, se están creando obras artísticas por parte de robots o entes no humanos que cuestionan la normativa de los Derechos de autor y, concretamente, la interpretación del concepto de originalidad. Vid. Díaz, J. (2022). “La nueva estrella del arte

Por ello, debemos entender el aspecto subjetivo de forma restrictiva¹⁸ y dar más peso a la originalidad de la obra desde su vertiente objetiva para ver si el resultado merece ser protegido por cumplir con las notas de singularidad, individualidad y distinguibilidad¹⁹. De este modo, una creación que se reviste de carácter singular y novedoso, debe ir acompañada del atributo subjetivo de la creatividad. Pero en cuanto a esta “subjetividad”, no nos referimos simplemente a que se pueda atribuir la obra a un autor concreto, sino que la obra tenga una mínima altura creativa que refleje la personalidad del autor²⁰.

En esta misma línea, la determinación de lo que es o no es original también ha sido entendido de diferente forma según el contexto histórico o social en el que nos encontremos y, en consecuencia, las obras se han valorado de forma muy distinta²¹.

En definitiva, se exige a esa creación novedosa un cierto nivel de creatividad que justifique el otorgamiento de un derecho exclusivo al autor de la obra. Para establecer el nivel de creatividad, no existe una disposición legal que lo determine y, por consiguiente, deberemos atender a la interpretación jurisprudencial y doctrinal que se da de dicho concepto y a la opinión fundada de los técnicos y expertos especializados en cada materia concreta, ya que el requisito de creatividad es distinto en función de la obra que se quiera proteger.

3.1.2. En concreto: La originalidad de la creación gastronómica

La creación gastronómica cumple con los atributos que componen el requisito de la originalidad. Por una parte, es una creación que refleja la personalidad de su autor al ser una invención de su

es una inteligencia artificial que ha aprendido de los grandes maestros”. *El Confidencial*, 21 de noviembre. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/tecnologia/novaceno/2022-11-21/inteligencia-artificial-arte-moma_3526284/ [Consulta 15-01-2023].

¹⁸ “Una cosa es determinar quién ha sido el creador de un objeto y otra cosa pronunciarse sobre la originalidad del mismo, es decir, la ausencia o desconocimiento del autor no condicionará la originalidad de la creación”. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (1992). “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1992”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. n.º 30.

¹⁹ Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2004 y 26 de abril de 2017.

²⁰ Esta concepción intermedia es la que se muestra de manera más persistente en la jurisprudencia española. Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 3 de mayo de 1994 y en las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1995 y 17 de octubre de 1997, entre otras.

²¹ <<Van Gogh was a great creative genius, but his contemporaries did not recognize this. Fortunately, now we have discovered what a great painter he was after all, so his creativity has been vindicated. A more objective description of Van Gogh’s contribution is that his creativity came into being when a sufficient number of art experts felt that his paintings had something important to contribute to the domain of art>>. Csikszentmihalyi, M. (1997). *Creativity. Flow and the psychology of Discovery and invention*. Nueva York: Editorial Harper Perennial.

intelecto que puede ser reconocida como una creación propia suya. Y, por otra parte, esta creación puede perfectamente revestirse de carácter singular si nadie antes ha elaborado una obra gastronómica igual.

Así como sucede con todas las obras protegidas por la Propiedad Intelectual, en las obras gastronómicas no es suficiente la facultad de concebir mentalmente aquella creación, aunque este primer paso tiene mayor incidencia en dichas obras, sino que es necesario que el autor pueda ejecutar la creación gastronómica concebida por este. Consecuentemente, la obra gastronómica debe ser expresada más allá de la esfera interna del autor y hacerse perceptible a través de los sentidos.

A tal efecto, la creación culinaria debe plasmarse en un soporte o medio que puede ser tangible o intangible. Este soporte podría ser tanto una receta, que contiene una lista de ingredientes y el procedimiento de elaboración; así como el plato culinario, que es el resultado de la ejecución de las instrucciones contenidas en la receta.

De todas formas, no debemos olvidarnos de obtener con ello una creación culinaria que sea original. Como vimos, hay diferentes grados de originalidad en su vertiente objetiva. Partiendo de una mera reproducción de los pasos contenidos en una receta, donde no existe novedad alguna. Algo distinto es el hecho de elaborar una obra culinaria a partir de una elaboración gastronómica ya existente, la cual transforma, lo que lo convertiría en una obra gastronómica con poca altura inventiva. Y, por último, la creación original por definición, que consistiría en elaborar desde cero una obra culinaria nueva.

Actualmente, este enfoque de la originalidad en la gastronomía se sostiene en primer plano. Con la ayuda de la alta cocina de los grandes chefs, la cocina se ha convertido en el nuevo taller de pintura donde los *pintores gastronómicos* dejan correr la imaginación, y no para proceder a un mero ensamblaje de ingredientes, sino para convertirse en verdaderos autores de sus propias obras.

En efecto, los cocineros ya no fijan su elaboración en el objetivo de tener a sus comensales bien alimentados, sino que ven en los ingredientes una oportunidad de llevar a cabo una actividad creativa que refleje una visión personal y que les permita entablar un diálogo con el destinatario de la obra. Esta mentalidad la podemos encontrar, entre otros, en uno de los grandes cocineros, Ferrán Adrià, el cual defiende que *<<la cocina en general no solo puede satisfacer una necesidad*

fisiológica o proporcionar un placer sensorial, sino que provoca una emoción estética de primer orden, permite reflexionar en torno a los platos, anclarlos en una historia, establecer una evolución neta y traducible en conceptos intelectuales. Dicho de otro modo, con un plato (o con la articulación de distintos platos en forma de menú) es posible decir algo. En definitiva, la cocina es un medio de expresión con su propio lenguaje>>²².

Esta concepción permite al público de las obras culinarias relacionar dichas creaciones con sus autores al encontrar en ellas un vínculo con su creador. De este modo, se recalca la verdadera necesidad de proteger el nexo que une las obras y sus autores.

Como consecuencia de todo ello, y como bien decía José Manuel Otero Lastres, <<*siempre que el plato culinario sea el resultado de una creación individualizada y personalizada con una paternidad en concepto de autor reconocible, estamos ante una obra del intelecto que interesa a los sectores del ordenamiento que regulan la protección de este tipo de obras*>>²³.

3.2. La Receta (forma representativa)

Las obras culinarias se exponen visualmente en un plato. Sin embargo, aunque si bien el soporte de la obra puede ser tangible o intangible y, por lo tanto, no hay problema en que su representación no se materialice de forma indefinida en el tiempo (el plato está contenido por un bien fungible que se consume, asimilable a las composiciones musicales sin letra o a la pantomima), dicho carácter efímero puede ocasionar dificultades a la hora de probar su existencia. Por ello mismo, es importante tener otra figura donde plasmar de forma duradera la obra culinaria: la receta.

La receta no es exclusiva del ámbito gastronómico, su formato compuesto por la delimitación de los componentes y el método de elaboración también se utiliza para la elaboración de un perfume o para componer una partitura. Asimismo, en todas estas recetas lo que se busca es transformar los elementos en un producto que refleje la creatividad humana.

²² Adrià, F., Soler, J. y Adrià, A. (2010). *Cómo funciona elBulli. Las ideas, los métodos y la creatividad de Ferran Adrià*. Nueva York: Phaidon Press Inc.

²³ Otero Lastres, J. M. (2019). “Una aproximación a la protección jurídica de la obra gastronómica”. En Cremades García, J, Anson R. y Gómez-Acebo Dennes, A. *Derecho y Gastronomía*. Madrid: Editorial Dykinson, pp. 103-119.

Aun así, no existe un concepto legal de lo que se entiende por receta de cocina, aunque se podría definir como una <<descripción detallada del modo de elaboración de una composición culinaria>>²⁴. Según el artículo L111-1 del Código de Propiedad Intelectual Francés, el autor de una obra procedente de su intelecto debe disfrutar respecto de aquella obra, por el mero hecho de su creación, de un derecho de propiedad intelectual exclusivo que puede hacer valer frente a todo el mundo.

En teoría, la receta tendría que poder verse beneficiada por esta protección, sin embargo, el propio Tribunal francés y la jurisprudencia europea son reticentes a proteger las recetas más allá de su concepción literaria.

Cuando una receta se compila en un soporte literario y es merecedora del calificativo de original, puede ser protegida como obra literaria si se encuentran en ella indicios de originalidad, como la combinación de ingredientes en el texto y la forma según la cual se deben presentar en el plato. Asimismo, en la sentencia de 30 de septiembre de 1997, el Tribunal de Grande Instance de París consideró que, si bien es posible salvaguardar la forma en que se expresa una receta a través de la Propiedad Intelectual, la receta en sí misma no se considera una creación original de la mente. En consecuencia, es viable asegurar la protección legal de la expresión literaria de la receta si cumple con el requisito de ser original, por ejemplo, si es parte de un libro de cocina. No obstante, la protección no se extiende a la receta al tratarse de una lista de ingredientes y pasos a seguir para elaborar un plato.

Por otro lado, en la sentencia de 26 de noviembre de 2009, el Tribunal de Commerce de Liège hizo una comparación de las recetas con los programas de ordenador para negar sus posibilidades de protección como obra artística al defender que, como subrayan los expertos en la materia, F. de Vicher y P. Michaux, la receta de cocina no puede ser considerada como una obra protegible, puesto que no es ella la que se reproduce ni comunica al público. Ambos expertos destacan la dificultad de proteger el producto en sí mismo, así como sucede con un programa informático, ya que ambos consisten en un conjunto de componentes que se siguen para obtener un resultado determinado. Sin embargo, se acogen a un argumento de dudoso sustento al afirmar que, a diferencia de los programas informáticos, las recetas no están protegidas por los Derechos de autor,

²⁴ Sentencia de la *Cour d'Appel de Liège* de 16 de junio de 2011.

pues no se rigen por la Ley de 30 de junio de 1994 que transpone la Directiva europea de 14 de mayo de 1991 relativa a la protección jurídica de los programas de ordenador.

Ahora bien, según el apartado 1 del artículo 96 TRLPI <<se entenderá por programa de ordenador toda **secuencia de instrucciones o indicaciones** destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación. A los mismos efectos, la expresión programas de ordenador comprenderá también su documentación preparatoria. La documentación técnica y los manuales de uso de un programa gozarán de la misma protección que este Título dispensa a los programas de ordenador>>.

Al respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 3 de marzo de 2010, desarrolla un poco más el artículo mencionado, al destacar que la Ley de Propiedad Intelectual se dirige exclusivamente a otorgar protección del programa de ordenador en sí, así como su documentación asociada, incluyendo también la documentación preparatoria, técnica y los manuales de uso. Por lo tanto, la originalidad como requisito fundamental para su protección exige que el programa informático creado sea una creación intelectual del autor con relación a su concepción y/o ejecución, como resultado del esfuerzo creativo de este. Por ejemplo, no se considerarían obras originales aquellas que sean una mera repetición de programas anteriores o que hayan sido creadas automáticamente por otros programas de ordenador, sin ser una creación intelectual de una persona o grupo de personas. No obstante, es importante mencionar que la creación original puede referirse tanto a obras "originarias" o "preexistentes" como a obras "derivadas", ya que la Ley de Propiedad Intelectual prevé la posibilidad de la existencia de obras derivadas de otras que también están protegidas por dicha Ley. Esto se establece no solo con carácter general (artículo 21.2 en relación con el artículo 11 de la Ley de Propiedad Intelectual), sino también de manera específica para los programas de ordenador "derivados", en el artículo 96 de la Ley de Propiedad Intelectual.

A través de la jurisprudencia mencionada podemos observar que, al proteger los programas de ordenador, se está protegiendo una secuencia de instrucciones, es decir, un seguido de acciones y acontecimientos ordenados y organizados que, mediante su ejecución, se obtiene una representación unitaria de ellos.

Con similitud por su particularidad a los programas de ordenador nos encontramos con las pantomimas. Estas creaciones musicales comprenden aquellas representaciones realizadas por medio de gestos y movimientos donde no se emplean las palabras. Por la naturaleza momentánea de estas representaciones, para poder alegar una infracción del Derecho de autor de forma efectiva, se pueden transcribir los movimientos a través de su filmación o de su descripción por escrito. Sin embargo, no es un requisito necesario para su protección, ya que en virtud del artículo 10 TRLPI quedan tuteladas directamente las pantomimas en sí, no el soporte donde queden materializadas²⁵.

De este modo, podemos encontrar similitudes entre estas dos figuras y las obras gastronómicas. En este sentido, por su analogía respecto a los programas de ordenador, la receta culinaria también se compone por una secuencia de instrucciones ordenadas que, mediante su ejecución, nos lleva a una representación de carácter unitario, el plato culinario. Asimismo, respecto a las pantomimas, ambas se caracterizan por su composición efímera que, aunque se materializa de forma visual en un plato o en una representación, la materialización no perdura en el tiempo. Ahora bien, en ambos casos se puede garantizar su existencia a través de una receta o de una filmación, respectivamente.

Por todo ello, si el Derecho de autor admite la protección de estas dos obras, desde un conjunto de instrucciones a la representación efímera de movimientos, no tendrían que recibir un trato distinto las obras gastronómicas.

3.3. El plato (forma visual)

La forma visual de la creación culinaria se materializa en el plato, una recreación tridimensional de la obra creada por el autor. La vista es el primero de los cinco sentidos que se emplean al estar ante una obra culinaria, los comensales con los ojos hacen una primera valoración del plato que tienen delante antes de proceder a degustarlo. Con ellos visualizan la representación plástica o artística de la obra compuesta por masas, texturas, volúmenes donde se advierten desde las características nutricionales o alimentarias hasta las características estéticas o expresivas de la obra gastronómica.

²⁵ Baiocchi, E. (2021). *Protección del derecho de autor de las obras coreográficas*. São Paulo: Editorial Análise.

Los expertos en el sector de la gastronomía son totalmente conscientes de que la presentación visual de la creación en un plato es un factor trascendental en la percepción del mismo por el público destinatario. La expresividad visual de una creación culinaria va más allá de su función nutricional y hasta se podría considerar que no tiene una mera funcionalidad decorativa consistente en hacer más “atractivo” el plato culinario. En aquellas creaciones procedentes de la alta cocina resultaría irrisorio hacer referencia a la decoración de la obra, cuando, precisamente, su forma de presentación es indisociable de la obra misma. Ahora bien, esta forma visual se desvincula de la forma propia de los ingredientes que la componen, representando “algo más” que se engloba como una expresión creativa con plena autonomía de los alimentos que lo conforman y de su carácter utilitario.

A este respecto podemos acudir al Derecho comparado, el cual se ha pronunciado en diversas ocasiones, aunque de forma indirecta, sobre la protección de la forma visual de las obras culinarias.

En Francia, en la sentencia de 27 de mayo de 1992 la *Cour d'appel* de París consideró que las ilustraciones que aparecen junto a las instrucciones de las recetas tienen una finalidad concreta y es la de resaltar los platos cocinados o los modelos elegidos. Estas imágenes, por su disposición y su composición, muestran un aspecto original y creativo que merece ser protegido por la Ley. La originalidad de estas ilustraciones radica en su capacidad para transmitir de forma visual la esencia y la apariencia de los platos, lo que requiere de un esfuerzo intelectual por parte del autor.

En la misma línea, la *Cour de Cassation* francesa en su sentencia de 2 de abril de 2015 tenía por objeto un caso donde una empresa llamada *Place des Editeurs* había contratado a estilistas de servicios culinarios para que realizasen la selección de productos y materiales, así como la disposición y realce de alimentos, objetos y platos. Su función tenía el fin de crear composiciones originales que resaltasen los platos cocinados y que serían fotografiadas para ilustrar los libros de cocina. La labor de estos estilistas fue considerada como una creación independiente y característica de una obra intelectual original, tal y como se recoge en los artículos L 112-2 y L 112-3 del Código francés de propiedad intelectual. Por tanto, las fotografías resultantes de este trabajo constituyeron obras protegibles, puesto que eran el resultado de una creación totalmente autónoma y original del intelecto humano. Es importante destacar que la protección se extendía tanto a las fotografías en sí como a la composición de los elementos que aparecían en ellas, ya que ambas son resultado de una creación intelectual digna de protección.

La sentencia emitida el 22 de enero de 2014 en los Países Bajos, en el caso Goudzwaard c/ de Jong, detalló los elementos esenciales que una fotografía de una obra culinaria debe tener para ser considerada una creación original. Asimismo, para que la protección de los Derechos de autor se otorgue, se requiere que la imagen del plato culinario refleje la identidad única del autor. Esto implica que la obra debe presentar un carácter original, entendiendo la originalidad en el sentido objetivo de que su forma no ha sido tomada de otra obra preexistente. El sello personal del autor, por lo tanto, indica que la obra ha sido creada por el ingenio humano y que, por ende, ha surgido de decisiones creativas producto de la mente humana sin haber recurrido a otras obras preexistentes. Por todo ello, la sentencia finalmente dictamina que la fotografía de una obra culinaria solo será objeto de protección por los Derechos de autor si refleja el estilo personal del autor y se deriva de elecciones creativas propias de la mente humana.

Lo dicho en esta sentencia es de gran trascendencia porque los grandes chefs a lo largo de su carrera gastronómica han ido marcando poco a poco su propio estilo en sus creaciones culinarias, dejando un sello personal en ellas a través de características propias y definibles. Naturalmente, no todos los autores de la alta cocina tienen su propia huella bien marcada, pero esto no impide la existencia de una estilística culinaria que sea identificable a un determinado chef y pueda ser valorada y diferenciada debidamente para, al apreciar su originalidad y novedad, poder delimitar un ámbito de protección alrededor de su obra culinaria creada.

La jurisprudencia mencionada nos permite afirmar que la creatividad visual de las obras culinarias no es ajena a la protección ofrecida por el Derecho de autor y, como vimos anteriormente, el carácter efímero y fungible del contenido del plato no impide el reconocimiento de la originalidad de la obra porque la falta de permanencia no es un indicativo que permita restringir las posibilidades de protección de una obra²⁶.

²⁶ Los tribunales en diversas ocasiones han admitido la protección de obras con una vida efímera (obras de arte floral, materia orgánica para la jardinería, el maquillaje, los perfumes...). Un ejemplo de ello lo encontramos en una sentencia del Tribunal Federal de Justicia Alemán de 24 de enero de 2002 (I ZR 102/99) sobre la protección de las obras arquitectónicas expuestas con carácter temporal: <<la reproducción de obras de arte visuales que se presentan temporalmente en lugares públicos en el contexto de una exposición, no hay lugar para limitar los poderes correspondientes de derechos de autor. La ley no ofrece ninguna base para disputar una diferenciación entre una obra creada temporalmente en una ocasión específica y definida por el entorno, y otra obra creada sin límite de tiempo. Los derechos de exclusividad respecto de una escultura no vienen restringidos por la característica de "permanencia">>.

Por otra parte, no iríamos por mal camino al afirmar que la representación visual de una obra culinaria puede compararse a la de una obra plástica. En efecto, la presentación de la obra ha sido descrita como <<*painting on the plate*>>²⁷ al ser un modo de expresión del autor. Como las obras de arte, algunos menús o incluso platos concretos llevan una historia detrás y tienen su propio significado.

Un ejemplo de ello sería ‘La Tierra se agota’, el menú de los hermanos Roca para la Cumbre del Clima en Madrid que tuvo lugar en diciembre del año 2019. Los hermanos del Celler de Can Roca diseñaron un menú especial para los primeros ministros, jefes de Estado y de Gobierno y el secretario general de las Naciones Unidas basado en los desafíos del cambio climático. El mismo Joan Roca en una entrevista para el Periódico sostuvo que <<*la cocina es una herramienta de transformación que puede crear conciencia y puede apelar a la sostenibilidad. En el menú hay platos que hacen referencia a la sustitución del consumo de carne por productos de proteína vegetal, hablamos de los océanos, hablamos de la sequía. Planteamos un juego con estos temas para que a través del ingenio y la creatividad podamos dar mensajes y crear conciencia*>>. Uno de los platos que conformaba el menú era un caldo liofilizado de trompetas de la muerte, trufa, boletus edulis y garbanzos tostados al que bautizaron como ‘Agua clara & agua sucia’ y que trataba de los océanos y las sequías, un plato <<*que representan el agua que cae sobre un fondo que se inspira en un lago seco y que en realidad es polvo de boletus liofilizado que al caer el agua cristalina se convierte en una especie de fango. Evidentemente, está sabroso y está rico, pero el efecto visual es impactante*>>, así lo describía el mayor de los hermanos Roca²⁸.

De todo ello podemos afirmar que, como si se tratara de una exposición de obras de arte en una galería, el autor establece el significado que guardan detrás las obras culinarias expuestas en el menú.

Este nuevo paradigma gastronómico transforma la cocina hacia una verdadera fuente de creatividad que no tiene otro límite que la imaginación y la fantasía de su autor. La composición

²⁷ Walker, H. (1995). *Cooks & other people. Proceedings of the Oxford Symposium on food and Cookery*. London: Prospect books.

²⁸ “‘La Tierra se agota’, el menú de los hermanos Roca para la Cumbre del Clima de Madrid (29 de noviembre de 2019)”. *El Periódico*. Disponible en: <https://www.elperiodico.com/es/gente/20191129/menu-hermanos-roca-cumbre-clima-madrid-7755700>. [Consultado 08-02-2023].

visual de una obra se expresa como una especie de vinculación entre el autor y el destinatario de la obra, un claro antónimo de la idea de la mera decoración que rechazamos desde un principio.

3.4. El sabor (forma gustativa)

La percepción de una obra culinaria engloba la mayoría de los sentidos. Desde el sentido de la vista, a través de la composición del plato; el olfato, por el aroma que desprende; el tacto, por las texturas, densidades y volúmenes de la creación culinaria; y el más importante de ellos, el gusto, para poder apreciar el sabor de la obra gastronómica.

Los diferentes sabores que degusta nuestro paladar al probar una creación gastronómica nos pueden transmitir una verdadera actividad intelectual creadora y novedosa. La degustación nos permite descubrir el tamaño, la temperatura, la dureza, lo crujiente, la untuosidad de los elementos, entre otras muchas características que son una parte esencial de la obra culinaria.

Para entrar a examinar las posibilidades de protección del sabor de una obra culinaria, primero de todo nos centraremos en el TRLPI. Como vimos anteriormente, el listado de obras objeto de protección del artículo 10.1 TRLPI tiene carácter ejemplificador y, por ello, aunque los sabores no se encuentran en la lista, tampoco son excluidos expresamente por el artículo 13 TRLPI. Ahora bien, todos los elementos listados tienen en común su posibilidad de ser percibidos mediante el sentido de la vista o el oído, cosa que muestra la dificultad de poder proteger con los Derechos de autor creaciones cuyo medio de expresión sea el gusto.

Sin embargo, los nuevos fenómenos que hacen evolucionar a la sociedad y que van surgiendo en el ámbito de la innovación hacen necesaria la constante revisión y ajuste de los Derechos de autor. Prueba de ello son los programas de ordenador, la inteligencia artificial, las novedades en el sector arquitectónico, las pantomimas... Ha sido el propio mercado el que ha provocado una evolución normativa para adaptar las leyes a la realidad cambiante y poder así tutelar los nuevos bienes socioculturales que poseen valor intelectual creativo para que no queden indefensos frente a la utilización no autorizada de estos por parte de un tercero. Por todo ello, no podemos realizar una interpretación estricta y literal de la Ley de Propiedad Intelectual ya que nos llevaría a poner fronteras inamovibles al avance sociocultural.

Si bien es cierto que no debemos impedir el progreso, cuestión distinta es que tales innovaciones intelectuales, como la forma gustativa de una obra culinaria, deban contar con algún medio técnico que permita su expresión para poder ser tutelada por los Derechos de autor.

A tal respecto, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de noviembre de 2018 examinó en el asunto C-310/17 la expresión del sabor de una creación intelectual. El caso versaba sobre una disputa entre dos productores de queso donde el demandante solicitaba al Tribunal que declarase que el sabor del producto fabricado por el demandado era una reproducción de su producto.

El TJUE en uno de los fundamentos de la sentencia, al recordar el concepto autónomo de “obra” contemplado en la Directiva 2001/29 especificó que este <<*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 permanente*>>. Esta cuestión es sustancial, el sabor del alimento debe poder expresarse de forma precisa y objetiva para ser protegible, en la medida en que aquello que no se exteriorice y no sea perceptible no goza de protección.

En este sentido, aquí es donde radicó el problema del caso C-310/17, en cuanto el demandante no pudo presentar un soporte que exteriorizase de forma objetiva el sabor de su producto. En lugar de eso, presentó un informe de peritos en el sector del gusto y los sabores, quienes determinaron que los sabores del queso del demandado eran prácticamente idénticos a los del demandante. Sin embargo, el TJUE argumentó que la identificación precisa y objetiva del sabor de un alimento no es posible, debido a que el sabor de un alimento está basado en sensaciones y experiencias gustativas subjetivas y variables. En consecuencia, remarcó que la Directiva 2001/29 se opone a la protección del sabor de un alimento bajo los Derechos de autor, y que los Estados miembros solo deben otorgar protección a obras que presenten un carácter original y creativo que pueda ser objetivamente identificado y evaluado.

Con base en lo resuelto por el TJUE en este caso, la imposibilidad de proteger el sabor radica en que su descripción y valoración son de carácter subjetivo. No obstante, la exigencia de una descripción objetiva para acceder a la protección ofrecida por el Derecho de autor parece ir en contra del listado *numerus apertus* de objetos de protección por la Propiedad Intelectual. A raíz de ello, la fundamentación utilizada por el TJUE ha sido objeto de críticas y ha sido considerada de

no tener una base legal sólida. Es cierto que, en un juicio, el interesado debe presentar evidencia de la existencia y características de la forma sensible de la que pretende una protección, pero esto no debería implicar que se niegue categóricamente, excluyendo, por principio, que cualquier creación perceptible por los sentidos del gusto y del olfato pueda ser objeto del Derecho de autor. De hecho, esto podría limitar innecesariamente la protección de creaciones que merecen ser protegidas²⁹.

Con similitud al sentido del gusto, el olfato presenta ciertas características compartidas con este y, asimismo, es también perceptible con carácter subjetivo por su receptor. Un aroma puede ser identificado y definido por su destinatario sin necesidad de su fórmula, como también el sabor puede ser descrito por el comensal sin necesidad de una receta. Ambos sentidos son de carácter efímero y altamente inestables, sin embargo, la forma olfativa ha sido considerada de forma exhaustiva por la jurisprudencia una obra intelectual original merecedora de protección.

En la sentencia del caso *Sté Bellure NV c./ SA L'Oréal* del 25 de enero de 2006, la *Cour d'Appel* de París estableció que la fijación de la obra no es un criterio determinante para acceder a la protección de los Derechos de autor, siempre y cuando su forma sea perceptible. Esto significa que cualquier obra que pueda ser percibida por los sentidos, ya sea de manera visual, auditiva u olfativa, puede ser protegida por la Propiedad Intelectual. En este sentido, la fragancia, cuya composición olfativa es determinable, cumple con esta condición, por lo que es susceptible de ser protegida siempre y cuando sea original y revele la contribución creativa de su autor. Las fragancias son el resultado de una combinación única de esencias, que reflejan la aportación creativa del autor a través de las notas olfativas finales que se desprenden de ellas. Así pues, un perfume puede ser considerado como una obra de la mente protegible si cumple con estos requisitos.

En la misma línea, el Tribunal Supremo de los Países Bajos dictaminó que una fragancia puede ser protegida por los Derechos de autor si es un producto que puede ser percibido por los sentidos humanos y tiene un carácter original que refleja la huella personal de su creador. A pesar de que la Ley neerlandesa de Propiedad Intelectual establece ciertos límites en cuanto al carácter original de una obra cuando se trata de la obtención de un efecto técnico, esta restricción no impide que

²⁹ Robert, S. (2018-2019). “Un «sabor» es susceptible de ser objeto de protección por el Derecho de autor (Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de noviembre de 2018)”. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de autor*, Tomo XXXIX.

una fragancia pueda recibir protección. Además, aunque las propiedades del sentido del olfato humano pueden limitar la capacidad de distinguir olores y las fragancias pueden ser percibidas de forma diferente por diferentes personas, esto no afecta la posibilidad de proteger el perfume por la Ley. De este modo, si bien el Tribunal neerlandés considera que la naturaleza específica de las fragancias puede impedir la aplicación de ciertas disposiciones y restricciones de la Ley neerlandesa de Derechos de Autor, esto no impide la concesión de protección a la fragancia de un perfume de forma genérica³⁰.

En Estados Unidos son grandes pioneros en la tutela de las fragancias. Allí, concretamente, lo que se busca es la protección de las moléculas de olor llamadas "odorantes cautivos". Curiosamente, estos odorantes brindan un alcance de protección mucho más amplio, ya que incluyen cualquier formulación de fragancias que comprenda esas moléculas. Incluso los secretos comerciales se utilizan como escudo para los perfumes. En efecto, la fórmula o método adoptado para crear el perfume tiene un impacto razonable en la expansión empresarial y el interés económico y, por ello, se mantiene fuera del dominio público. De este modo, las combinaciones químicas que dan a luz a un aroma único se mantienen confidenciales a través del secreto comercial.

En definitiva, teniendo en cuenta que la forma gustativa abarca varios sentidos a la vez a través de la degustación y que, por lo tanto, va más allá del alcance que ofrece la forma olfativa, sería una equivocación barrarle las mismas posibilidades de protección que la jurisprudencia ha ofrecido reiteradamente a la forma olfativa.

De igual modo, la forma gustativa es plenamente identificable y descriptible, permitiendo percibir a través de ella la creatividad y originalidad de la obra por aquellos sujetos legítimamente autorizados para emitir una valoración sobre dicha forma creativa según los términos y parámetros propios del sector de experticia. En este sentido, impidiendo su protección se está yendo en contra de los principios fundamentales que conforman el Derecho de autor, puesto que este tiene como objetivo principal proteger las creaciones originales de un autor y no, en cambio, hacer una discriminación entre autores al excluir algunas creaciones según su modo de expresión, destino o finalidad.

³⁰ Sentencia de 16 de junio de 2006 en el caso Kecofa vs. Lancôme del Tribunal Supremo de los Países Bajos.

IV. CONCLUSIONES

La sociedad moderna ha convertido las emociones y los sentidos humanos en verdaderas fuentes de expresión. La experiencia sensorial ante todo aquello que nos rodea es la herramienta que ha permitido a la gran mayoría de los autores llevar a cabo la creación de una obra original. Los sentidos del gusto, del tacto y del olfato han pasado a tener una relevancia mucho más notoria. Años atrás nadie creería que el aroma de un perfume podría llegar a ser marca olfativa de una empresa, o que fuera necesario proteger coreografías o pantomimas para evitar su plagio, en cambio, ahora, no hay duda de su reconocimiento como obras intelectuales.

A lo largo del trabajo hemos podido ver que la gastronomía ha acompañado esta nueva mirada social y la degustación de los platos culinarios se ha convertido en un placer intelectual que permite asimilarla a una obra artística o musical. La alta cocina ha sido el medio de difusión de este “arte culinario” que ha conseguido sacar de la cocina verdaderas obras artísticas gracias a su creatividad y excelencia técnica.

Entrando a examinar la originalidad de la obra culinaria, vimos que cumplía con los requisitos de la Ley española de Propiedad Intelectual y que, al contener esta una lista abierta de obras protegibles, no se podía cerrar el paso a las creaciones gastronómicas. Precisamente, el fundamento de esta ausencia de fronteras en el Derecho de autor es dar paso a nuevas formas de expresión de la creatividad en cualquier ámbito y, de entre ellos, el ámbito gastronómico. En este sentido, es importante tener en cuenta que la protección que brinda el Derecho de autor viene determinada por el trabajo de carácter original del autor y no por el género de la obra y, por ello, afortunadamente, cada vez más se evidencia la necesidad de protección de las obras gastronómicas por ser el resultado del esfuerzo de sus autores, pues su originalidad es cierta y concluyente.

En cuanto a la forma representativa, visual y gustativa de las creaciones culinarias, pudimos comprobar que, en primer lugar, aun siendo la receta un conjunto de instrucciones y aunque su materialización no sea permanente, otras figuras análogas son protegidas por el Derecho de autor reuniendo estas mismas características y, por ello, nada impide considerar la receta como un soporte tangible válido donde el autor deje constancia de su obra original. En segundo lugar, el plato gastronómico en que se plasma la obra, siendo este la primera fuente de originalidad que percibe todo comensal y que el autor aprovecha para expresar con ella su esfuerzo creativo. Una

vez más ponemos de relieve que, aunque el plato que se presenta esté destinado a ser consumido, su vida efímera no es cualidad impeditiva de su protección, ya que la originalidad de la obra no viene determinada por la calidad del soporte en que se presenta. Por último, el sabor, tratándose de la forma expresiva más conflictiva en cuanto a las posibilidades de su protección, es igualmente una vía que permite captar la creatividad del autor, siempre y cuando su valoración la lleven a cabo sujetos expertos del sector en que se encuentra la obra.

Determinar qué es creativo o no seguirá siendo objeto de debate a medida que pasen los años, asimismo, surgirán nuevas figuras que nos volverán a hacer replantear el sentido de la originalidad y la novedad y, en esta misma línea, creaciones existentes en la actualidad serán entendidas de otra forma y su nueva concepción obligará a que su protección sea necesaria.

Por lo tanto, considero que, por todo lo expuesto, se debe entender las obras culinarias como creaciones originales y, como arte de la gastronomía ante la cual nos encontramos, ofrecer la protección que se merecen.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Adrià, F., Soler, J. y Adrià, A. (2010). *Cómo funciona elBulli. Las ideas, los métodos y la creatividad de Ferran Adrià*. Nueva York: Phaidon Press Inc.
- Baiocchi, E. (2021). *Protección del derecho de autor de las obras coreográficas*. São Paulo: Editorial Análise.
- Baraza, M. “La Tierra se agota', el menú de los hermanos Roca para la Cumbre del Clima de Madrid (29 de noviembre de 2019)”. *El Periódico*. Disponible en: <https://www.elperiodico.com/es/gente/20191129/menu-hermanos-roca-cumbre-clima-madrid-7755700>. [Consulta 08-02-2023].
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (1997). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (1992). “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1992”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*.
- Cronin, C. (2015). “Lost and Found: Intellectual Property of the Fragrance Industry; From Trade Secret to Trade Dress”. *Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*. 5 (1), pp. 257-305.
- Csikszentmihalyi, M. (1997). *Creativity. Flow and the psychology of Discovery and invention*. Nueva York: Editorial Harper Perennial.
- Denicola, R. C. (2014). “The new law of ideas”. *Harvard Journal of Law & Technology*. 28 (1), pp.196-236.
- Díaz, J. (2022). “La nueva estrella del arte es una inteligencia artificial que ha aprendido de los grandes maestros”. *El Confidencial*, 21 de noviembre. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/tecnologia/novaceno/2022-11-21/inteligencia-artificial-arte-moma_3526284/ [Consulta 15-01-2023]

- Domínguez Pérez, E. M. (2018-2019). “Tutela jurídica del sabor de un producto: ¿es el derecho de autor la vía adecuada? Nuevas posibilidades a través de las marcas no convencionales”. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de autor*, Tomo XXXIX.
- Erdozain Lopez, J. C. (1999). “El concepto de originalidad en el derecho de autor”. *Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 3.
- Galacho Abolafio, A. F. (2017-2018). “La originalidad en los Derechos de autor, un enfoque fotográfico”. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de autor*, Tomo XXXVIII.
- González San Juan, J. L. (2019-2020). “Cuando lo que se pretende es proteger una idea o un modelo de negocio. Comentario de la SAP de Barcelona (Sección 15.ª) núm. 280/2017, de 29 de junio, asunto Asco de vida”. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de autor*, Tomo XL.
- González Soria, J. (2019). “Problemática de los derechos de autor en la gastronomía”. En Cremades García, J, Anson R. y Gómez-Acebo Dennes, A. *Derecho y Gastronomía*. Madrid: Editorial Dykinson, pp. 49-67.
- Otero Lastres, J. M. (2019). “Una aproximación a la protección jurídica de la obra gastronómica”. En Cremades García, J, Anson R. y Gómez-Acebo Dennes, A. *Derecho y Gastronomía*. Madrid: Editorial Dykinson, pp. 103-119.
- Piola, E. (1943). *Trattato del diritto di autore*. Napoli: Vari.
- Robert, S. (2018-2019). “Un «sabor» es susceptible de ser objeto de protección por el Derecho de autor (Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de noviembre de 2018)”. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de autor*, Tomo XXXIX.
- Robert, S. (2013-2015). “La protección de las creaciones culinarias por el Derecho de autor”. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de autor*, Tomo XXXIII.
- Sánchez-Aristi, R. (2000). “Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual”. *Revista de la Propiedad Intelectual*, nº 4.

Sánchez Arísti, R. (1999). *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*. Granada: Editorial Comares.

Soler, P. (2001). “La protección de las ideas por Derecho de autor”. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de autor*, Tomo XXII.

Walker, H. (1995). *Cooks & other people. Proceedings of the Oxford Symposium on food and Cookery*. London: Prospect books.