

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y DE LA
COMPETENCIA



Las creaciones gastronómicas como objeto de protección por el Derecho de Autor: posibilidades y conveniencia siguiendo el enfoque de la Propiedad Intelectual y la Competencia Desleal

Tesis presentada por el licenciado en Derecho
ALFREDO MARAVÍ CONTRERAS
para optar al grado de Magíster

Jurado: Raúl Solórzano Solórzano (Asesor)
Jurado: Luis José Diez Canseco Núñez
Jurado: Juan Pablo Schiantarelli González

Lima, noviembre 2011

Agradecimientos

Muchas personas me han apoyado a lo largo del desarrollo de la presente tesis, desde el punto de vista académico y/o personal. Razones de espacio impiden que haga un recuento de todas ellas, pero quiero destacar la ayuda de mi esposa, mis padres y hermana, mi asesor y entrevistados. Asimismo, agradezco a mi abuelo el haberme enseñado el valor de no rendirse nunca.



Índice

<u>Introducción</u>	7
<u>Capítulo I: Originalidad, economía e innovación en el Derecho de Autor.</u>	10
1. Las teorías sobre la originalidad	11
1.1 <u>Teorías que consideran a la originalidad como novedad:</u>	12
1.1.1 <u>La novedad objetiva</u>	12
a) Exigencia de novedad objetiva absoluta	13
b) Exigencia de novedad objetiva relativa	14
1.1.2 <u>La novedad subjetiva</u>	15
Crítica a las teorías de la originalidad como novedad	16
1.2 <u>Teoría que considera a la originalidad como personalidad</u>	19
Críticas a la teoría de la personalidad	21
1.3 <u>Teoría ecléctica o intermedia</u>	25
Crítica a la teoría ecléctica o intermedia	26
2. Normativa y jurisprudencia peruana en torno a la originalidad: Decreto Legislativo 822 y precedente Agrotrade vs. Infutecsa	28
3. Evaluación del impacto económico e innovativo que tiene el otorgamiento de derechos de autor a las creaciones.	37
3.1 <u>Impacto económico que generan los Derechos de Autor</u>	38
3.2 <u>Impacto de los Derechos de Autor en la innovación.</u>	41
<u>Capítulo II: La Gastronomía y el Derecho de Autor</u>	47
1. Características de la gastronomía peruana	47
1.1 <u>Las cocinas regionales (Costa, Sierra y Selva)</u>	47
1.2 <u>Condición de Producto Bandera</u>	51

1.3 <u>Cadena de relaciones comerciales de la industria gastronómica</u>	51
1.4 <u>El impacto social y económico de la gastronomía peruana</u>	54
a. Factor de identidad nacional	54
b. Aporte al Producto Bruto Interno (PBI)	55
c. Impacto en los niveles de empleo	55
d. Relación con el comercio exterior	57
e. Relación con el Turismo	57
2. Razones por las cuales no se ha protegido a la gastronomía vía Derechos de Autor.	59
2.1 <u>La gastronomía como arte</u>	59
2.2 <u>Obstáculos jurídicos: Precedente de observancia obligatoria y el artículo 9 del Decreto Legislativo 822.</u>	61
2.3 <u>Características especiales de la industria gastronómica</u>	63
3. Análisis de las creaciones gastronómicas bajo el Derecho de Autor.	67
3.1 <u>Las recetas de cocina: ¿obras protegibles?</u>	71
a) Si la receta es original en su forma pero no en su contenido	74
b) Si la receta es original en su forma y también en su contenido	75
3.2 <u>Los platillos de comida: ¿obras protegibles?</u>	77
a) Análisis de la originalidad respecto del procedimiento de preparación.	78
b) Análisis de la originalidad respecto de la combinación de ingredientes.	79
c) Análisis de la originalidad respecto de la presentación del platillo.	83
4. Posibles problemas de proteger las creaciones culinarias.	86

4.1 <u>El titular de los derechos</u>	87
4.2 <u>El dominio público y la afectación al desarrollo de otros platillos</u>	89
4.3 <u>Los Derecho Conexos y el ejecutor de la receta</u>	91
4.4 <u>Posibilidad de hacer efectiva la protección</u>	92
5. Posible utilidad del Derecho de Autor para áreas relacionadas con la gastronomía	94
<u>Capítulo III: La Gastronomía, su relación con la Propiedad Industrial y la Competencia Desleal.</u>	99
1. Los Secretos Empresariales	99
1.1 El comerciante que utiliza mecanismos propios para resguardar información que considera valiosa.	99
1.2 El comerciante que está obligado por la autoridad a revelar información y pide que ésta se mantenga en reserva.	102
1.3 El comerciante que ve violada su información secreta y solicita sanciones ante la autoridad.	105
2. Las Patentes y Diseños Industriales	108
2.1 <u>Las Patentes de Invención</u>	108
a) <u>Patentes de procedimiento en la gastronomía</u>	110
b) <u>Patentes de producto en la gastronomía</u>	113
2.2 <u>Las Patentes de Modelo de Utilidad</u>	116
2.3 <u>Los Diseños Industriales</u>	119
3. Los Signos Distintivos	123
3.1 <u>Las marcas de producto o servicio</u>	123
3.2 <u>La marca tridimensional</u>	126
3.3 <u>Marcas sonoras, únicamente de colores, olfativas, gustativas y táctiles</u>	128
a) Las marcas sonoras	129

b) Las marcas consistentes en colores	131
c) La marca olfativa	132
d) La marca gustativa	134
e) La marca táctil	135
3.4 <u>Las marcas de certificación</u>	137
3.5 <u>Las denominaciones de origen</u>	140
4. La protección vía Fiscalización de la Competencia Desleal	145
4.1 <u>Sanciones a los actos de confusión</u>	147
Apuntes sobre el Trade dress	154
4.2 <u>Sanciones por aprovechamiento indebido de la reputación ajena</u>	162
4.3 <u>Sanciones por aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno</u>	166
Conclusiones	173
Bibliografía	182
Anexos	197

Introducción

Los derechos de autor, las marcas, las patentes y demás derechos de exclusiva benefician principalmente a los países desarrollados dado que son ellos los que poseen una alta producción intelectual. Nuestro país, como muchos otros en vías de desarrollo, protege los derechos de propiedad intelectual pese a su poca tecnología e industria. Cabe entonces preguntarse por qué no podrían aprovecharse derechos de exclusiva para la gastronomía, un valioso elemento de nuestra diversidad cultural.

Aunque el Perú siempre ha poseído una rica cultura culinaria, todo el potencial de su explotación económica solo se ha hecho palpable, recientemente, gracias a los reconocimientos internacionales hacia nuestros platillos y cocineros¹. Como es bien conocido por todos, estos reconocimientos han motivado la apertura de varias escuelas de cocina y también que se desarrollen una buena cantidad de nuevos restaurantes tanto a nivel nacional como internacional.

En tal medida, nuestro tema de investigación consiste en analizar la posibilidad y conveniencia de que las creaciones gastronómicas sean consideradas originales, de modo que sean protegidas a través del área de Derechos de Autor y, de esta manera, que el sistema sirva para proteger nuestra ventaja competitiva como país. Considerando las críticas que en general posee el área de Derechos de Autor, así como los desafíos particulares que pueden surgir de la protección de la gastronomía por esta vía, analizaremos también qué otros aspectos pueden ser protegidos por esta área, así como los beneficios que la industria culinaria puede obtener del sistema de Propiedad Intelectual y del de Represión de la Competencia Desleal.

¹ Ver por ejemplo el siguiente reportaje realizado por el New York Times sobre los restaurantes peruanos en San Francisco.

Dicum, Gregory. "Heads Up. Food of the Andes by the Golden Gate". *The New York Times*. Travel. New York. 23 de agosto de 2009. <http://travel.nytimes.com/2009/08/23/travel/23headsup.html> (consulta: 26/08/2009).

En consecuencia, son objetivos de la presente tesis:

1. Determinar si las creaciones gastronómicas reflejan la impronta de la personalidad del creador y, por tanto, son originales y pasibles de protección por el Derecho de Autor.
2. Estudiar la conveniencia de proteger las creaciones gastronómicas a través de los Derechos de Autor.
3. Identificar aspectos de la industria culinaria que puedan beneficiarse de la protección vía Derechos de Autor.
4. Analizar los posibles beneficios que pueden otorgar a esta industria los sistemas de signos distintivos, patentes, secretos empresariales y el área de represión de la competencia desleal.

En virtud de la ausencia de casos prácticos que hayan analizado la posibilidad de que los platillos sean protegibles por Derechos de Autor, la metodología se basará principalmente en la doctrina nacional y extranjera que directa o indirectamente existe sobre el tema. En tal sentido, el método de investigación que se empleará es el del iusnaturalismo racional², de modo que el razonamiento lógico será aplicado a las reglas propias del área mencionada. La misma metodología se utilizará para el análisis bajo la óptica del Derecho de la Propiedad Industrial y el Derecho de Represión de la Competencia Desleal.

En cuanto a nuestras hipótesis de trabajo, la primera que manejamos es que algunos aspectos de las creaciones culinarias pueden ser considerados originales; sin embargo, su protección a través de los Derechos de Autor sería indeseable debido a que restringiría la libertad de crear nuevos platillos. Sin perjuicio de lo anterior, nuestra segunda hipótesis es que la industria gastronómica tiene forma de beneficiarse de las herramientas que otorga la Propiedad Intelectual y la Represión de la Competencia Desleal.

Para comprobar las hipótesis, hemos desarrollado nuestra investigación de la siguiente manera:

² Ramos Núñez, Carlos. “Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento (y cómo sustentar expedientes)”. Gaceta Jurídica. Lima. Tercera Edición, 2005, p. 105.

En el primer capítulo, para entender el concepto clave que diferencia a una obra de una simple creación, nos concentramos en las teorías que existen sobre la originalidad en el Derecho de Autor y en lo señalado por las normas nacionales y la jurisprudencia sobre el requisito de la originalidad. Para finalizar el capítulo, haremos un breve desarrollo del impacto económico e innovativo que causa el otorgamiento de Derechos de Autor a las creaciones.

En el segundo capítulo estudiaremos las características de la gastronomía peruana, entre ellas, su estructura e impacto en la economía y la cultura. Asimismo, analizaremos las razones por las cuales la gastronomía no se ha considerado protegible por el Derecho de Autor. A continuación, investigaremos si las expresiones culinarias pueden ser consideradas como una fijación de la personalidad del autor y, por tanto, protegibles. Finalmente, abordaremos las posibles consecuencias de otorgar Derechos de Autor a las creaciones culinarias y estudiaremos qué aspectos relacionados a la gastronomía conviene proteger vía esta rama del Derecho.

En el tercer y último capítulo se explora la relación de la industria gastronómica con otras áreas del Derecho, específicamente, aspectos del Derecho de la Propiedad Industrial y también del Derecho de Represión de la Competencia Desleal. En tal sentido, abordaremos los siguientes temas: secretos empresariales, patentes y diseños industriales, signos distintivos y, por último, los actos de confusión, aprovechamiento indebido de la reputación ajena y el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, correspondientes al Derecho de Represión de la Competencia Desleal.

Capítulo I: Originalidad, economía e innovación en el Derecho de Autor.

El Derecho de Autor protege a las obras artísticas otorgando derechos de exclusiva al titular. Esto le permite controlar la reproducción y uso de la obra, beneficiándose económicamente por la explotación de la creación y, en teoría, subsistir solo de su actividad creativa. El autor se beneficia pero la sociedad también, porque es deseable que haya la mayor cantidad de obras posibles, de modo que cada persona escoja la de su agrado. Esta es la concepción teórica que justifica la existencia de los Derechos de Autor.

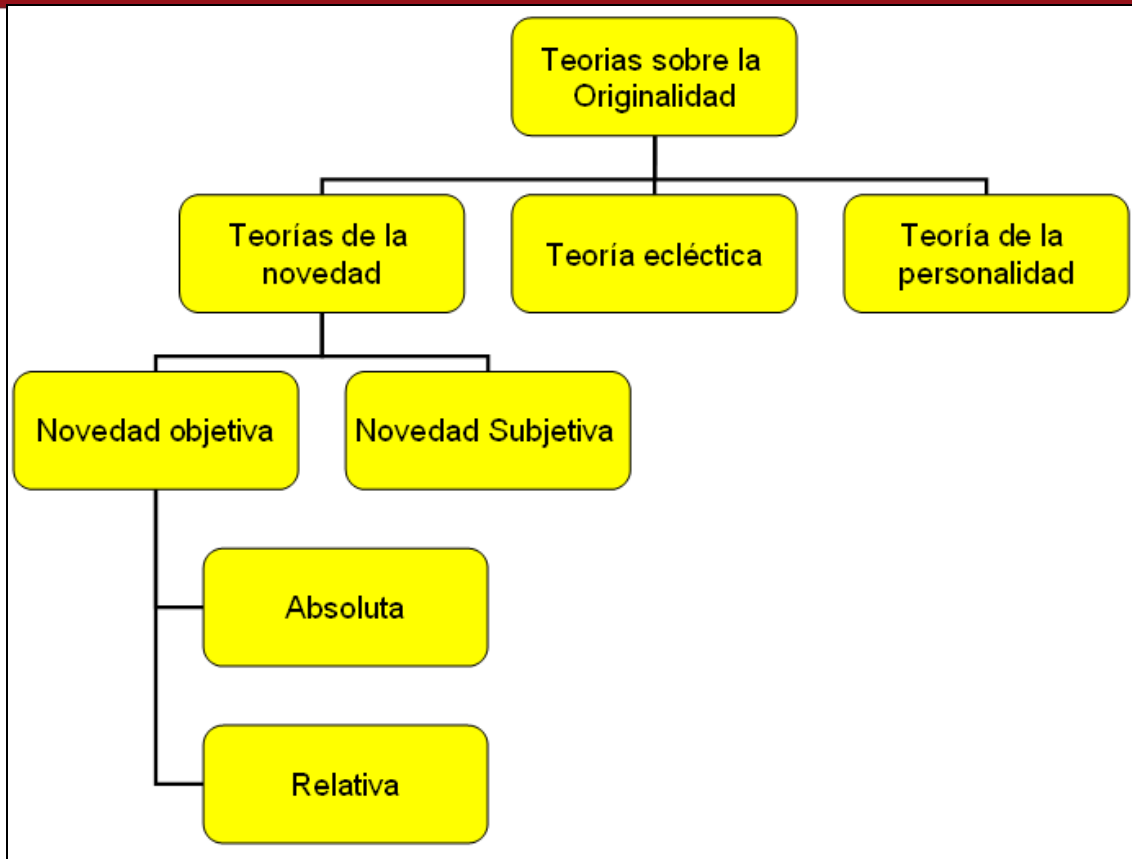
Solo se consideran obras a las creaciones humanas artísticas e intelectuales que sean originales. Las creaciones que no se consideren originales, no se protegen por Derecho de Autor; sin embargo, no existe un concepto claro sobre qué debe considerarse original.

Se vuelve indispensable entonces iniciar nuestra investigación con el concepto de originalidad, ya que de éste depende que una creación sea o no protegida por medio del Derecho de Autor.

Por este motivo, en el presente capítulo se analizará el concepto de originalidad, abarcando tanto la doctrina, como la normatividad y jurisprudencia relevante. Asimismo, será objeto de estudio la forma en que el Derecho de Autor afecta en el desarrollo económico e innovativo.

En tal sentido, debemos señalar que principalmente tres teorías se han elaborado para explicar el concepto de la originalidad: la teoría de la novedad (con sus sub-clasificaciones), la teoría de la personalidad y la teoría ecléctica o mixta.

El cuadro que reproducimos a continuación constituye un esquema de los postulados que abordaremos en el presente capítulo, luego de lo cual desarrollaremos de manera crítica estas teorías.



3

1. Las teorías sobre la originalidad

Determinar si una obra es original o no se vuelve una tarea clave y, en buena parte, una misión central en los Derechos de Autor. No obstante ello, el concepto de originalidad no está claramente definido.

Si acudimos al Diccionario de la Real Academia Española, éste nos indica lo siguiente sobre la palabra “original”:

“original.

(Del lat. *originālis*).

1. adj. Perteneciente o relativo al origen.

2. adj. Dicho de una obra científica, artística, literaria o de cualquier otro género: Que resulta de la inventiva de su autor. *Escritura, cuadro original*. U. t. c. s. m. *El original de una escritura, de una estatua*.

³ Fuente propia.

3. adj. Dicho de cualquier objeto: Que ha servido como modelo para hacer otro u otros iguales a él. *Llave original.*
4. adj. Dicho de una pieza integrante de un aparato: Que procede de la misma fábrica donde este se construyó.
5. adj. Dicho de la lengua de una obra escrita o de una película: Que no es una traducción. *La película se proyecta en su lengua original.*
6. adj. Que tiene, en sí o en sus obras o comportamiento, carácter de novedad. *Un peinado original.* Apl. a pers., u. t. c. s. *Es un original.*
7. m. Objeto, frecuentemente artístico, que sirve de modelo para hacer otro u otros iguales a él.
8. m. Escrito que sirve de modelo para sacar de él una copia.
9. m. Persona retratada, respecto del retrato.”⁴

Como podemos apreciar, su acepción más usada es la relativa a la de “primero” o “primigenio”. Dada esta definición, tal como veremos a continuación, no es extraño que una de las teorías sobre la originalidad propugne que se utilice un criterio de novedad, es decir, determinar la originalidad de una creación observando si es la primera de su clase, algo no conocido anteriormente.

1.1 Teorías que consideran a la originalidad como novedad:

Dentro de la concepción de la originalidad como algo novedoso, existen dos teorías: la originalidad como novedad objetiva y la originalidad como novedad subjetiva.

1.1.1 La novedad objetiva

La base de esta teoría señala que “*la originalidad objetiva de una creación es la que permite diferenciar esa creación de las demás*”⁵. En tal sentido, se realiza

⁴ Fuente: Diccionario de la Lengua Española. Décimo segunda edición. En: www.rae.es (consulta: 06/10/09).

⁵ Rodríguez Tapia, José Miguel y Fernando Bondía Román. “Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual”. Cívitas, Madrid, 1997, p. 55.

un análisis de novedad para determinar si la creación es o no original y sólo si se considera nuevo, vale decir, diferente de las demás de su misma clase, será un obra protegible por el Derecho de Autor.

Dos corrientes de pensamiento se sustentan en el criterio de novedad objetivo, distinguiéndose entre ellas por el grado de novedad que exigen:

a) Exigencia de novedad objetiva absoluta

De acuerdo a la novedad objetiva absoluta, o novedad absoluta, para que la obra sea considerada original y protegible, no debe existir ninguna otra obra anterior que le sea idéntica⁶. De este modo, para otorgar protección deberá probarse que *“lo creado es distinto de la o las obras preexistentes”*⁷, requiriendo *“la aportación al patrimonio cultural de algo que con anterioridad a la misma no existía”*⁸.

Uno de sus defensores más renombrados es Rodrigo Bercovitz, quien afirma que la novedad objetiva debe ser al menos uno de los criterios a seguir al momento de determinar la originalidad de la creación⁹.

Este criterio de la novedad absoluta es el que se ha seguido en otra área del Derecho de la Propiedad Intelectual: las patentes. En efecto, se acepta pacíficamente en el Derecho de Patentes que, para otorgarse protección a la invención o al modelo de utilidad¹⁰, entre otros requisitos¹¹, éstos deben ser

⁶ Espin Alba, Isabel. “La originalidad en la protección de las obras fotográficas”. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor, Tomo XX, 1999, pp. 128 a 129.

⁷ Bercovitz Rodríguez – Cano, Rodrigo “Manual de Propiedad Intelectual”. Tirant Lo Blanch. Valencia 2003, 2da edición, p. 56.

⁸ Real Márquez, Montserrat. “El requisito de la originalidad en los derechos de autor”. Portal internacional de la Universidad de Alicante sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Sociedad de la Información. Diciembre 2001, p. 3.

Disponible en: http://uaipit.com/files/publicaciones/0000001974_La%20originalidad-Art-uaipit2.pdf

⁹ Bercovitz Rodríguez – Cano, Rodrigo. Op cit. pp. 55-56.

¹⁰ Las patentes de invención se otorgan solamente a aquellas creaciones tecnológicas nuevas que impliquen un avance en la ciencia. Se diferencian de las patentes de modelos de utilidad porque en estas últimas lo que se protege es una mejora que se le realiza a una invención ya conocida.

¹¹ Además de la novedad, para otorgarse una patente de invención, la creación debe tener altura inventiva (no ser obvia o evidente para un conocedor de la materia) y tener la capacidad de ser aplicada a alguna industria (incluyendo los servicios).

objetivamente nuevos¹², es decir, diferente a toda otra creación que les preceda en el mundo.

Para ilustrar el criterio de novedad objetiva con un ejemplo, imaginemos al inventor de un componente electrónico que sirve para generar calor a través de la corriente eléctrica, es decir, una resistencia (o resistor). Esta resistencia inventada se caracteriza por generar mucho calor con poca energía eléctrica y no descomponerse con facilidad gracias a que es en forma de espiral y hecha de aluminio.

Si las resistencias con forma de espiral y hechas de aluminio ya son conocidas, es decir si ya existen, entonces la invención carece de novedad y no puede dársele una protección por el Derecho de Patentes¹³.

Lo que propone un sector de la doctrina es que el mismo tipo de razonamiento sea aplicado cuando se quiera determinar la originalidad en el Derecho de Autor. De acuerdo al criterio de novedad objetiva, por ejemplo un folleto anunciando una conferencia debería ser novedoso, es decir muy diferente a los folletos que tradicionalmente se aprecian, para poder ser considerado original por el Derecho de Autor.

No es extraño que se planteara aplicar un criterio de novedad absoluta al Derecho de Autor tomándolo “prestado” del Derecho de Patentes, pero como veremos más adelante, esto no ha estado libre de críticas.

b) Exigencia de novedad objetiva relativa

¹² La novedad en las patentes se verifica a nivel mundial, es decir, la creación para la cual se pide la patente debe ser nueva en relación con cualquier otra creación de ese tipo que se haya realizado y divulgado en el mundo.

¹³ El presente ejemplo es ficticio; sin embargo está inspirado en un ejemplo similar correspondiente al “Manual para el examen de solicitudes de patentes de invención en las oficinas de Propiedad Industrial de los países de la Comunidad Andina” elaborado en el año 2004 por la Secretaría General de la Comunidad Andina, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y la Oficina Europea de Patentes. La base para el ejemplo puede apreciarse en el ejemplo 2 de la página 67.

La novedad objetiva relativa, o novedad relativa, sugiere que se consideren originales las creaciones que sean relativamente nuevas, vale decir, no sería necesario que la creación sea diferente a la preexistente, sino que sería suficiente que el autor haya reorganizado algunos elementos existentes de una obra ya conocida¹⁴. En otras palabras, esta vertiente acepta que existen grados de originalidad, dejando de lado la exigencia de la novedad absoluta, para la cual, lo original es algo totalmente nuevo de lo anterior.

Una adaptación de una obra, por ejemplo, que la historia contenida en un libro sea transformada a un formato cinematográfico, sería un caso de esta vertiente, pues la película tendrá un cierto grado de novedad respecto al libro en el que se basa¹⁵, pero nunca será completamente novedosa.

1.2 La novedad subjetiva

Dentro de la teoría de la novedad también se encuentra la corriente que propugna el seguimiento de una novedad subjetiva. Bajo esta teoría se sostiene que no es necesario que la obra sea objetivamente nueva para ser original, sino que la novedad subjetiva sería suficiente. En tal sentido, *“no constituiría pues una infracción del derecho de autor una obra igual a otra ya existente realizada por otro autor, siempre que este segundo autor no hubiese utilizado para nada, ni consciente ni inconscientemente, el modelo constituido por la obra preexistente.”*¹⁶

Aunque no es sencillo establecer un ejemplo sobre esta teoría, podemos pensar en el caso de la traducción del inglés al español de un pequeño texto que cuente con originalidad, por ejemplo, un lema publicitario. Dos personas sin ningún contacto entre sí, podrían llegar a traducir el lema de

¹⁴ Valero Martín. “Obras fotográficas y meras fotografías”. Tirant Lo Blanch, Valencia 2000, p. 142.

¹⁵ Por ejemplo, la historia deberá ser resumida para su versión cinematográfica, para lo cual, solamente ciertos eventos del argumento serán escogidos para formar parte de la película.

¹⁶ Bercovitz Rodríguez – Cano, Rodrigo y otros. “Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual” Editorial Tecnos. Madrid. Tercera edición, 2007, p. 161.

manera idéntica, debido a la limitada cantidad de palabras a escoger para un texto pequeño, pero se consideraría bajo esta propuesta que ambas traducciones tienen originalidad debido a que no existió una copia de por medio.

Críticas a las teorías de la originalidad como novedad

Si bien la novedad objetiva absoluta establece una regla mucho más fácil de delimitar que la que existe en otras teorías sobre la originalidad, también es cierto que es un criterio mucho más restrictivo, con tendencia a limitar la cantidad de creaciones que se van a proteger. Precisamente, en este sentido se dirige una de sus principales críticas ya que el Derecho de Autor tiene, como uno de sus objetivos, el fomentar el desarrollo cultural mediante los derechos de explotación que se otorgan sobre la obra y, al ser más restrictivo este criterio, este objetivo no se cumple.

Un buen ejemplo de esta crítica lo encontramos en las siguientes imágenes



La imagen de la izquierda se titula “V-J day in Times Square”¹⁷, tomada por Alfred Eisenstaedt y publicada en la Revista Life en 1945.

La imagen de la derecha constituye la misma fotografía desde otro ángulo. Ésta se titula “Kissing the War Goodbye”¹⁸ por Victor Jorgensen, fue publicada en la Revista New York Times en 1945.

Bajo el criterio de la novedad objetiva absoluta, ante este caso solamente el primero de los fotógrafos sería protegido ya que el segundo no tendría una obra totalmente novedosa. La dificultad de saber quién fue el primero plantea un problema adicional.

Otra crítica importante a la teoría de la novedad absoluta es que no permite proteger transformaciones de obras ya existentes como es el caso de las parodias, las adaptaciones, las traducciones, entre otras obras derivadas¹⁹; ello debido a que carecerían de novedad en los términos indicados.

Una crítica adicional, pero relacionada con la anterior, señala que aplicar un criterio de novedad absoluta es correcto dentro del Derecho de Patentes porque en materia tecnológica usualmente un crecimiento técnico implica desplazar a una invención de menor desarrollo. Pero en el área de las creaciones estéticas puede haber varias obras similares y consecutivas sin que la existencia de una haga que la otra pierda su valor artístico. En este sentido se pronuncia Monserrat Real, al mencionar que “*el Quijote sigue siendo único a pesar de que con el tiempo aparezcan más libros sobre caballerías*”²⁰.

¹⁷ Fuente: http://www.michaelhoppengallery.com/artist,show,1,96,0,0,0,0,0,0,alfred_eisenstaedt.html (consulta: 27/03/10).

¹⁸ Fuente: <http://www.nuevayorkturismo.com/kissing-the-war-goodbye/> (consulta: 19/10/10).

¹⁹ Una obra derivada es la que toma como base otra ya existente, sin que ello implique que se puedan violar los derechos del autor de la obra originaria (la creada primero), motivo por el cual, para explotarla, es necesario pedir la respectiva autorización y pago por el empleo de la obra originaria. Son obras derivadas las traducciones, adaptaciones, revisiones y actualizaciones, resúmenes y extractos, arreglos musicales, entre otros.

²⁰ Real Márquez, Montserrat. Op. cit. p. 4.

En concordancia con lo anterior, es negativo que la teoría de la novedad absoluta no considere como obras los siguientes ejemplos de obras derivadas, que tuvieron como inspiración las fotografías previamente señaladas.



La primera imagen corresponde a una enorme escultura denominada “*Unconditional Surrender*” por Seward Johnson²¹.

²¹ Ubicada en *Approach Island Park* en *Sarasota Bay*. <http://www.squidoo.com/unconditionalsurrender> (consulta: 19/10/10).

La segunda pertenece a la película *Watchmen*, dirigida por Zack Zinder en 2009²².

Por su parte, la principal crítica contra la novedad relativa es que pierde la precisión de la novedad absoluta, ya que no queda claro cuál es el grado de novedad que deben tener las obras para ser consideradas como originales²³.

En ambos casos, tanto en la novedad objetiva absoluta como en la relativa, existe un severo problema de aplicación, ya que los registros de obras en el Derecho de Autor no siguen una lógica constitutiva de derechos, sino que se utilizan solamente como medio probatorio, asignando una fecha cierta sobre la cual el titular del registro puede afirmar ser el creador de la obra.

En cuanto a la novedad subjetiva la falla es bastante evidente pues *“el gran problema que plantea esta opción es la dificultad de probar que no se copió, pero además nos encontramos con la posibilidad de proteger obras iguales con distinto titular”*²⁴. Evidentemente, que una misma obra tenga diferentes autores, sin que éstos hayan trabajado conjuntamente, desvirtúa completamente la naturaleza exclusiva que otorga el Derecho de Autor.

1.2 Teoría que considera a la originalidad como personalidad:

Esta teoría, conocida como la teoría de la originalidad subjetiva, postula que existe originalidad en la creación si ésta expresa lo propio del autor o, en otras palabras, si lleva la impronta de su personalidad, al margen de si la creación es nueva o no.

²² La película a su vez se encuentra basada en el comic desarrollado por Alan Moore. <http://blog.trailerpark.cz/2009/03/08/watchmen-uvodni-titulky/> (consulta: 19/10/10).

²³ En tal sentido no parece resolver el problema de imprecisión que se presenta con la teoría de la originalidad subjetiva, la cual desarrollaremos en líneas posteriores.

²⁴ Real Márquez, Montserrat. Op. cit. p. 5.

El basar la originalidad de la obra en el hecho de que se refleje la personalidad del autor ha sido fuente de confusiones; algunos la han entendido como la posibilidad de reconocer quién es el autor de la creación por haberse identificado las características de su estilo. Como bien lo explica Martín Valero, aplicándolo al tema de la fotografía, *“nunca se puede hacer depender la protección de la posibilidad de determinar quién es el fotógrafo y, por supuesto, tampoco de que se pueda determinar a qué escuela pertenece. No es éste el significado de la originalidad entendida en sentido subjetivo. Si se ha plasmado la personalidad, la fotografía será protegida, independientemente de que se pueda o no determinar quién es el autor.”*²⁵

Dado que emplear la frase “reflejo de la personalidad” ha sido cuestionado por prestarse a malas interpretaciones, algunos seguidores de esta teoría prefieren definir a las obras originales como aquellas que reflejan “la individualidad” del autor.

Sobre el empleo de esta última terminología, Delia Lipszyc, importante defensora de la teoría de la originalidad subjetiva, señala que utilizar la individualidad *“expresa más adecuadamente la condición que el derecho impone para que la obra goce de protección: que tenga algo individual y propio de su autor”*²⁶.

De este modo, aplicando la teoría de la originalidad subjetiva, dos personas podrían, de manera independiente, realizar la traducción del mismo libro pero, como por cada palabra en una lengua, usualmente existe más de una palabra equivalente en otro idioma, ambas traducciones tendrían diferencias que se explicarían en la selección aplicada por los traductores. Esa diferente selección de palabras en la traducción estaría reflejando la individualidad del traductor, es decir, por qué a su criterio el autor pensó o

²⁵ Valero Martín. Op. cit. pp. 152-153.

²⁶ Delia Lipszyc. “Derecho de autor y derechos conexos” Ediciones UNESCO, CERLALC y ZAVALIA. Buenos Aires. 2001. p. 65.

sintió que una palabra era mejor que la otra para traducir el mensaje del autor de libro.

Por ejemplo, la palabra “*law enforcement agency*” en inglés podría tener al menos tres posibles traducciones: 1) agencia del orden público, 2) autoridad competente y, 3) policía. La traducción más apropiada dependerá del contexto y de la persona que esté realizando la traducción.

Si bien esta teoría guarda semejanza con la teoría de la novedad objetiva relativa, la originalidad subjetiva no se enfoca en la relación que una obra tiene con las demás obras creadas, sino que se concentra en la relación que tiene el autor con su creación y, si la creación refleja la individualidad del autor, entonces será considerada original.

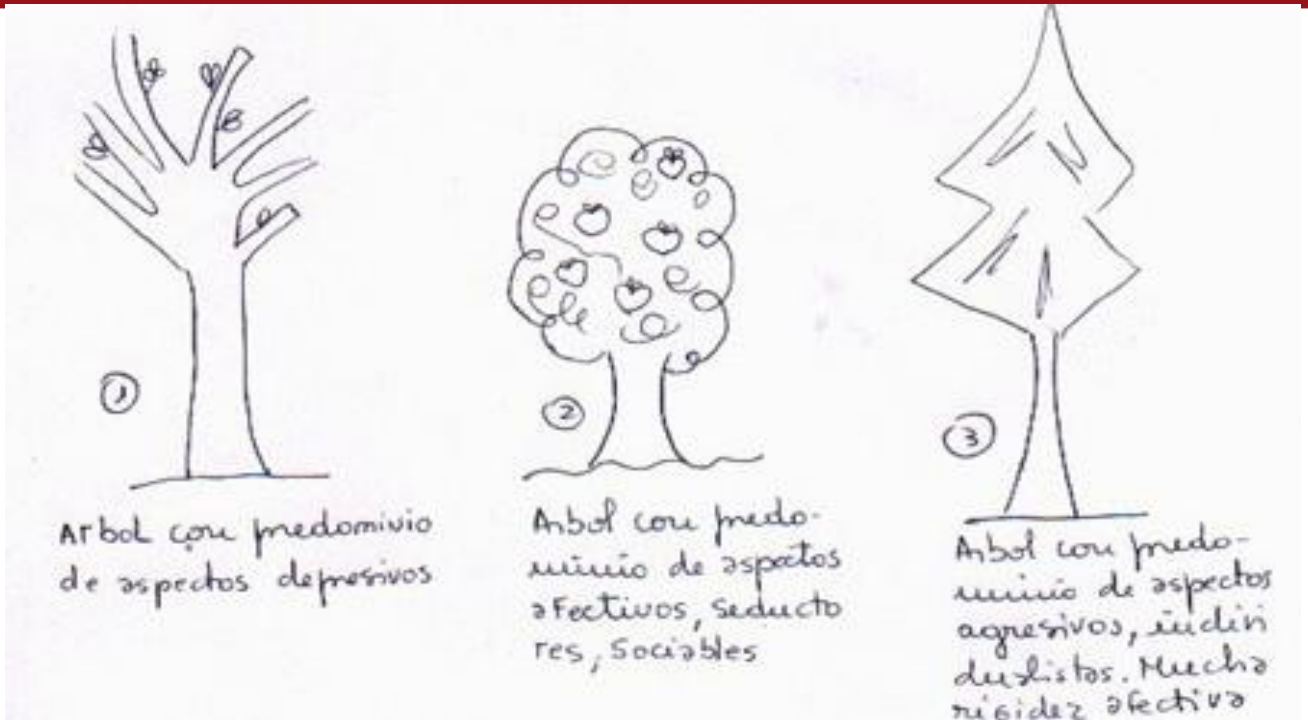
Críticas a la teoría de la personalidad

La búsqueda de la personalidad o individualidad del autor en la creación es un acto sumamente subjetivo que puede causar dos resultados.

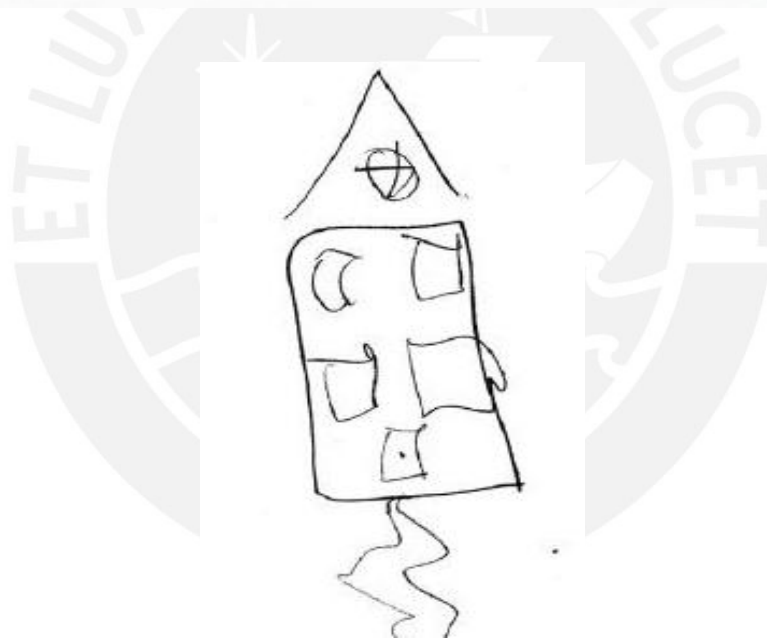
- a) Por un lado, si se entiende que las obras son producto de un ser humano y, por lo tanto, manifiestan en alguna medida un esfuerzo creativo, entonces siempre reflejan en algo la personalidad y singularidad del autor. En consecuencia, todas las obras podrían ser consideradas originales, convirtiendo éste en un requisito irrelevante. Claramente lo expresa Otero Lastres al indicar que “*si por personalidad se entiende gramaticalmente la diferencia individual que constituye a cada persona y la distingue de otra, no cabe afirmar que la obra de una persona no manifiesta su personalidad, su individualidad*”²⁷.

Como ejemplo de lo anterior, veamos los siguientes dibujos. Si bien son muy simples, de acuerdo a las pruebas psicológicas, estarían revelando la personalidad de los creadores.

²⁷ Otero Lastres, José Manuel. “La originalidad de las obras plásticas y las nuevas tecnologías”. Revista Jurídica del Perú. Lima: Normas Legales, 2008, p. 413.



28



Niño de 11 años. Dibujo simple, desestructurado, frágil, inestable. Hipótesis: Posible debilidad mental y/o importantes carencias afectivas. Poca conexión con la realidad. (2/8)

29

²⁸ Test psicológico del árbol. De izquierda a derecha, las imágenes indican “árbol con predominio de aspectos depresivos”, “árbol con predominio de aspectos afectivos, seductores, sociables”, “árbol con predominio de aspectos agresivos, individualistas. Mucha rigidez afectiva”. Fuente: http://enredos.blogspot.com/2004_04_01_archive.html (consulta: 19/10/10).

²⁹ Test psicológico de la casa. Fuente: <http://www.psicodiagnosic.es/areaspecializada/instrumentosdeevaluacion/testdelacasa/04f9119bae0d57301/d001.html> (consulta: 19/10/10).

De esta manera, bajo este supuesto, para que haya una labor realizada por una persona y que se considere que no refleja su personalidad o individualidad, dicho esfuerzo debería ser prácticamente mecánico, no creativo, similar al que realizaría una máquina, como por ejemplo ser un mero ejecutor de instrucciones. Otra circunstancia en la que no se reflejaría la singularidad del autor sería cuando, debido a la actividad, el espacio para desplegar la creatividad es extremadamente reducido.

- b) El otro efecto posible de aplicar esta teoría es que se restrinjan severamente la cantidad de obras que pueden protegerse dado que solamente las personalidades más fuertes o renombradas se imprimen en las creaciones artísticas. Nuevamente Otero Lastres presenta una buena explicación señalando que *“si la personalidad hay que entenderla como el conjunto de características o cualidades originales que destacan en algunas personas, entonces la noción de personalidad adquiere un carácter infrecuente”*³⁰.

En efecto, la realidad nos indica que solamente se puede detectar la personalidad del autor en una obra cuando el creador posee una personalidad destacada, casi única, que plasma en una obra maestra.

Uno de estos raros casos donde la personalidad de un artista se refleja con claridad en su obra, lo constituye el pintor Vincent Van Gogh³¹, específicamente su lienzo “Campo de trigo con vuelo de cuervos”, elaborado en sus últimos días de vida. Reproducimos su obra a continuación:

³⁰ Otero Lastres, José Manuel. Op. cit. p. 413

³¹ Pintor holandés posimpresionista caracterizado por una personalidad solitaria y depresiva que incluso, según los entendidos, pudo llevarlo a automutilarse el lóbulo de la oreja izquierda. Para mayor información puede consultarse: <http://www.vangoghmuseum.nl/vgm/index.jsp?lang=en>



32

Gracias a las cartas que le escribía a su hermano Theo³³, podemos corroborar el reflejo de su personalidad en este cuadro:

“He reemprendido el trabajo, aún cuando el pincel me caía casi de la mano; y, sabiendo muy bien lo que quería, he llegado a pintar tres telas grandes, son bastas extensiones bajo cielos tempestuosos, y no he tenido dificultades para intentar expresar la melancolía, la soledad extrema”³⁴.

Si solamente se otorgara protección a obras que demuestren una gran personalidad, ésta sería una de las pocas obras que cumplirían con tal requisito, debido a que el artista pudo reflejar su singular melancolía en el cuadro.

³² Vincent van Gogh “Campo de trigo con vuelo de cuervos”. Fuente:

<http://www.ite.educacion.es/w3/eos/MaterialesEducativos/mem2006/impresionismo/img/05/trigo1.jpg>
(consulta: 14/04/2010)

³³ Dada la personalidad solitaria de Vincent Van Gogh, el pintor usualmente compartía sus intereses y preocupaciones solamente con su hermano menor, Theo, a través de cartas. Para mayor información puede consultarse: <http://www.vangoghmuseum.nl/vgm/index.jsp?lang=en>

³⁴ Anónimo. Maestros de la Pintura. Van Gogh 2. Tomo III. No. 17 Editorial Anesa, Editorial Noguer y Editorial Rizzoli. 1973. No figuran las páginas en el documento.

Es evidente que determinar la originalidad en base a este criterio hace recaer en el funcionario público una gran responsabilidad ya que es una apreciación muy subjetiva la que determinará si estamos o no ante una obra.

En consecuencia, nos encontramos de acuerdo con la crítica que señala que la impronta de la personalidad es un criterio muy subjetivo. En nuestra opinión, debe revertirse el alto grado de subjetividad estableciendo criterios jurisprudenciales según el tipo de obra y sus características particulares.

Vale la pena señalar en este punto que, a nuestro modo de ver, aunque la postura formal en Perú es que se sigue la teoría de la personalidad, en los hechos, lo que se utiliza es un criterio de novedad relativa. Nuestra afirmación se basa en que, para determinar si la creación es “singular”, como proceso natural, la autoridad buscará compararla con otras obras similares a ella, intentando detectar la mayor cantidad de diferencias. Como la “singularidad” de la obra es parte del aspecto interno del creador y por ello no puede ser evaluada, en los procesos que se presentan se trata de detectar qué es diferente o “nuevo” en la obra con respecto a otras.

De esta manera, consideramos que el proceso de búsqueda de singularidad encierra un análisis de novedad relativa. Sin perjuicio de esta reflexión en abstracto, abordaremos brevemente la presencia de la novedad relativa en las resoluciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI) al momento de analizar el concepto de originalidad en la jurisprudencia.

Teoría ecléctica o intermedia:

Como consecuencia de las fallas que existen en considerar a la originalidad como novedad o como reflejo de la personalidad, se ha propuesto una alternativa intermedia, de acuerdo a la cual se protegen las creaciones que reflejan la impronta de la personalidad del autor pero que, además, no son una copia de otras obras.

Tanto Monserrat Real como Otero Lastres muestran afinidad por este criterio. En el caso de la primera autora, señala que *“los criterios objetivos y subjetivos son complementarios, es decir, la impronta de la personalidad no está reñida con la actividad creativa, ambos aspectos confluyen en una misma obra (...)”*³⁵ aunque se inclina por hacer prevalecer la teoría de la originalidad subjetiva cuando exista algún supuesto ambiguo, dado que sigue un criterio de protección más amplio. Por su parte, Otero Lastres afirma que la originalidad debe considerarse como una noción objetiva y subjetiva ya que *“es objetiva en la medida en que es una característica de la obra protegible y es subjetiva en la medida en que en sí misma es una consecuencia de la capacidad creadora del autor”*³⁶.

Crítica a la teoría ecléctica o intermedia

De todas las teorías, la presente es la que, desde el punto de vista lógico, tiene mayor congruencia, ya que reconoce las características de la creación (algún nivel de novedad) y las características del creador (plasmación de la personalidad). Sin embargo, no queda claro si este criterio debe aplicarse a todos los tipos de obras, sin importar qué tan diferentes pueden ser las unas de las otras. Tampoco es sencillo determinar cómo aplicar la teoría ecléctica cuando nos encontramos ante un caso concreto.

Para ilustrar la complejidad de aplicar esta teoría tomaremos el siguiente ejemplo.

En la primera figura apreciamos una captura de imagen del sistema MSN Juku de Microsoft en China.

En la segunda, apreciamos el aspecto que posee el sistema Plurk.

³⁵ Real Márquez, Montserrat. Op. cit. p. 9.

³⁶ Otero Lastres, José Manuel. Op. cit. p. 414.

(MSN Juku)



37

(Sistema Plurk)



38

En ambos casos, MSN Juku y Plurk, al igual que Twitter, permiten el *microblogging*, es decir enviar mensajes breves e instantáneos a través de la web. El lector podrá apreciar a simple vista que los diseños son muy parecidos, dado que la disposición de los elementos es extremadamente similar. En este caso, cabe señalar que el parecido no se justifica en una funcionalidad natural

³⁷ MSN Juku. Fuente: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/8415597.stm> (consulta: 01/02/10).

³⁸ Sistema Plurk. Fuente: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/8415597.stm> (consulta: 01/02/10).

del sistema, es decir, no es necesario que en este tipo de programas todos los elementos se coloquen de la misma manera³⁹.

Las semejanzas son evidentes y la infracción es clara⁴⁰, pero no es fácil identificar si en esta obra predomina un aspecto objetivo (novedad) o un aspecto subjetivo (personalidad). En nuestra opinión siempre deben hacerse los esfuerzos por privilegiarse el método más objetivo, en tanto sea posible, para otorgar una mayor seguridad jurídica.

Luego de haber estudiado todas las teorías referidas a la originalidad, a continuación señalaremos cuál de ellas se sigue en nuestro país según su normativa y jurisprudencia.

2. Normativa y jurisprudencia peruana en torno a la originalidad: Decreto Legislativo 822 y precedente Agrotrade vs. Infutecsa

En el Perú se sigue la teoría de la originalidad subjetiva, es decir, se entiende que una obra es original cuando cumple con reflejar la impronta de la personalidad del autor.

El seguimiento a esta teoría no se contempla en las leyes que son pertinentes, lo cual puede ser una ventaja si se desea una rápida modificación.

En efecto, el Decreto Legislativo No. 822, Ley sobre el Derecho de Autor, cuando define a las obras solamente señala:

“Artículo 2.- A los efectos de esta ley, las expresiones que siguen y sus respectivas formas derivadas tendrán el significado siguiente:
(...)

³⁹ Prueba de lo anterior es que el sistema Twitter posee un aspecto diferente. Ver: <http://twitter.com/>

⁴⁰ Microsoft admitió en diciembre del año 2009 que su sistema MSN Juku, lanzado para el mercado Chino, había copiado, entre otras cosas, el diseño del sistema Plurk. Antes estos hechos, Microsoft tuvo que suspender el servicio de MSN Juku. Fuente: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/8415597.stm> (consulta: 01/02/10).

17. *Obra: Toda creación intelectual personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse.*

(...)"

Puede apreciarse que el Decreto Legislativo No. 822 no llega a definir el concepto de originalidad y lo mismo sucede con la normativa andina, pues la Decisión No. 351, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos tampoco posee mayores precisiones, limitándose a señalar:

“Artículo 3.- A los efectos de esta Decisión se entiende por:

(...)

1. **Obra:** *Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.*

(...)"

La jurisprudencia es la fuente que ha determinado qué debe entenderse por originalidad. Así, en el marco del Expediente No. 663-96-ODA-INDECOPI la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPI estableció la definición de originalidad que seguimos en nuestro país.

En el mencionado caso, la empresa Agrottrade S.R.LTDA. denunció por plagio a su similar, Infutecsa E.I.R.L., alegando que el diseño, descripción y redacción de la etiqueta de su producto ALPHA CPL 10 CE había sido copiado sin autorización por la denunciada para vender el producto VECCIPER 10 CE.

Por su parte Infutecsa E.I.R.L. señaló que la etiqueta no constituía una obra protegible por el Derecho de Autor, por tratarse de una descripción y formato común empleado para las etiquetas de ese producto químico. Adjuntó como prueba de esta afirmación las etiquetas de otros productos similares.

Las etiquetas involucradas en el caso eran las siguientes:

ETIQUETA DEL DENUNCIANTE

PRECAUCIONES

- Lea detenidamente la etiqueta, antes de utilizar el producto.
- No comer, fumar ni beber durante el manejo y aplicación del producto.
- Utilice ropa protectora, guantes, botas y mascarilla durante la aplicación.
- Evite contacto con los ojos, piel y ropa, cambiándose la ropa contaminada y bañese con abundante agua y jabón después de cada aplicación.
- No contamine las aguas arrojando sobrantes del producto o envases usados.

**NO EXPLOSIVO INFLAMABLE
NO CORROSIVO**

PROPIEDADES

ALPHA - CPL 10 CE es un insecticida piretroide constituido por 100% de isomero alfacipermetrina que le confiere una actividad mucho mayor que las cipermetrinas clásicas por lo que es más estable y requiere de menores dosis para lograr un control eficiente.

Los isómeros puros con 100% de la forma CIS, además de la alta pureza son fotoestables y termooestables asegurando su actividad en un rango muy variado de condiciones climáticas.

Actúa por contacto e ingestión con una excelente acción inmediata y largo poder residual, especialmente sobre superficies inertes como pisos, paredes, techos, etc. por lo que está especialmente recomendado para el control de insectos de almacenes, establos, granjas y otras instalaciones agroindustriales donde se requiere de un control inmediato y permanente tanto de adultos como estados inmaduros de insectos y ácaros.

CONTENIDO NETO: 1 Litro
Reg. Min. de Agric. N° 878 PRODUCTO PERUANO

DISTRIBUIDOR EXCLUSIVO:
AGROTRADE S.R.L.
Nicolás Ariola 501
Urb. Santa Catalina
Telefax 472-9118

Su Distribuidor
AGROTRADE
TEL. 729118

USOS ESPECIFICOS

PLAGA	DOSES EN CONCENTRACION	TOLERANCIA DE RESERVOS ppm
Mosca de los establos <i>Stomoxys calcitrans</i>	0.25 %	0.1
Gorgojo de la materia orgánica <i>Protophonus diaperinus</i>	0.25 %	0.1
Gorgojo de los granos <i>Sitophilus oryzae</i>	0.25 %	0.1
Ácaro de las harinas <i>Tyroglyphus farinosus</i>	0.25 %	0.05

Volumen de aplicación: 1 litro de solución por 50 m² de superficie.

Lote N°: _____
Fecha de Exp.: _____

MODERADAMENTE TOXICO CUIDADO

WANTENGALE ALLIADO DE LAS PERSONAS, ANIMALES, PRODUCTOS ALIMENTICIOS Y MEDICINALES

DESTRUYA ESTE ENVASE INMEDIATAMENTE DESPUES DE USAR EL PRODUCTO

ETIQUETA DEL DENUNCIADO

PROPIEDADES

VECCYPER 10 C.E. es un insecticida piretroide constituido por 100% de isomero alfacipermetrina que le confiere una actividad mucho mayor que las cipermetrinas clásicas por lo que es más estable y requiere de menores dosis para lograr un control eficiente.

VECCYPER 10 C.E. Es un alfacipermetrina para el control de vectores, en salud pública, saneamiento ambiental e higiene industrial y avícola.

Los isómeros puros con 100% de la forma CIS, además de la alta pureza son fotoestables y termooestables asegurando su actividad en un rango muy variado de condiciones climáticas.

Actúa por contacto e ingestión con una excelente acción inmediata y largo poder residual, especialmente sobre superficies inertes como pisos, paredes, techos, etc. por lo que está especialmente recomendado para el control de insectos de almacenes, establos, granjas y otras instalaciones agroindustriales donde se requiere de un control inmediato y permanente tanto de adultos como estados inmaduros de insectos y ácaros.

**NO EXPLOSIVO INFLAMABLE
NO CORROSIVO**

PRECAUCIONES

- Lea detenidamente la etiqueta antes de utilizar el producto.
- No comer, fumar, ni beber durante el manejo y aplicación del producto.
- Utilice ropa protectora, guantes, botas y mascarilla durante la aplicación.
- Evite contacto con los ojos, piel y ropa, cambiándose la ropa contaminada y bañese con abundante agua y jabón después de cada aplicación.
- No contamine las aguas arrojando sobrantes del producto o envases usados.

CONTENIDO NETO: 1 Litro
Reg. Min. N° 939

Distribuido por:
Vectorial Insectice E.I.R.L.
Teléfono: 9-962280

USOS ESPECIFICOS

PLAGAS	
MOSCA DE LOS ESTABLOS <i>Stomoxys calcitrans</i>	MOSCA DOMESTICA <i>Musca domestica</i>
GORGORO DE LA MATERIA ORGANICA <i>Protophonus diaperinus</i>	CUCARACHA ALEMANA <i>Blattella germanica</i>
GORGORO DE LOS GRANOS <i>Sitophilus oryzae</i>	MOSQUITO DEL PALUDISMO <i>Anopheles</i>
ACARO DE LAS HARRINAS <i>Tyroglyphus farinosus</i>	PULGA DE LA PESTE <i>Xenopsylla cheopis</i>

DOSIFICACION

5 a 10 ml. x litro de agua.
Las dosificaciones pueden variar según el vector y el grado de infestación.

LOTE N° 02031
FECHA DE EXP.: 14 - 02 - 08

MODERADAMENTE TOXICO

WANTENGALE ALLIADO DE LAS PERSONAS, ANIMALES, PRODUCTOS ALIMENTICIOS Y MEDICINALES

La Oficina de Derechos de Autor⁴¹ del INDECOPI (Primera Instancia Administrativa) señaló en la Resolución No. 157-96-ODA⁴² que la redacción sobre las propiedades del insecticida contenidas en la etiqueta del producto ALPHA CPL 10 CE constituía una obra que había sido copiada por la denunciada. Asimismo, estableció que las etiquetas aportadas como prueba por Infutecca E.I.R.L. no habían demostrado que la forma de expresión de las cualidades del producto químico fuera de carácter genérico o usual ya que tenían un esquema y redacción diferente.

Luego de que Agrotrade S.R.LTDA apelara este resultado, la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI (Segunda Instancia Administrativa) analizó los textos de las etiquetas así como la distribución de sus elementos.

Determinó que los textos de ambas etiquetas eran prácticamente idénticos, tal como se aprecia a continuación:

“ALPHA-CPL 10 CE es un insecticida piretroide constituido por 100% de isómero alfacypermetrina que le confiere una actividad mucho mayor que las cypermetrinas clásicas por lo que es más estable y requiere de menores dosis para lograr un control eficiente. Los isómeros puros son 100% de la forma CIS, además de la alta pureza son fotoestables y termoestables asegurando su actividad en un rango muy variado de condiciones climáticas. Actúa por contacto e ingestión con una excelente acción inmediata y largo poder residual, especialmente sobre superficies inertes como pisos, paredes, techos, etc., por lo que está especialmente recomendado para el control de insectos de almacenes, establos, granjas y otras instalaciones agroindustriales donde se requiera de un control inmediato y permanente, tanto de adultos como estados inmaduros de insectos ácaros.”

⁴¹ Hoy denominada Dirección de Derecho de Autor.

⁴² De fecha 20 de junio de 1996.

“VECCIPER 10 CE es un insecticida piretroide constituido por 100% de isómero alfacypermetrina que le confiere una actividad mucho mayor que las cypermetrinas clásicas por lo que es más estable y requiere de menores dosis para lograr un control eficiente.

VECCIPER 10 CE.- Es un alfacypermetrina para el control de vectores, en salud pública, saneamiento ambiental e higiene industrial y afines.

Los isómeros puros son 100% de la forma CIS, además de la alta pureza son fotoestables y termoestables asegurando su actividad en un rango muy variado de condiciones climáticas.

Actúa por contacto e ingestión con una excelente acción inmediata y largo poder residual, especialmente sobre superficies inertes como pisos, paredes, techos, etc., por lo que está especialmente recomendado para el control de insectos de almacenes, establos, granjas y otras instalaciones agroindustriales donde se requiera de un control inmediato y permanente, tanto de adultos como estados inmaduros de insectos ácaros.”

Analizando las etiquetas, la Sala determinó que en todas ellas se describían las propiedades de los productos de manera similar, empleando para ello redacciones semejantes a las que existen en textos especializados de productos químicos como el “Vademécum Clínico del diagnóstico al tratamiento”, de Vittorio Fattorusso y Otto Ritter. En consecuencia, señaló que *“el texto contenido en la etiqueta del producto ALPHA CPL 10 CE no tiene una originalidad especial, sólo expresa en el lenguaje diario del sector agrario y agroquímico las características de un producto”*.

La Sala también analizó si la etiqueta del producto ALPHA CPL 10 CE podía ser original, no por su contenido sino por la forma de distribución y disposición de la información y el diagramado de la etiqueta, así como por los títulos que contenía. Sobre este punto, establece que *“si bien ambas etiquetas tienen cierta similitud respecto a estos elementos, analizadas las pruebas presentadas se puede apreciar que es usual en los plaguicidas agrícolas que el nombre del producto esté ubicado en el centro de la etiqueta y a los lados la información*

general del producto, así como las precauciones que deben tenerse al utilizar el mismo, indicaciones sobre primeros auxilios y notas para el comprador; siendo usual también que dentro de un recuadro se aprecie la relación de plagas para las que puede ser usado el producto junto con la dosificación, variando en cada caso la ubicación de tales elementos dentro de la etiqueta. A lo expuesto cabe agregar que los títulos que aparecen en la etiqueta sustento de la denuncia tampoco son originales ya que son iguales a los utilizados en las otras etiquetas”. Asimismo, la Sala señaló que la causa de que todas las etiquetas de plaguicidas agrícolas fueran muy similares se explicaba en que debían seguir un modelo determinado legalmente, por lo que el contenido, la ubicación y el orden de los elementos que debían incorporarse en las etiquetas, así como su disposición y el diagramado, no podían ser modificados por los fabricantes.

En consecuencia con lo anterior, la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, vía Resolución No. 286-1998/TPI- INDECOPI⁴³, estableció como precedente de observancia obligatoria lo siguiente:

“Debe entenderse por originalidad de la obra la expresión (o forma representativa) creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. La obra debe expresar lo propio del autor, llevar la impronta de su personalidad.

No será considerado individual lo que ya forma parte del patrimonio cultural - artístico, científico o literario - ni la forma de expresión que se deriva de la naturaleza de las cosas ni de una mera aplicación mecánica de lo dispuesto en algunas normas jurídicas, así como tampoco lo será la forma de expresión que se reduce a una simple técnica o a instrucciones simples que sólo requieren de la habilidad manual para su ejecución.

⁴³ De fecha 23 de marzo de 1998, Expediente No. 663-96-ODA.

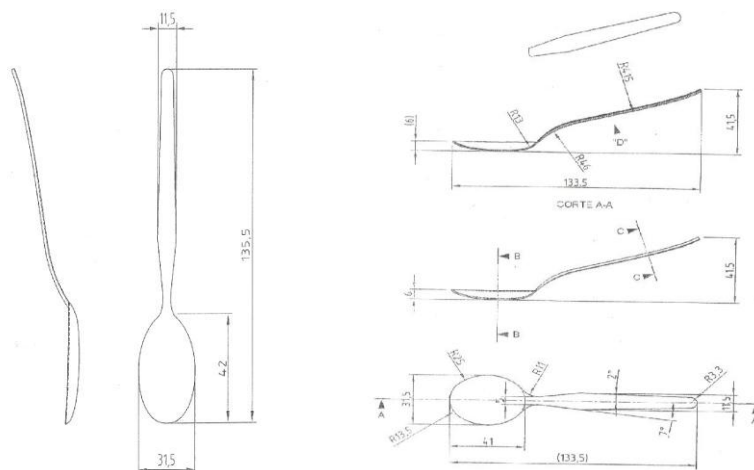
En consecuencia, no todo lo producido con el esfuerzo de su creador merece protección por derechos de autor. Igualmente aun cuando exista certeza de que una creación carente de individualidad ha sido copiada textualmente, tal circunstancia no convierte a ésta en obra”.

Este precedente, vigente hasta la actualidad, opta claramente por la teoría de la originalidad subjetiva o personalidad como el criterio para determinar la originalidad de una creación. Cabe también mencionar que se encuentra acorde con lo indicado en la Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 10-IP-99, en la que se señala que:

“Para que llegue a tener entonces el carácter de creación, es necesaria la originalidad, que no es sinónimo de novedad, sino de individualidad, vale decir, “que exprese lo propio de su autor, que lleve la impronta de su personalidad”, cuestión de hecho que debe examinarse en cada caso y, en el presente, por el juez nacional”.

Vale la pena especificar en este punto que, a nuestro modo de ver, aunque la jurisprudencia nacional es constante al manifestar que solo es importante el reflejo de la personalidad del creador en la obra y no la novedad de la misma, en los hechos, se analiza si la creación es nueva en términos relativos.

Así por ejemplo, tenemos que en el Expediente N° 1361-2008/DDA se discutió la posibilidad de registrar como obra los siguientes planos de una cucharita de té.



En el mencionado expediente, la Primera Instancia⁴⁴ resolvió que este elemento carecía de originalidad, indicando:

*“Cabe señalar que, si bien es cierto el ángulo que forma el mango con la línea horizontal o la profundidad de la parte cóncava de la cucharita podrían ser **variaciones a la forma estándar**, sin embargo, **estos elementos no llegan a convertir el objeto en una obra original**, debido a que la forma de la cucharita materia de registro es la **forma común de las cucharitas** para té o para algunos postres. Tampoco hay detalle alguno en ella que sea objeto de protección por el derecho de autor. Finalmente, el dibujo presentado que representa a la cucharita, tampoco presenta originalidad como para constituir en sí una obra de arte aplicado”. (El resaltado y subrayado es nuestro)*

Este pronunciamiento, confirmado en apelación mediante la Resolución N° 2418-2009/TPI-INDECOPI⁴⁵, nos demuestra que, al momento de analizar si una creación cumple con el requisito de originalidad, se está más cercano a un análisis de la novedad relativa que a un análisis de personalidad⁴⁶. Otros pronunciamientos confirman que existe una cierta tendencia a realizar, en los hechos, un análisis de novedad relativa⁴⁷.

⁴⁴ Resolución N° 13-2009/CDA-INDECOPI, de fecha 6 de febrero de 2009.

⁴⁵ De fecha 21 de setiembre de 2009. En esta resolución se llegó a la misma conclusión, pero evitó el uso de palabras que pudieran insinuar un análisis de novedad.

⁴⁶ No es de extrañar que así suceda. No parece haber ningún mecanismo para detectar la individualidad, singularidad o personalidad en una creación porque implicaría conocer muy bien el aspecto interno del autor, es decir, su mente, sus emociones, entre otras características. Detectar el grado de novedad en los objetos es más sencillo pues basta con encontrar aquello que los diferencia de todos los otros objetos que le son similares.

⁴⁷ Entre estos otros casos donde se puede apreciar que el análisis es más cercano a uno de novedad relativa que a uno sobre la personalidad, tenemos: Expediente N° 400-2007/ODA, que reconoce originalidad a una bandera tetraescalonada que constituye una pequeña variante de la cruz incaica-chacana; Expediente N° 576-2005/ODA, donde se declara que la forma ondulada de un espejo no se considera original por ser una forma común a otros objetos; Expediente N° 971-2003/ODA, donde se señala que un juego vía telefónica no cumple con ser original por tener una estructura de reglas similar a la de otros juegos de azar; Expediente N° 565-2002/ODA, donde un mapa a escala del territorio peruano no se considera original por ser de conocimiento y uso general y; Expediente N° 849-2000/ODA, donde se declara que unos móviles de cerámica -campanas de viento- carecen de originalidad por representar formas comunes como hojas, loros, conchas, peces, tortugas y campanas.

Es importante resaltar que, como solamente aquello que reviste originalidad puede ser protegido, aunque la creación implique un esfuerzo considerable, copiarla no genera una infracción al Derecho de Autor.

Como ejemplo de ello podemos mencionar la Resolución No. 0972-2006/TPI-INDECOPI⁴⁸. En este procedimiento la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPI declaró improcedente la denuncia de la empresa Dominio Consultores en Marketing S.A.C. contra el señor Jorge Fernández Baca. La mencionada empresa consideraba que el señor Fernández Baca había vulnerado sus derechos de reproducción y divulgación al utilizar cuadros de titularidad de la empresa, referidos a la industria del sector informático.

Tanto la Sala como la Oficina de Derechos de Autor establecieron que dichos cuadros carecían de originalidad al estar simplemente constituidos por cifras y datos sobre ventas de hardware, software, etc. y, que por lo tanto, no se configuraba una infracción pese al esfuerzo que involucraban dichos cuadros estadísticos.

Sin perjuicio de lo antes señalado, aunque copiar una creación sin originalidad no implica una infracción al Derecho de Autor, sí es posible que esa copia sea sancionada como un acto de competencia desleal. Ejemplo de esta situación la tenemos en el caso del Estudio Caballero Bustamante S.R.L. contra el Instituto de Investigación El Pacífico E.I.R.L. (Resolución No. 0455-2004/TDC-INDECOPI, del 10/09/04). En este caso, seguido bajo nuestra anterior normativa de represión de competencia desleal, se sancionó al Instituto de Investigación El Pacífico E.I.R.L. por infracción a la cláusula general, al haberse copiado un texto que sintetizaba normas tributarias. El texto fue declarado no original por la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI.

Pese a que este acto de copia no significaba un plagio, la Sala de Competencia del Tribunal del INDECOPI estimó que la copia violaba la cláusula general,

⁴⁸ Expediente No. 1538-2005/ODA, de fecha 18 de julio de 2006.

causando un aprovechamiento desleal del esfuerzo del Estudio Caballero Bustamante S.R.L.

3. Evaluación del impacto económico e innovativo que tiene el otorgar derechos de autor a las creaciones.

Según la teoría económica de la propiedad, es conveniente que la sociedad defina y proteja los derechos referidos a la propiedad privada porque los bienes son escasos. Esa concepción siempre trae dificultades a los derechos sobre Propiedad Intelectual, porque, en este caso, los bienes sobre los cuales recaen no son escasos; por el contrario, lo que buscan los derechos de Propiedad Intelectual es crear una escasez para que se generen rentas monopólicas para el titular de los derechos, es decir, la escasez es artificial o construida⁴⁹.

Debido a que la protección no se debe a una escasez natural, no parece lógico aplicarle a la Propiedad Intelectual la concepción clásica de la economía sobre la propiedad material. Sin embargo sí es adecuado determinar el impacto de los derechos de Propiedad Intelectual en dos niveles: económico e innovativo.

Este breve análisis que realizaremos, centrado principalmente en el Derecho de Autor, es importante para ayudarnos a determinar la conveniencia de otorgar protección a las creaciones gastronómicas. Si el impacto en estas áreas resulta negativo, no convendrá aplicar este sistema.

En tal sentido, procederemos a estudiar por separado el impacto económico que generan los Derechos de Autor y cómo afectan estos derechos al fomento de la innovación.

⁴⁹ Cole, Julio H. "Patentes y copyrights: costos y beneficios". Eseade. Base de datos e-libro, 2002, pp.5-6.

3.1 Impacto económico que generan los Derechos de Autor

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) ha venido encargando a varios países la elaboración de investigaciones sobre la forma en que el Derecho de Autor influye en la economía, tomando como referencia el desarrollo de los sectores más vinculados a estos derechos.

La OMPI y el INDECOPI conjuntamente han solicitado a la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) una investigación sobre nuestro país en el sentido antes descrito. El mencionado documento se denomina “*Contribución económica de las industrias basadas en Derechos de Autor en el Perú*” y toma como referencia los datos del año 2006; sin embargo, aún no había sido publicado al finalizar la presente tesis. No obstante lo anterior, algunos de sus resultados ya fueron anunciados oficialmente por el INDECOPI.

Adicionalmente a la información peruana, recurriremos también a los datos que se han podido obtener de países cercanos, particularmente de los países que integran el MERCOSUR y Chile. Asimismo, emplearemos información que se tiene sobre Estados Unidos de Norteamérica. En base a ello, señalaremos, de manera general, qué impacto económico generan los Derechos de Autor.

En los países del MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay) y Chile, la OMPI junto con la Universidad Estadual de Campinas, realizaron el estudio sobre la importancia de los Derechos de Autor para las economías de estos países⁵⁰, siendo el 2001 su año de referencia. En éste, se abocan a identificar los sectores, subsectores y segmentos que están relacionados a las actividades protegidas por el Derecho de Autor y Derechos Conexos, así como a ubicar la influencia que ejercen en la dinámica económica.

De esta manera, la investigación analiza a los principales agentes involucrados con el proceso de producción, difusión, comercialización y consumo de bienes

⁵⁰ Buainain, Antônio Márcio (coordinador). “Estudio sobre la importancia económica de las industrias y actividades protegidas por el Derecho de Autor y los Derechos Conexos en los países del MERCOSUR y Chile” Universidad Estadual de Campiñas (UNICAMP) y la OMPI. Año 2001.

y servicios de naturaleza cultural⁵¹ o, en otras palabras, a las denominadas “industrias culturales”⁵² de estos países.

De acuerdo al mencionado documento, la participación en el Producto Bruto Interno- PBI de los sectores relacionados al Derecho de Autor, es decir, el valor agregado de estos sectores se indica como similar en Argentina, Brasil y Uruguay, alcanzando entre 4% y 6%. En Chile y Paraguay, la contribución se sitúa aproximadamente entre 1% y 2%⁵³.

Por su parte, en el Perú, de acuerdo a la información brindada por el INDECOPI respecto del documento “*Contribución económica de las industrias basadas en Derechos de Autor en el Perú*”, al año 2005 la contribución a la economía peruana por parte de los sectores relacionados al Derecho de Autor representó el 2.67%⁵⁴. Cabe resaltar que este es un aporte superior al que realizó el sector financiero en Perú, el mismo que representaba el 2.56%⁵⁵.

Para tener una visión más completa del impacto que pueden tener las industrias culturales en la economía de una nación, en Estados Unidos, un país que claramente ha desarrollado estos sectores, el aporte de estas industrias para el año 2002 representó el 12% de su PBI, es decir, US\$ 1.254 trillones⁵⁶ de dólares⁵⁷.

Otro punto económico importante en el que se genera impacto es en el empleo.

⁵¹ Son agentes involucrados, los autores, intérpretes, productores, fabricantes, medios de comunicación, comerciantes mayoristas y minoristas, anunciantes, bibliotecas públicas, museos, fundaciones, instituciones educativas, entre otros.

⁵² De acuerdo a la UNESCO, las industrias culturales son aquellas que reproducen a escala industrial, utilizando como materia prima creaciones protegidas por el Derecho de Autor, de manera que producen bienes y servicios culturales fijados sobre soportes tangibles o electrónicos. Ver: http://portal.unesco.org/culture/en/files/30850/11467401723cultural_stat_es.pdf/cultural_stat_es.pdf (consulta: 04/07/2011)

⁵³ Buainain, Antônio Márcio (coordinador). Op. cit. pp 62-63

⁵⁴ Fuente: http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/NOT/NOT_DetallarNoticia.aspx?PFL=0&NOT=182 (consulta: 20/05/2010)

⁵⁵ Ibid

⁵⁶ Cabe señalar que, en español, según el Diccionario de la Lengua Española, un trillón se refiere a “un millón de billones, que se expresa por la unidad seguida de 18 ceros” es decir 10^{18} , mientras que en Estados Unidos, un trillón se define como “Numerical number identified by the presence of twelve zeros behind a number”, es decir 10^{12} . Fuentes: www.rae.es y www.businessdictionary.com/definition/trillion.html (consulta: 21/05/2010)

⁵⁷ Siwek, Stephen E. of Economists Incorporated and the International Intellectual Property Alliance (IIPA). “The economic contribution of Copyright Based Industries in USA”. OMPI. Año 2004. pp 3

Al respecto, de acuerdo al “Estudio sobre la importancia económica de las industrias y actividades protegidas por el Derecho de Autor y los Derechos Conexos en los países del MERCOSUR y Chile” se establece que:

“El empleo generado por las actividades protegidas por el derecho de autor es relevante en todos los países, variando entre el 5% y 3%. En Argentina, en el año 1993, aproximadamente medio millón de personas estaba empleada en alguna actividad directa o indirectamente vinculada al derecho de autor. En Brasil ese número era superior a un millón en 1998. En Chile, en ese mismo año, el sector absorbía 150 mil personas y en Uruguay al menos 60 mil en 1997”⁵⁸.

Cabe señalar que estas cifras no toman en cuenta el mercado laboral por materiales no autorizados, el cual es de considerables dimensiones, al menos en el caso de Paraguay⁵⁹.

En el Perú, el informe revela que la contribución de estos sectores al empleo al año 2005 fue de 4.5%, lo cual representó 595,950 puestos de trabajo⁶⁰.

En cuanto a Estados Unidos, la contribución de sus industrias culturales al empleo en el año 2002 fue el 8.41%, es decir, unos 11,476,000 puestos de trabajo, cifra cercana al total de los empleos generados por su sistema de salud y de asistencia social (15.3 millones de empleos) e incluso cercana a los puestos de trabajo que genera el sector de manufactura (14.5 millones puestos de trabajo en 21 industrias)⁶¹.

Por último, en lo referido al comercio exterior, todos los países del MERCOSUR registran déficits en el comercio exterior de productos de las industrias del Derecho de Autor, es decir, sus importaciones superan sus exportaciones. De

⁵⁸ Buainain, Antônio Márcio (coordinador). Op. cit. p. 63.

⁵⁹ Ibid. p. 63.

⁶⁰ Fuente: http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/NOT/NOT_DetallarNoticia.aspx?PFL=0&NOT=182 (consulta: 20/05/2010).

⁶¹ Siwek Stephen E. of Economists Incorporated and the International Intellectual Property Alliance (IIPA). Op. cit. p. 5.

esta manera, en la última década, en los países del MERCOSUR, las importaciones de bienes culturales han crecido de 600 a 1900 millones de dólares anuales⁶².

En nuestro país, la información del INDECOPI indica que, en el año 2005, las importaciones de las industrias culturales alcanzaron 652 millones de dólares, lo que representa el 5.4% de las importaciones totales de la nación⁶³.

Finalmente, en Estados Unidos las ventas al exterior para el año 2002 se estimaron en 89.26 billones de dólares, superando a otras industrias como la exportación de alimentos y de vehículos automotores (y sus accesorios)⁶⁴. Cabe señalar dos cosas importantes. Esta cifra solamente está considerando “*core copyright industries*”, es decir, industrias núcleo del Derecho de Autor, cuyo propósito primario es producir y/o distribuir materiales protegidos⁶⁵. Un segundo punto a resaltar es que el año 2002 se consideró un año de crecimiento lento, probablemente debido a que, durante 25 años seguidos, el crecimiento exportador de las industrias culturales en Estados Unidos superó a cualquier otra en su economía⁶⁶.

Dadas estas cifras, se vuelve innegable el impacto de los Derechos de Autor en la economía de los países, tanto en aquellos en vías de desarrollo como en los países desarrollados.

3.2 Impacto de los Derechos de Autor en la innovación

La teoría que sostiene la existencia del Derecho de Autor es que el costo de crear una obra protegida es usualmente alto, pero el costo de reproducir la obra es bajo. Una vez que las copias están a disposición de alguien, es barato crear

⁶² Buainain, Antônio Márcio (coordinador). Op. cit. p. 64.

⁶³ Fuente: http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/NOT/NOT_DetallarNoticia.aspx?PFL=0&NOT=182 (consulta: 20/05/2010).

⁶⁴ Siwek, Stephen E. of Economists Incorporated and the International Intellectual Property Alliance (IIPA). Op. cit. p. 6.

⁶⁵ En cambio, el total de las industrias del derecho de autor contiene sectores que parcialmente se dedican a esta actividad (industrias secundarias o relacionadas). Fuente: Siwek, Stephen E. of Economists Incorporated and the International Intellectual Property Alliance (IIPA). Op. cit. p. 1.

⁶⁶ Siwek, Stephen E. of Economists Incorporated and the International Intellectual Property Alliance (IIPA). Op. cit. p. 6.

copias adicionales. Si las copias hechas por el creador de la obra tienen un precio igual o similar al costo marginal, otras personas podrían no tener incentivos para hacer copias, pero todos los ingresos del creador podrían no ser suficientes para cubrir el costo total de crear la obra. El Derecho de Autor otorga control al autor para que otros no puedan realizar copias sin previa autorización, pero lograr el correcto balance entre libre acceso e inventiva es el problema central de esta área⁶⁷.

Aunque las investigaciones que han estudiado el impacto de los Derechos de Autor en la innovación no son abundantes, hemos encontrado interesantes estudios que cuestionan la forma actual de justificar este mecanismo de atribución de derechos. Asimismo, los estudios que analizan el efecto de las patentes sobre la innovación nos serán de utilidad.

Emplearemos también las investigaciones sobre patentes porque, tal como señala el profesor Julio Harold Cole, *“aunque han tenido historias legislativas muy diferentes, las patentes y los copyrights tienen muchas características similares, y gran parte de lo que se ha dicho acerca de las patentes se aplica igualmente en el caso del copyright”*⁶⁸. En efecto, en ambos casos nos encontramos ante derechos de exclusiva que brindan protección durante un plazo determinado y no renovable una vez que la creación cumple determinadas características. Asimismo, tanto en el Derecho de Autor como en el Derecho de Patentes la justificación para la existencia de ambos sistemas es que otorgan derechos exclusivos que fomentan la actividad creativa.

El profesor Cole realiza un análisis interesante sobre los efectos que tendría la ausencia de los Derechos de Autor en la cantidad y calidad de obras (específicamente, libros)⁶⁹. Compartimos sus opiniones en cuanto a que:

⁶⁷ Posner, Richard A. y William M. Landes. “An Economic Analysis of Copyright Law”. The University of Chicago Press. The Journal of Legal Studies, Vol. 18, No. 2 (Jun., 1989), pp. 325-363. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/3085624> (consulta: 10/04/2010).

⁶⁸ Cole, Julio H. Op cit. p. 20.

⁶⁹ Ibid. pp. 29-33.

- Existen autores, sobre todo en la literatura científica y académica, que no ganan mucho dinero escribiendo libros; sin embargo, lo hacen para difundir sus opiniones e incrementar su valor o prestigio frente a sus colegas y la comunidad en general.
- Existen otros autores que se ganan la vida con sus creaciones y, en este caso, si la única forma de remunerarles es a través de los Derechos de Autor, entonces podría disminuir la cantidad de obras producidas. Sin embargo, se resalta que los Derechos de Autor no son la única manera de garantizar ingresos para los autores pues básicamente, mientras exista demanda por las obras, existirá un mecanismo comercial para que los autores se beneficien, por ejemplo a través de conferencias, consultorías, pagos por suscripción, etc.
- Incluso si la ausencia de Derechos de Autor genera una disminución en la cantidad de obras producidas, no necesariamente habrá una disminución en la calidad de las obras, es decir, de aquellos que la gente realmente tiene interés en leer. El Derecho de Autor no garantiza que las mejores obras sean las que más se producen.

Por su parte, Lawrence Lessig, en su obra “Cultura Libre” señala varios posibles daños que el actual sistema de Derechos de Autor puede generar, especialmente en el terreno tecnológico, precisamente un área donde la innovación es vital⁷⁰. Podemos resumir sus argumentos de la manera siguiente⁷¹:

- Los límites entre lo que está permitido y lo que no está permitido en el Derecho de Autor es muy poco claro. No hay certeza para las personas qué forma parte del dominio público y qué no, principalmente porque el registro de las obras no es

⁷⁰ Recordemos que el software es protegido en nuestro país a través del Derecho de Autor.

⁷¹ Lessig, Lawrence. “Cultura Libre. Cómo los grandes medios usan la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad”. Traducción: Antonio Córdova. 2004. pp. 205-325. Disponible en: <http://cyber.law.harvard.edu/blogs/gems/ion/Culturalibre.pdf> (consulta: 11/03/2010).

obligatorio. En contraste, las penas por violar Derechos de Autor son extremadamente duras.

- Lo anterior limita las posibilidades de crear, de innovar y de que se genere competencia⁷², ya que la única forma garantizada de que no se está violando un derecho al crear obras derivadas, es pedir permiso a la última generación de industrias dominantes.
- Adicionalmente, la falta de límites claros convierte a la mayoría de los ciudadanos en criminales por violar inadvertidamente los Derechos de Autor. Como consecuencia, la población se acostumbra a violar leyes pues no sabe o no tiene cómo evitarlo. El dilema ético es evidente.

Lessig propone reformular el sistema para simplificarlo y hacerlo más preciso, vía:

- a. Instaurar un registro de obras. Cada obra registrada sería marcada para reconocer que la misma ha sido objeto de un registro. Si terceras personas utilizan una obra que ha sido difundida previamente a su registro, ese uso está permitido hasta que se le advierta que la obra ya se registró.
- b. Establecer como exigencia el renovar el registro de la obras cada cierto tiempo (con una posible, pero no indispensable, tasa por renovación)⁷³.

⁷² La postura del reconocido economista Michael Perelman, también señala que las compañías que cuentan con protección por sus derechos sobre la Propiedad Intelectual, enfrentan una limitada competencia y pueden disfrutar de elevadas ganancias. Incluso sugiere que las compañías norteamericanas se inclinaron por emplear el sistema de patentes sólo después de darse la Sherman Act, norma creada para combatir los cárteles formados por las empresas. En otras palabras, decidieron utilizar esta tipo de protección para dividir el mercado y excluir a los nuevos competidores gracias a sus derechos de patentes. Estas y otras opiniones pueden ser apreciadas en: Perelman, Michael. *"The Political Economy of Intellectual Property"*. Monthlyreview. Volume 54, Number 8. Enero 2003. Disponible en: <http://www.monthlyreview.org/0103perelman.htm>.

⁷³ Una postura similar es señalada por Richard Posner y William Landes cuando analizan la estructura económica de las normas de Propiedad Intelectual. De acuerdo a los autores, una alternativa a seguir para mejorar el sistema de Derechos de Autor es otorgar protección por cortos periodos de tiempo, pero que puedan ser renovados indefinidamente, como en el sistema de Derecho Marcario, pagando una tasa de renovación que se incremente substancialmente en cada periodo. Ver: Posner, Richard y William M. Landes. *"The Economic Structure of Intellectual Property Law"*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003, p. 210.

- c. Limitar los plazos de protección y ya no extenderlos. El plazo debería ser tan largo como sea preciso para proporcionar incentivos a la hora de crear, pero no más⁷⁴.

Por último, debemos señalar que la actual presunción de que los Derechos de Autor o el Derecho de Patentes fomentan la innovación, carece de sustento fáctico.

Tal como ha señalado el profesor Cole, no hay estimaciones precisas sobre los costos y beneficios de las patentes. Los beneficios enfatizados en el campo de las patentes no son tan grandes como nos han hecho creer porque no todo el desarrollo se ha debido a las patentes, existen otras explicaciones como las economías de escala⁷⁵.

En la misma opinión se sitúa Gelles, quien señala que *“la cuantiosa ayuda pública en la creación y desarrollo de la biotecnología e Internet explica la falta de correspondencia parcial entre el argumento que favorece alentar un sistema de patentes de invención (generoso) y los hechos de la realidad económica”*⁷⁶

Finalmente, Andrew W. Torrance y Bill Tomlinson realizaron una investigación donde verifican que no existe una superioridad absoluta del sistema de patentes en términos de incentivo a la producción⁷⁷. La novedad de este estudio es que constituye una simulación en la que se compara el sistema de patentes con una producción sin dicho sistema, es decir, bajo una producción de código abierto.

⁷⁴ En opinión del profesor Gelles, esta es la principal crítica al Derecho de Autor actual. Maraví Contreras, Alfredo. Entrevista telefónica a Jan-David Gelles Caner. 12 de noviembre del 2010. Ver Anexo 1.

⁷⁵ Cole, Julio H. Op cit. pp. 29-35.

⁷⁶ Gelles Caner, Jan-David. “Patentes de invención, nuevas tecnologías y la apropiación privada del conocimiento público”. Documento de trabajo 251, octubre, 2006, p. 43. Disponible en: <http://www.pucp.edu.pe/economia/pdf/ddd251.pdf> (consulta: 15/06/2010).

⁷⁷ Andrew W. Torrance y Bill Tomlinson. “Patent expertise and the regress of useful arts” Southern Illinois University Law Journal, vol. 33, pp. 239-277, 2009. pp 39. Disponible en: <http://www.law.siu.edu/research/33winter/4%20-%20Torrance%20respaced.pdf> (consulta: 27/07/2010).

Como conclusión, podemos señalar que es muy discutible que el Derecho de Autor esté cumpliendo su rol de promover la innovación. Por el contrario, los estudios parecen revelar que las reglas poco claras y los excesivos plazos de protección estarían obstaculizando las nuevas creaciones o, al menos, no fomentándolas.



Capítulo II: La Gastronomía y el Derecho de Autor

Luego de haber visto en el capítulo anterior las concepciones y problemas referidos a la originalidad, así como el impacto económico y en la innovación que representa el Derecho de Autor, en el presente capítulo analizaremos la posible aplicación del Derecho de Autor a las creaciones gastronómicas en sus diferentes aspectos.

Iniciaremos este capítulo señalando brevemente algunas características de la industria gastronómica en el Perú. Acto seguido, explicaremos algunas de las razones por las cuales consideramos que no se ha otorgado la protección de los Derechos de Autor a las creaciones culinarias. Como tercer punto, estudiaremos si las recetas de cocina o los platillos ya preparados pueden contar con esta protección. Finalmente, culminaremos indicando los posibles problemas de otorgar estos derechos de exclusiva y las formas en que la industria gastronómica puede beneficiarse del Derecho de Autor.

1. Características de la gastronomía peruana

En este primer punto analizaremos varios aspectos de la cocina peruana. Comenzaremos con una breve aproximación a los platillos que se preparan en Costa, Sierra y Selva, para luego, abordar su condición de Producto Bandera. Asimismo, apreciaremos la cadena de relaciones comerciales de la industria culinaria y, finalmente, explicaremos el impacto social y económico que tiene nuestra gastronomía.

1.1 Las cocinas regionales (Costa, Sierra y Selva)

Es bien sabido que nuestra riqueza gastronómica se sustenta en tres elementos: la diversidad geográfica⁷⁸, a la que debemos nuestra variedad de

⁷⁸ Contamos con una gran variedad de climas, pisos ecológicos y un mar rico en productos.

insumos; la diversidad de culturas⁷⁹, cada una con su idiosincrasia y la fusión de estas diferentes culturas a lo largo del tiempo.

Sin embargo, es importante señalar que no existe un inventario oficial de la gastronomía peruana. Sobre este punto, cabe indicar que el Colegio de Sociólogos del Perú, junto con la Universidad San Martín de Porras, convocaron en mayo de 2010 a un primer concurso nacional de investigación sobre “Cocinas regionales y biodiversidad”, con el fin de elaborar un inventario del patrimonio culinario del país y sus rutas gastronómicas⁸⁰.

Si bien el esfuerzo mencionado es loable, se vuelve necesario que el Estado participe activamente en el registro de los ingredientes y recetas tradicionales de cada región, pues esto constituye el primer paso para que las comidas típicas no se pierdan con el paso del tiempo. Adicionalmente, consideramos que este registro también ayudará a formar una “ciencia básica culinaria”, sobre la cual los chefs realicen mejoras, adaptaciones, fusiones, etc. a las recetas tradicionales⁸¹.

Pese a la falta de un inventario, siguiendo nuestra principal división geográfica, podemos diferenciar tres grandes cocinas regionales:

⁷⁹ Contamos al menos con 44 etnias y 14 familias lingüísticas. Ver: “Visión estratégica de la culinaria peruana”. Disponible en:

<http://elcomercio.pe/EdicionImpresa/Html/2006-04-23/impEconomia0493860.html>(consulta: 01/06/2010)

⁸⁰ El representante del Colegio de Sociólogos, Pedro Pablo Ccopa ha indicado que existen estudios de la Costa o de algunos polos gastronómicos conocidos, pero de Ayacucho, Huancavelica, Apurímac y departamentos de la Selva, por ejemplo, no se tiene conocimiento de su patrimonio culinario. Ver: http://www.aeronoticias.com.pe/noticiero/index.php?Itemid=66&catid=13:13&id=11257:colegio-de-sociologos-del-peru-elaborara-mapa-de-rutas-gastronomicas-&option=com_content&view=article (consulta 06/06/2010). Lamentablemente, hasta la fecha de culminación de la presente investigación, no se logró acceder a los resultados del concurso.

⁸¹ Este último punto se justifica por lo siguiente: los países desarrollados invierten mucho tiempo y dinero en generar la ciencia básica sobre la cual las empresas privadas realizan sus investigaciones, las que eventualmente se protegen a través de patentes. Ejemplo de ello lo tenemos en las áreas de biotecnología y el Internet (ver: Gelles Caner, Jan-David. “Patentes de invención, nuevas tecnologías y la apropiación privada del conocimiento público”. Documento de trabajo 251, octubre, 2006. Disponible en: <http://www.pucp.edu.pe/economia/pdf/ddd251.pdf>). Nuestro potencial en ciencias es muy limitado, pero nuestra diversidad biológica y cultural sí es muy amplia y se materializa, entre otros aspectos, en nuestra gastronomía. De este modo, consideramos conveniente imitar esta estrategia de los países desarrollados para potenciar nuestra propia ventaja competitiva.

Cocina de la Costa.- Dada la riqueza de nuestro mar, constituye la fuente principal para los platillos de la región costera. Posiblemente el plato más representativo de la Costa y quizás del Perú, es el cebiche.

Tampoco puede dejarse de reconocer la gran difusión de platos norteños no basados en los recursos del mar, como son el arroz con pato y el cabrito a la norteña, así como los tamalitos verdes.

Lima es la capital de nuestro país, siendo también el centro de la variedad y fusión gastronómica. Entre los platillos comúnmente consumidos en la ciudad tenemos a la causa, la carapulcra, el pescado a la chorrillana, el lomo saltado y los platos de chifa, el pollo a la brasa, el escabeche y el ají de gallina.

Cocina de la Sierra.- La cocina de la Sierra es muy variada. Suelen predominar en los platillos la presencia del choclo, papa y quinua.

Algunos de los platos más representativos son el cuy chactado, la sopa de morón, el caldo de cabeza, la trucha frita, la papa a la huancaína, la sopa chairi, la patasca y las costillas de carnero doradas.

Si el cebiche es el plato estelar de la Costa, su similar en la Sierra posiblemente lo constituye la pachamanca, que consiste en el consumo de varios tipos de carne que se cocinan bajo la tierra.

Arequipa es una de las ciudades con mayor tradición gastronómica en esta región. Destacan en ella el rocoto relleno, el adobo de choncho, el pastel de papa, el chupe de camarones y el cuy.

Cocina de la Selva.- Todavía el potencial de la Selva no se encuentra totalmente explorado; sin embargo, algunos platos gozan de bastante popularidad y conocimiento, como lo son el juane, el tacacho con cecina, los platillos a base de paiche y el suri.

Entre las frutas destaca el sauco, el camu camu, la cocona y el plátano verde.

A continuación, reproducimos una pequeña tabla con un mayor detalle respecto de la comida por regiones

Lima	Arequipa	Cajamarca	Cusco
Aguadito de pollo, anticuchos, arroz con pollo, arroz chaufa, causa a la limeña, bistec a la chorrillana, carapulcra, cau-cau, chupe de pescado, chupín de tramboyo, cazuela, caiguas rellenas, estofado de ternera, chicharrones, chicharrones de calamar, locro de zapallo, choncholís, lomo saltado, menestrón, oyuquito con carne, patitas con maní, pescado a lo macho, sancochado, seco, tacu tacu, tallarín saltado, cebiche.	Chalona, cuy chactado, escribano, hiro de zapallo, malaya frita, ocopa, rocoto relleno, sudado de machas, ubres arrebozadas, adobo de chancho, chupe de camarones, choque, chairo, queso frito, queso helado, locro de pecho, solterito.	Aguadito de pato, ajiaco de olluco con quesillo de san miguel, arroz con pato, arroz de trigo con cuy, queso y rocoto, cebiche de hongos secos y champiñones, conejo a la olla con salas de maní y ajiaco, espesado frito, piqueo de cuy, cebiche de llama.	Alpaca a la túpac con quinua y pisco, cordero al sauco de Machu Picchu con tortillas de maíz, merienda de Písac, tamal blando, trucha en salsa andina de Ollantaytambo, trucha rellena del Valle Sagrado de los Incas.
Trujillo	Ayacucho	Chimbote	Moquegua
Shámbar, cabrito a la norteña, patasca, pastel de papas, pastel de choclo.	Conejo en su sangre, picante de chancho, puca picante, japchi.	Ceviche de conchas negras, ceviche con leche de tigre, jaleas de pescado.	Ají de camarones, chairo, moqueguano de camarones, sopa de viernes, turrone.
Puno	Ica	Iquitos	Piura
Chairo, crema amazónica de gamitana, estofado de majaz con siete raíces, filete de logaño en salas de pasas al vino tinto, filete de pescado con salsa de maracuyá,	Morusa de pallares, picante de pallares verdes, carapulcra, ensalada de garbanzos, ensalada de pallares, cóctel de camarones,	Juanes, tacacho (masa de plátano verde con cecina de chancho), pango (sopa de pescado con plátano verde), sopa de motelo (sopa de tortuga hecha en su	Cebiche, sudado de mero, pescado pasado por agua caliente, tollito aliñado, caballas, cachemas encebolladas, carne seca, chifles, tamalitos verdes, seco de

fritura mixta a lo chocarrero con patacones, picante de choros con yuca y palmito, tiradito de mitos con cocona.	bistec de tortuga.	caparazón)	chavelo y malarrabia.
--	--------------------	------------	-----------------------

82

1.2 Condición de Producto Bandera

Los Productos Bandera son aquellos que resaltan la imagen del Perú, que brindan a nuestro país una ventaja comparativa en sus relaciones comerciales debido a que son únicos y representativos de nuestra nación⁸³. La gastronomía peruana es uno de nuestros Productos Bandera conforme al artículo 2 del Decreto Supremo 25-2005-MINCETUR⁸⁴, habiendo cumplido con los siguientes requisitos oficiales: ser única en su origen, tener características diferenciales, otorgar ventajas comparativas y transmitir la imagen del Perú como un país generador de productos de calidad con valor agregado.

La promoción de nuestra gastronomía no abarca solamente a la cocina tradicional sino toda la de nuestro país, incluyendo las más vanguardistas⁸⁵.

1.3 Cadena de relaciones comerciales de la industria

Normalmente, si pensamos en la industria culinaria vienen a nuestra mente los restaurantes y, en general, locales que prestan el servicio de alimentación al consumidor.

⁸² Avolio, Beatrice y otros. “Propuesta para el desarrollo de la gastronomía peruana”. Lima: Pearson Educación: PUCP. CENTRUM, 2008, p. 51.

⁸³ Definición según los considerandos del Decreto Supremo 15-2004- MINCETUR, que creó la Comisión de Productos Bandera. Este decreto fue publicado el 28 de julio de 2004.

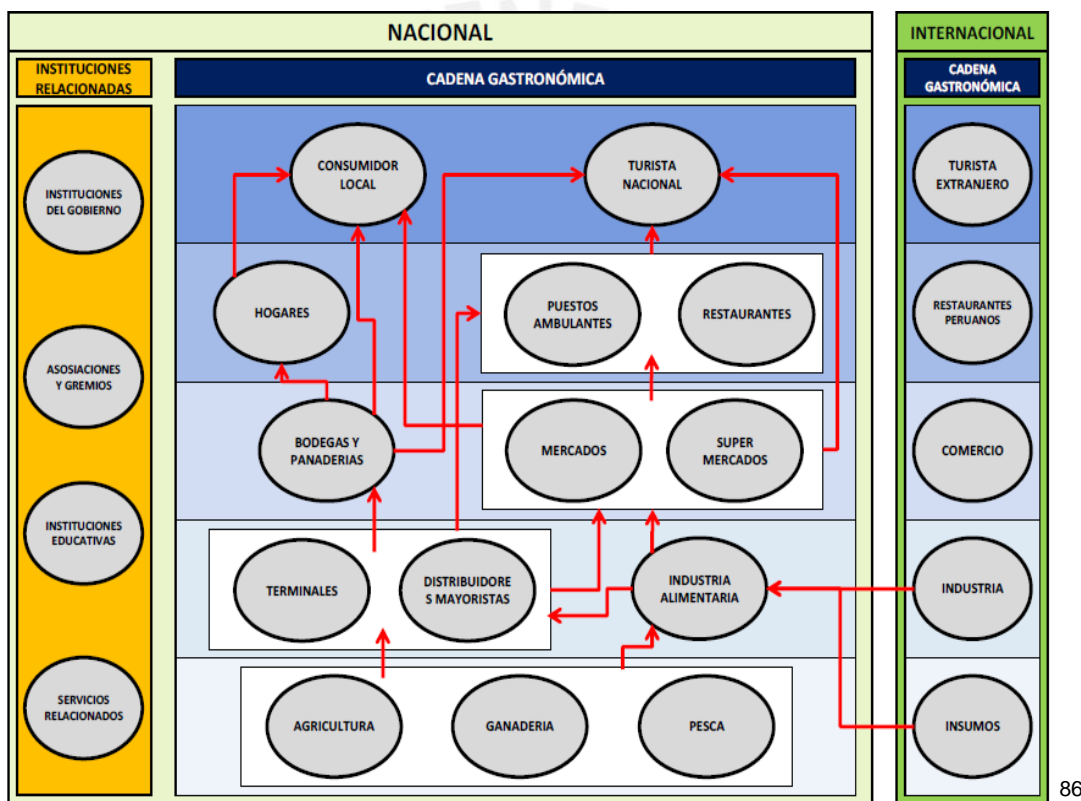
⁸⁴ Publicado el 7 de setiembre de 2005.

⁸⁵ Raventós, Fernando. “Gastronomía & Derecho. Régimen jurídico de la gastronomía en el Perú”. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales No.5. 2009, p. 367.

Si bien los restaurantes son agentes esenciales, ya que de sus chefs y cocineros parte actualmente mucho del fomento al desarrollo de la industria, la cadena de producción y consumo es bastante amplia.

Para comprender mejor la industria gastronómica, adjuntamos unos cuadros elaborados por Arellano Marketing que representan las relaciones de los agentes en el mercado interno y externo.

Esquema de relaciones de la cadena gastronómica interna



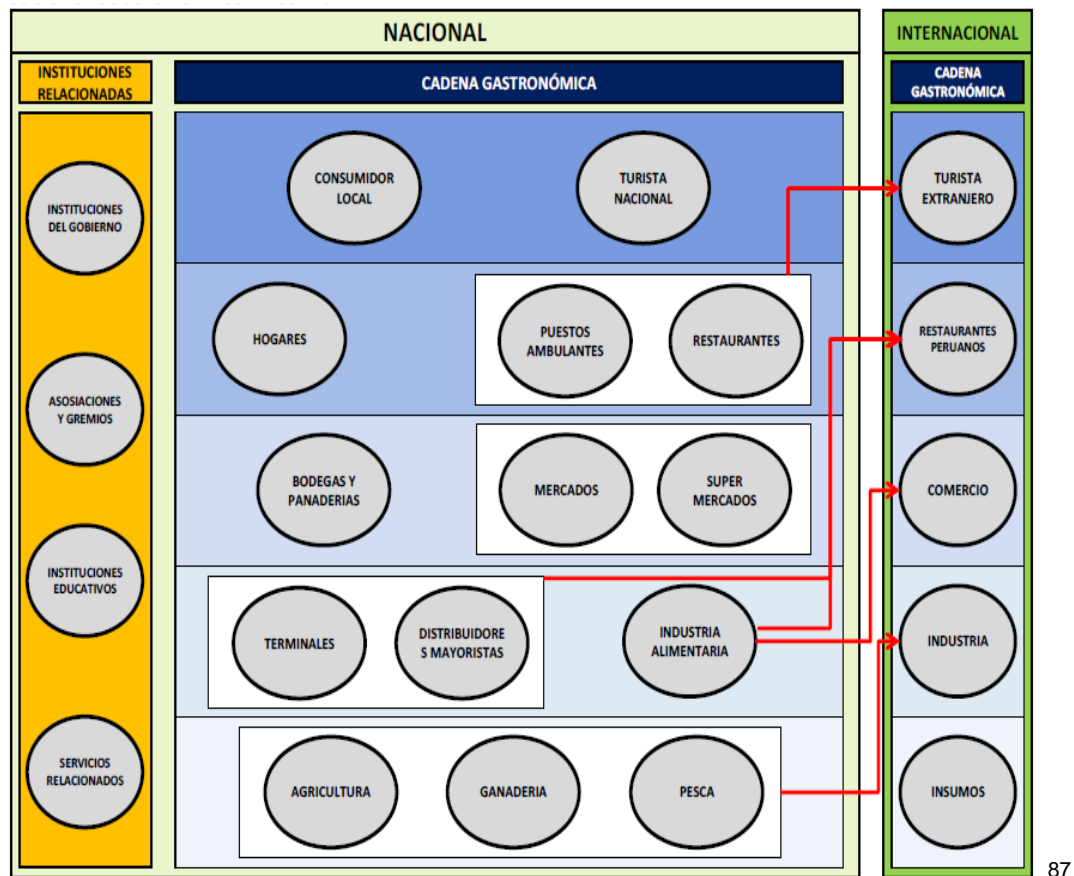
Tal como podemos apreciar, las relaciones a nivel interno están formadas por una compleja cadena de producción y consumo que abarca desde los generadores de insumos (agrícolas, ganaderos y pesqueros, tanto nacionales como extranjeros) hacia los terminales, distribuidores y centros de

⁸⁶ Arellano Marketing. “El aporte económico y social de la gastronomía en el Perú”. Lima. Setiembre 2009. http://www.institutodelperu.org.pe/descargas/Eventos/Conferencias/2009sep-microseguros/aporte_de_la_gastronomia_en_el_per.pdf (consulta: 16/09/2010)

procesamiento, para luego ser dirigidos a los mercados, supermercados, puestos ambulantes, restaurantes y bodegas.

Por su parte, el gráfico de la cadena externa se muestra a continuación:

Esquema de relaciones de la cadena gastronómica externa



En este caso, las relaciones son mucho más directas, ya que los insumos o los productos transformados pueden acceder con pocos intermediarios al mercado internacional.

El fortalecimiento de la relación entre estos diferentes actores es clave para el desarrollo del sector; sin ello no podrá generarse una estrategia de venta hacia el exterior ni de mejoras en el sector interno.

⁸⁷ Arellano Marketing. “El aporte económico y social de la gastronomía en el Perú”. Lima. Setiembre 2009. http://www.institutodelperu.org.pe/descargas/Eventos/Conferencias/2009sep-microseguros/aporte_de_la_gastronomia_en_el_per.pdf (consulta: 16/09/2010).

1.4 El impacto social y económico de la gastronomía peruana

Existen algunos esfuerzos de parte del sector privado para analizar el potencial gastronómico de nuestro país. A continuación, señalaremos algunas de las conclusiones más importantes y recientes de estos estudios. Cabe mencionar que la fuente principal es la investigación de Arellano Marketing realizada por encargo de la Sociedad Peruana de Gastronomía - APEGA⁸⁸.

a) Factor de identidad nacional

De acuerdo al documento mencionado, el 90% de limeños y chalacos afirman estar orgullosos de ser peruanos, siendo la gastronomía la razón de ese orgullo para el 95% de los encuestados. Este es un importante aporte de la comida peruana a la identidad nacional, tal como señala Mariano Valderrama:

“Pero quizá el aporte más grande de la gastronomía peruana no se refiere al aspecto económico, sino al cultural. Se ha convertido en un factor de reafirmación de nuestra identidad, de revaloración de comidas regionales y de nuestros productos agropecuarios e hidrobiológicos. Lo novedoso pasa también por la múltiple difusión que en Lima alcanza la comida regional.

Más allá de distingos sociales y regionales crece el orgullo por la comida peruana y se convierte en tema de creciente interés, por ello son cada vez más los restaurantes y chefs que se vanaglorian de usar productos y de aplicar estilos de cocina peruana.

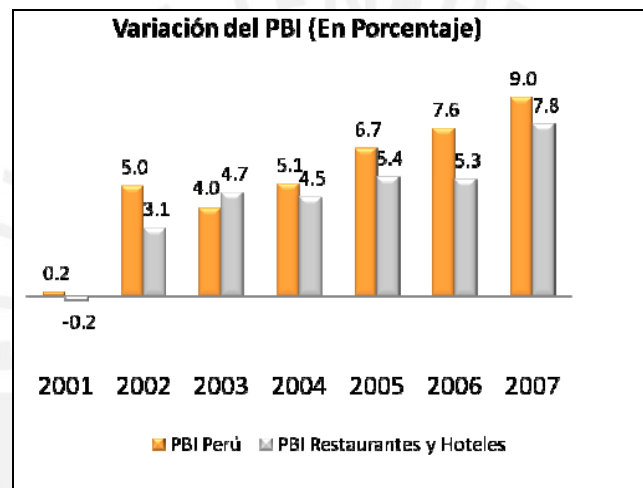
Luis Ginocchio destacaba por ejemplo que la gastronomía es hoy uno de los elementos que nos distingue y que atesoramos como bueno y sobre todo, como nuestro. Es una de las pocas expresiones nacionales que no generan discusión ni antagonismos. Se puede decir que es un mecanismo de afirmación de la peruanidad en medio del proceso paria

⁸⁸ Arellano Marketing. “El aporte económico y social de la gastronomía en el Perú”. Lima. Setiembre 2009. http://www.institutodelperu.org.pe/descargas/Eventos/Conferencias/2009sep-microseguros/aporte_de_la_gastronomia_en_el_per.pdf (consulta: 16/09/2010).

que vive el país. Se trata de un proceso de reinversión en el que estamos empeñados y a las cifras nos remitimos”⁸⁹

b) Aporte al Producto Bruto Interno (PBI)

En cuanto el aporte de la gastronomía al PBI, tomando datos desde el año 2001 hasta el año 2007, Arellano Marketing indica que existe una alta correlación entre el crecimiento del PBI nacional y el crecimiento del PBI de la rama de restaurantes y hoteles, tal como puede apreciarse en el cuadro que se encuentra a continuación:



De esta manera, la gastronomía peruana genera una cadena de valor que produce más de 14 millones de dólares, que es el equivalente al 11,2% del PBI del 2009, es decir, casi el doble de la producción minera del 2008⁹¹.

c) Impacto en los niveles de empleo

Se estima que solo en Lima metropolitana, un 3.5% de la población trabajaba en la actividad de restaurantes al 2007, es decir, unas 135 000 personas. Esta cifra se calcula que debe haberse incrementado a 188 000 limeños en el año

⁸⁹ Valderrama, Mariano. “El boom de la cocina peruana”. <http://www.apega.pe/2010/06/el-boom-de-la-cocina-peruana/> (consulta: 22/09/2010).

⁹⁰ Arellano Marketing. “El aporte económico y social de la gastronomía en el Perú”. Lima. Setiembre 2009. http://www.institutodelperu.org.pe/descargas/Eventos/Conferencias/2009sep-microseguros/aporte_de_la_gastronomia_en_el_per.pdf (consulta: 16/09/2010).

⁹¹ Ministerio de Cultura. Contribuciones de las Industrias Culturales al PBI. <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35394756> (consulta 07/01/11).

2009 y, aproximadamente, en total unos 320 000 peruanos habrían trabajado directamente en actividad de restaurantes en el año mencionado.

De esta manera, *“la industria gastronómica involucra directa e indirectamente a cinco millones de personas, el 20% de la Población Económicamente Activa (PEA), en toda la cadena productiva que va desde extracción, industria y comercio hasta servicio”*⁹².

En total, al 2009 aproximadamente habían 66 000 restaurantes en nuestro país, pero de ellos estaban ubicados en Lima 31 450. Se calcula que 45% fue el crecimiento de la cantidad de restaurantes a nivel nacional durante el periodo del 2001 al 2009.

En lo que se refiere a restaurantes peruanos en el exterior, al 2006 había 200 de ellos en los EE.UU, cifra que se incrementó a aproximadamente 400 en el 2009.

Es importante resaltar que uno de los mecanismos que las empresas están empleando para expandirse, a nivel nacional e internacional, es a través del sistema de franquicias. En efecto, la Comisión de Promoción del Perú para Exportación y Turismo – PROMPERÚ, en su I Censo de Franquicias Peruanas 2009 indicó que el sector que más se ha expandido en el exterior ha sido el gastronómico, vía franquicias, alcanzando para el año 2009, 48 marcas registradas. En su mayoría, las franquicias se ubican en América Latina, principalmente en Chile⁹³.

Cabe señalar que esta presencia en el extranjero es aún baja en comparación con la cocina de países como México, Italia y China⁹⁴. Como muestra, mientras

⁹² Fuente: <http://elcomercio.pe/noticia/448787/restaurantes-fast-food-sobresalen-sistema-franquicias> (consulta: 16/05/2010).

⁹³ PROMPERU. “I Censo de Franquicias Peruanas 2009”. Disponible en: <http://www.siicex.gob.pe/siicex/documentosportal/611422891rad27E77.pdf> (consulta: 13/05/2010).

⁹⁴ Arellano Marketing. “El aporte económico y social de la gastronomía en el Perú”. Lima. Setiembre 2009. http://www.institutodelperu.org.pe/descargas/Eventos/Conferencias/2009sep-microseguros/aporte_de_la_gastronomia_en_el_per.pdf (consulta: 16/09/2010).

que en Estados Unidos los restaurantes peruanos en 2006 eran 200, los restaurantes mexicanos eran 20 000⁹⁵.

d) Relación con el comercio exterior

Los principales destinos de nuestros productos alimentarios son Ecuador, Colombia y Estados Unidos. Unos 94 millones de dólares en estos productos se exportaron entre enero y mayo del 2009, representando esto un 4% de crecimiento respecto al año anterior. Aunque estas cifras aún son pequeñas, la valoración de la gastronomía permite el desarrollo de actividades como la ganadería, la pesca y la agricultura.

Es importante recordar sobre este punto que *“enfrentamos dificultades para la exportación de ingredientes peruanos por incumplimiento de las condiciones fitosanitarias, por trabas aduaneras en el ingreso de nuestros productos a otros mercados, y por falta de volúmenes de escala para responder a la demanda internacional. Se impone pues, una acción concertada entre el Ejecutivo (...), APEGA, empresarios y los gremios nacionales”*⁹⁶.

e) Relación con el Turismo

Por último, en cuanto a la relación entre nuestra gastronomía y el turismo, en 2007, el turismo gastronómico representó el 5% del total del recibido por el país. En general el turista extranjero gasta un promedio de 50 nuevos soles diarios en alimentación (representa aproximadamente un 18% de su gasto), lo que significó en 2008 un total de 431 millones de dólares en consumo de alimentos. Incluso, entre 2006 y 2007, la gastronomía influyó en la decisión del 42% de los turistas extranjeros a la hora de elegir el Perú como destino⁹⁷.

⁹⁵ Valderrama, Mariano. “El boom de la cocina peruana”. <http://www.apega.pe/2010/06/el-boom-de-la-cocina-peruana/> (consulta: 22/09/2010).

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Arellano Marketing. “El aporte económico y social de la gastronomía en el Perú”. Lima. Setiembre 2009. http://www.institutodelperu.org.pe/descargas/Eventos/Conferencias/2009sep-microseguros/aporte_de_la_gastronomia_en_el_per.pdf (consulta: 16/09/2010).

No se puede dejar de lado que hay bastante todavía por realizar en esta área. Tal como señala Valderrama, necesitamos rutas turísticas organizadas, estándares similares en la oferta (incluyendo niveles sanitarios), una base productiva conectada y tecnificada, así como una mayor conciencia ecológica, medioambiental y nutricional:

“En cuanto a la posibilidad de incrementar el turismo gastronómico enfrentamos aún la ausencia de rutas turísticas organizadas y de guías que hagan un perfil de las características de la culinaria regional, su historia, productos y potajes típicos. Debemos subrayar que existe el riesgo de desencanto del turista frente a las expectativas que despierta la creciente fama de nuestra cocina. ¿El motivo? pues que aún exhibimos estándares irregulares en la oferta gastronómica, tenemos un serio cuello de botella en la calidad de servicio y mantenemos bajos estándares sanitarios en muchos establecimientos. En esto influye, sin duda, el que estemos a la zaga de otros países como Colombia, Chile y México, que cuentan con sistemas consolidados de formación en oficios técnicos de cocina y servicios.

De otro lado, la base productiva esta aún muy desconectada, desorganizada y poco tecnificada. (...) Articular los productos de bandera regional con la gastronomía es urgente para engrasar oferta y demanda

Otra tara que debemos superar es la pobre conciencia ecológica que aún flamea en nuestro país y que amenaza la conservación de nuestros recursos naturales. Debemos implementar políticas serias y sanciones drásticas para quienes desperdician recursos y contaminan mares, ríos y lagunas.

La pérdida de semillas y variedades por cultivos más comerciales es otra alerta que debemos tener en cuenta. Es hora que se pase del dicho al hecho y que se detenga la salinización masiva de nuestros suelos por malas prácticas de cultivo (como con el arroz en el Norte). Las formas de cultivo (roza y quema, pesticidas) que deterioran el medioambiente deben parar ya. La pesca con explosivos, el posible huayco de transgénicos y la violación de los espacios destinados a la pesca

artesanal por parte de naves de pesca industrial, no pueden seguir permitiéndose. Tampoco el inadecuado tratamiento de la basura y del agua que contamina nuestros mares y nuestra tierra.

Finalmente, un tema importante al cual debemos dar mucha atención es (...) la paradoja, la frustrante contradicción de ser un país con una excelente gastronomía pero donde campea la desnutrición”.

2. Razones por las cuales no se ha protegido a la gastronomía vía Derechos de Autor.

2.1 La gastronomía como arte

El Derecho de Autor protege todas las obras artísticas, por lo tanto, si hasta ahora no se han protegido las creaciones gastronómicas, ¿será porque no puede considerarse un arte?

Definir qué es el arte siempre es complicado y polémico, pero apoyándonos en el diccionario, diremos que, en términos generales, el arte es la *“manifestación de la actividad humana mediante la cual se expresa una visión personal y desinteresada que interpreta lo real o imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros; una virtud, disposición y habilidad para hacer algo”*⁹⁸.

Aunque ahora nos encontremos más predispuestos a considerar a la gastronomía como un arte⁹⁹, no siempre ha sido así. De acuerdo a García Sierra, *“ni el olfato, ni el gusto pueden llamarse sentidos estéticos (a pesar de la etimología de la propia palabra estética). Solo el oído y la vista o, mejor aun, solo los sonidos y los colores, son los materiales con los cuales pueden componerse las obras de arte o las formas estéticas naturales”*¹⁰⁰.

⁹⁸ Fuente: www.rae.es

⁹⁹ Como ejemplo de ello tenemos la existencia de una exposición de arte completamente comestible en Londres en agosto de 2010. <http://elcomercio.pe/gastronomia/629885/noticia-primera-exposicion-arte-100-comestible-esta-londres> (consulta: 15/10/2010).

¹⁰⁰ García Sierra, Pelayo. Diccionario filosófico. Manual de materialismo filosófico. Una introducción analítica. Biblioteca Filosofía en español. Oviedo p. 656. Citado por Torre Marina, María Covadonga. ¿Es la gastronomía un arte? Hospitalidad ESDAI; jul-dic 2007, Issue 12, p.127.

La concepción de que la gastronomía no puede ser considerada arte probablemente proviene de la antigua creencia filosófica de la jerarquía de los sentidos. Así, *“desde los tiempos de la antigua filosofía griega (...) se han ordenado los cinco sentidos -vista, oído, tacto, olfato y gusto – de acuerdo con su importancia epistemológica. Debido a que la vista y el oído proveen la información más objetiva acerca del mundo exterior y, por lo tanto, contribuyen más a la creación del conocimiento, eran los sentidos más reverenciados por los griegos. Además, los sentidos de vista y oído permiten a un individuo a percibir desde la distancia. Tacto, olfato y gusto, por el contrario, requieren proximidad con el objeto percibido para que sean utilizables, lo cual impide (...) la posibilidad de la investigación filosófica objetiva (...) el sentido del gusto se ha pensado que opera no en un nivel intelectual, sino en un nivel primitivo e instintivo de la existencia humana”*¹⁰¹.

Incluso, algunos filósofos, pese a admitir que la gastronomía puede ser un arte, lo consideran un arte menor por tener las siguientes limitaciones¹⁰²: a) solamente hay cuatros sabores básicos; b) la comida es temporal, no puede ser apreciada a través de generaciones porque se consume o se descompone; c) los alimentos difícilmente representan otra cosa que lo que son, a diferencia de la literatura, la pintura o la escultura y; d) los alimentos no puede expresar emociones como el amor, el odio, pena, alegría, etc.

Nos encontramos en desacuerdo con los argumentos de que la gastronomía no puede ser un arte o que debe ser relegado a un arte menor. A nuestro modo de ver, la comida diaria cumple una función nutricional, pero eso no significa que la comida en general no tenga potencial artístico. Así como no cualquier dibujo o escultura es necesariamente percibido como arte, es posible la existencia de trabajo culinario artístico y no artístico. En tal sentido, nos encontramos de acuerdo con Martínez de Flores cuando afirma que *“(...) en el arte culinario, no solo debe satisfacerse una necesidad primaria, la*

¹⁰¹ Broussard, J. Austin. “An Intellectual Property Food Fight: Why Copyright Law Should Embrace Culinary Innovation” *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*. Spring, 2008, pp16-17

¹⁰² Korsmeyer, Carolyn “Making Sense of Taste: Food and Philosophy”. Cornell University. 1999. <http://www.questia.com/PM.qst?a=o&d=111881070> (consulta: 07/06/2011).

*alimentación, sino lograr el deleite para los sentidos, es decir, provocar placer al comensal, tanto a la vista, como al tacto, olfato y primordialmente gusto*¹⁰³.

Siguiendo a este autor, posiblemente la comida *gourmet* pueda considerarse artística, en tanto no solamente cumple una función nutritiva sino que apunta a deleitar los sentidos.

2.2 Obstáculos jurídicos: Precedente de observancia obligatoria y el artículo 9 del Decreto Legislativo 822.

Aunque de acuerdo a nuestra investigación, en nuestro país no ha habido solicitudes para proteger recetas o platillos como obras artísticas, consideramos que los siguientes son dos importantes obstáculos jurídicos por los cuales las creaciones gastronómicas tendrían dificultad para ser protegidas vía Derechos de Autor.

En primer lugar se encuentra el precedente de observancia obligatoria de la Resolución No. 286-1998/TPI- INDECOPI¹⁰⁴, el mismo que define la originalidad. En uno de sus párrafos, señala:

“(…)

No será considerado individual lo que ya forma parte del patrimonio cultural - artístico, científico o literario - ni la forma de expresión que se deriva de la naturaleza de las cosas ni de una mera aplicación mecánica de lo dispuesto en algunas normas jurídicas, así como tampoco lo será la forma de expresión que se reduce a una simple técnica o a **instrucciones simples que sólo requieren de la habilidad manual para su ejecución.**

(…)”

¹⁰³ Martínez de Flores Escobar, Graciela. “Arte Culinario. Bases y procedimientos”. México, Limusa, 2006. pp. 9. Citado en: Torre Marina, María Covadonga. “¿Es la gastronomía un arte?”. Hospitalidad ESDAI; jul-dic 2007, Issue 12, p. 125.

¹⁰⁴ Referido al caso de Agrotrade contra Infutecca.

Cuando el Derecho de Autor excluye como creación individual aquello que sea parte del patrimonio cultural, científico o artístico, la gastronomía tradicional¹⁰⁵ ingresa dentro de este rubro, ya que su origen es ancestral o colectivo, no individual. Coincidimos con las apreciaciones de Paz Soler cuando indica lo siguiente sobre la protección por Derechos de Autor:

“(…) no resultarían protegibles, con carácter individualizado, las recetas tradicionales, las que coloquialmente se definen como “recetas de la abuela”, “cocina de monjas”, “cocina tradicional de una determinada región o nación”, etc. Claramente aquí se trata de un conocimiento (ciertamente valioso) que pertenece al acervo común”¹⁰⁶

Adicionalmente a lo anterior, las recetas de cocina constituyen el ejemplo que usualmente se ha utilizado para ilustrar a las instrucciones simples que no gozan de Derechos de Autor.

En segundo lugar, el artículo 9 inciso (a) del Decreto Legislativo 822, Ley de Derechos de Autor, establece que no será objeto de protección por los Derechos de Autor *“(…) los sistemas o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial”*. En base a este artículo, el titular de los derechos sobre una obra literaria, por ejemplo un manual, no puede oponerse a que el contenido práctico sea aplicado por quien adquiere el manual. Siguiendo esta misma lógica se entendería que, si la receta fuera una obra, su contenido práctico (las instrucciones) no podrían ser impedidas de utilizarse por el adquirente del libro que contiene la receta.

Retomaremos estos obstáculos en el punto 3 del presente capítulo.

¹⁰⁵ Por cocina tradicional o clásica, hacemos referencia a aquellos platillos que forman parte de la cultura culinaria de un país o región. Como ejemplos en nuestro país podríamos mencionar la “papa a la huancaína”, “el arroz con pollo”, “el juane”, etc.

¹⁰⁶ Soler Masota, Paz “La protección de las ideas por Derecho de autor” Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXII, 2001, p. 501.

2.3 Características especiales de la industria gastronómica

Ciertas características de este sector han hecho que no se vuelva una necesidad inmediata el contar con Derechos de Autor.

En la industria gastronómica, al menos en la alta cocina¹⁰⁷ peruana e internacional, parece haber un código de ética entre los chefs, que abarca el respeto por la autoría de las recetas pero, a la vez, una tradición de compartirlas¹⁰⁸.

El origen de este comportamiento podría ser francés. En 2006, Emmanuelle Fauchart y Eric A. Von Hippel publicaron un estudio sobre normas sociales de los chefs franceses, normas basadas en el sistema de propiedad intelectual.

Fauchart y Von Hippel identificaron tres normas sociales que los chefs utilizan para proteger su conocimiento: (1) un cocinero no debe copiar la innovación en la receta de otro chef de manera exacta, (2) si un chef revela a un colega información secreta relacionada con una receta, este colega no debe pasar la información a otras personas sin pedir antes permiso, y (3) los chefs deben dar el crédito como autores a las personas que desarrollen recetas o técnicas significativas¹⁰⁹.

Considerando la influencia de la cocina francesa en el mundo, no sería extraño que este comportamiento se haya extendido en la alta cocina de todos los países, incluido el Perú. Como indicio de lo anterior tenemos que, en setiembre de 2009, para llevar a cabo la cena benéfica “Sabores de elBulli, ingredientes del Perú, sueños de Pachacutec”, previamente los chefs peruanos pidieron

¹⁰⁷ Como veremos más adelante, las recetas de alta cocina son las que más posibilidades tienen de ser protegidas por Derechos de Autor.

¹⁰⁸ En una entrevista, el famoso chef Thomas Keller, uno de los 20 cocineros más influyentes del mundo, indicó: “*There’s a hospitality gene that we has as chefs that make us want to share what we do*”. Ver: Buccafusco, Christopher J. “On the legal consequences of sauces: should Thomas Keller’s recipes be per se copyrightable?”. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*. Vol 24:1121.2007, p. 1152.

¹⁰⁹ Fauchart, Emmanuelle y Eric A. von Hippel, Norms-Based Intellectual Property Systems: The Case of French Chefs. MIT Sloan School of Management, Working Paper 4576-06. January, 2006. <http://web.mit.edu/evhippel/www/papers/vonhippelfauchart2006.pdf> (consulta: 15/01/2009).

autorización a Ferrán Adriá, chef del restaurante el Bulli, para que sus platillos sean incluidos en el menú del evento¹¹⁰.

Comprobamos esta característica del compartir de recetas cuando realizamos en noviembre de 2010 una consulta dirigida al famoso restaurante elBulli. Nos brindó respuesta el chef Marc Cuspinera, quien se ocupa de los negocios de imagen y consultoría vinculados a dicho restaurante. En sus propias palabras:

“No debe de haber prejuicios, si creas una nueva receta, técnica o un nuevo concepto es para la evolución de la cocina.

Es inevitable que, a la que encuentran eco nuevas elaboraciones y técnicas (sic), éstas se difundan en otros restaurantes, sobre todo teniendo en cuenta que, gracias a los congresos gastronómicos, los cocineros divulgamos nuestros “secretos”, que no son tales, para beneficio de todo el sector. La manera que utilizamos normalmente para la difusión y el conocimiento de una nueva técnica, elaboración o concepto utilizado, es dando a conocerlo en los certámenes, demostraciones, o congresos de cocina, o también con la publicación de la receta en libros, revistas (...)”¹¹¹

Lo manifestado en esta entrevista es consecuente con lo señalado por Ferran Adrià frente a una pregunta realizada en un evento en enero de 2011:

“Si la cocina es un arte, como ellos dicen, entonces ¿sienten que los chefs que copian otros chefs están cometiendo plagio? Adrià trató de responder a la pregunta dando a entender que la copia se revelaría a sí misma, que solo hay quizás unos diez chefs en el mundo que están creando ahora mismo, y que los que están copiando simplemente deben hacerlo para inspirar a otros en el futuro”¹¹².

¹¹⁰ Fuente: http://www.rpp.com.pe/2009-08-26-los-mejores-chef-en-cena-benefica-por-biblioteca-de-escuela-pachacutec-noticia_204275.html (consulta 27/08/2009).

¹¹¹ Ver Anexo 2.

¹¹² El texto literal señala: *“If cooking is an art, as they claim, then do they feel that chefs who copy other chefs are committing plagiarism? Ana attempted to answer the question by suggesting that the copy would reveal itself, that there are only perhaps ten chefs in the world that are creating right now, and*

Otra característica importante que posiblemente afecta esta industria es la conocida como “*piracy paradox*” o paradoja de la piratería. Este fenómeno describe el hecho de que, en una industria, la realización de copias no autorizadas de las creaciones no afecta negativamente la innovación y creatividad.

La “*piracy paradox*” ha sido ampliamente estudiada en el terreno de la moda. En el caso de esta industria, la protección de los diseños a través de derechos de Propiedad Intelectual es muy baja, el nivel de copia en los diseños es muy alto y, sin embargo, este sector genera varios millones de dólares, es decir, parece no encontrarse afectado. De hecho, es incluso posible que la copia irrestricta pueda inducir la creatividad en este sector¹¹³.

Los factores identificados para que la industria de la moda no se perjudique con la realización de copias no autorizadas o incluso se beneficie, son los siguientes¹¹⁴:

- a) El ciclo natural de la moda es cambiar, haciendo obsoletos a los anteriores modelos. Los copistas masifican el diseño pero tienen la desventaja de no ser los primeros en marcar la tendencia; ello debido a que éstos son más deseados mientras sean pocos los que lo utilizan, mientras sean exclusivos. Los creadores de diseños tienen entonces pocos incentivos para proteger una creación que pronto dejará de tener valor, optando entonces por introducir al mercado un nuevo diseño cuando el anterior se generaliza. De esta manera, el proceso de libre copiado acelera el proceso de cambio en la moda.

that the ones that are copying simply must in order to inspire others into the future”. Disponible en: Galarza, Daniela. José Andrés, Ferrán Adrià and Juan Mari Arzak on Ideas of today, foods of tomorrow. Eater National. 4 de enero de 2011. <http://eater.com/archives/2011/01/04/andres-adria-arzak-discuss-cuisine-today.php> (consulta 11/02/2011).

¹¹³ Kal Raustiala y Christopher Sprigman analizan la baja protección que los sistemas de Derechos de Autor, Marcas (formas tridimensionales), *Trade dress* y Diseños Industriales le ofrecen a los diseñadores de moda para evitar ser copiados por otros. Ver: Raustiala, Kal y Christopher Sprigman. “The Piracy Paradox: innovation and intellectual property in fashion design”. *Virginia Law Review*. No. 8. Vol. 92. Diciembre 2006. Reproducido en el Anuario Andino de Derechos Intelectuales. Año III. No. 3. Lima 2007, p. 339-409.

¹¹⁴ Ver: Raustiala, Kal y Christopher Sprigman. “The Piracy Paradox: innovation and intellectual property in fashion design”. *Virginia Law Review*. No. 8. Vol. 92. Diciembre 2006. Esta parte fue reproducida entre las páginas 365-376 del Anuario Andino de Derechos Intelectuales. Año III. No. 3. Lima 2007.

- b) Las copias que se realizan a los diseños ayudan a popularizarlos. Un diseño emergente puede volverse en una tendencia de moda que los consumidores seguirán.

Tal como señalan Kal Raustiala y Christopher Sprigman, existen algunas semejanzas entre la industria de la moda y el sector culinario. En ambos casos, la protección por parte de la Propiedad Intelectual es baja pues las creaciones del diseñador no encuentran una sólida protección, así como tampoco las recetas y platillos de los chefs¹¹⁵. Otra semejanza entre ambas industrias, señalada esta vez por Austin Broussard, es que la alta cocina y la moda implican bienes de estatus social; prueba de ello se encuentra en la dificultad de realizar reservaciones en restaurantes famosos y en los precios elevados que pueden tener los platillos¹¹⁶. Por su parte, para Christopher Buccafusco, la cocina moderna, al igual que la moda, puede ser percibida como innovadora y rentable, pese a la escasa protección de la Propiedad Intelectual¹¹⁷.

Tomando en cuenta lo anterior, cabe la posibilidad que la copia de platillos y recetas dentro de la alta cocina no genere necesariamente un impacto negativo, sino que, por el contrario, impulse una mayor creatividad por parte del sector, de modo que sea necesario innovar con cierta velocidad para que los comensales sigan percibiendo los platillos como un elemento exclusivo, acorde con el estatus. De ser así, la misma industria de la alta cocina puede haber decidido, conciente o inconscientemente, no impulsar la protección por Derechos de Autor, para evitar que se pierda el beneficio que brindan las copias. Esto sería consecuente con el hecho de que a los chefs no les importe compartir sus recetas, pero sí que se les reconozca como el autor de una innovación culinaria¹¹⁸.

¹¹⁵ Ver Raustiala, Kal y Christopher Sprigman. "The Piracy Paradox: innovation and intellectual property in fashion design". Virginia Law Review. No. 8. Vol. 92. Diciembre 2006. Esta parte fue reproducida entre las páginas 400-403 del Anuario Andino de Derechos Intelectuales. Año III. No. 3. Lima 2007.

¹¹⁶ Broussard, J. Austin. Op cit. p. 13.

¹¹⁷ Buccafusco, Christopher J. "On the legal consequences of sauces: should Thomas Keller's recipes be per se copyrightable?". Cardozo Arts & Entertainment Law Journal. Vol 24:1121.2007, p.1150.

¹¹⁸ Fauchart, Emmanuelle y Eric A. von Hippel, Norms-Based Intellectual Property Systems: The Case of French Chefs. MIT Sloan School of Management, Working Paper 4576-06. January, 2006. <http://web.mit.edu/evhippel/www/papers/vonhippelfauchart2006.pdf> (consulta: 13/12/2010).

3. Análisis de las creaciones gastronómicas bajo el Derecho de Autor.

Como hemos señalado en líneas previas, la originalidad es el criterio determinante para saber si nos encontramos o no ante una creación que sea protegible por el Derecho de Autor.

De esta manera, siguiendo la teoría de la personalidad que actualmente aplica la Dirección de Derecho de Autor, el requisito de la originalidad es: a) muy sencillo de cumplir porque casi cualquier creación humana refleja la personalidad de su creador o, b) imposible de alcanzar, excepto por las obras maestras de los artistas con marcadas personalidades. De estas dos tendencias, la Dirección de Derecho de Autor se encuentra más cercana a la primera, es decir, no se exige que la creación sea una obra maestra que indubitadamente refleje la personalidad o individualidad del autor.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, la opinión generalizada en la doctrina es que las recetas o la ejecución de las mismas no merecen protección por el Derecho de Autor. Así, por ejemplo, en palabras de Antequera:

“(...) el objeto de la tutela [del Derecho de Autor] está en la forma de expresión, de manera que a partir de un mismo método o técnica pueden crearse obras distintas, todas ellas protegidas, del mismo modo que sería contrario al desarrollo del conocimiento, por ejemplo, el impedir el aprovechamiento práctico de los conceptos o los sistemas explicados en las obras objeto del derecho.

Así ocurre, por ejemplo, con los planes financieros, las reglas de un determinado juego, los manuales de uso de un programa de ordenador, las instrucciones para la utilización de un producto químico o los recetarios de cocina”¹¹⁹ (el agregado entre corchetes es nuestro)

En la misma línea se pronuncia Delia Lipszyc, cuando indica que *“el autor de un libro sobre jugadas de ajedrez o de un recetario de cocina puede impedir que la obra se reproduzca sin su autorización pero no puede impedir que los*

¹¹⁹ Antequera Parilli, Ricardo y Marysol Ferreyros Castañeda. “El nuevo Derecho de autor en el Perú”. Lima: Editorial Monterrico S.A. 1996, p. 70.

*jugadores, aun en certámenes públicos con premios en dinero, o que en los hogares —e incluso en establecimientos comerciales—, pongan en práctica y cocinen de acuerdo con esas recetas*¹²⁰.

Asimismo, Maritza Agüero Miñano señala que *“las recetas por sí solas no son protegibles por el derecho de Autor así como tampoco la combinación de ingredientes (...)”*¹²¹

Tal como se mencionó previamente, de acuerdo a nuestra investigación, a la fecha no existen solicitudes en nuestro país para registrar recetas o platillos como obras. Sin embargo, en algunas pocas oportunidades, el sector culinario en Estados Unidos ha intentado proteger sus creaciones a través del Derecho de Autor. A continuación señalaremos los juicios más relevantes:

- Caso Publications International, Limited, vs. Meredith Corporation.- Este proceso, del año 1996, versa sobre la copia de las recetas de un libro de cocina que fue registrado como obra ante la autoridad correspondiente. En este caso, la Corte de Apelaciones¹²² resolvió que *“las recetas involucradas en este caso comprenden las listas de ingredientes necesarios y las direcciones para combinarlos a fin de alcanzar los productos finales. Las recetas no contienen elaboración expresiva en ninguno de estos componentes funcionales, a diferencia de las recetas que podrían darle vida a las directivas funcionales por medio de la narrativa creativa. Nosotros no expresamos ninguna opinión sobre si las recetas son o no son de por sí susceptibles de protección de los Derechos de Autor, ya que no sería apropiado hacerlo”*¹²³

¹²⁰ Lipszyc, Delia. "Derechos de autor y derechos conexos", Unesco-Cerlalc-Zavalía, Buenos Aires, 1993, p. 64.

¹²¹ Agüero Miñano, Maritza. “¿En que se parece el ceviche a la Mona Lisa? Breves apuntes sobre la incidencia de los derechos de autor en las obras de arte y en las creaciones culinarias”. En: Revista Jurídica del Perú No. 94. Diciembre 2008. p. 502.

¹²² Se apeló ante la United States Court of Appeals for the Seventh Circuit.

¹²³ Publications International, Limited, Plaintiff/Counterdefendant-Appellant, v. Meredith Corporation, Defendant/Counterplaintiff-Appellee. Nos. 95-3485, 95-3530. United States Court Of Appeals For The Seventh Circuit. 88 F.3d 473; 1996 U.S. App. LEXIS 16281; 39 U.S.P.Q.2D (BNA) 1444; Copy. L. Rep. (CCH) P27,541. February 21, 1996, Argued . July 8, 1996, decided *“The recipes involved in this case comprise the lists of required ingredients and the directions for combining them to achieve the final*

- Caso Lambing vs. Godiva Chocolatier Inc.- En este caso, que data del año 1998, la chef Barbara Lynn Lambing demandó a la empresa Godiva Chocolatier por infracción al Derecho de Autor. En la denuncia, la chef alegaba que la empresa había copiado la receta y diseño de su trufa de chocolate denominada "David's Trinidad." La Corte de Apelaciones¹²⁴ señaló que las recetas no eran protegibles por el Derecho de Autor, estableciendo que *“la identificación de los ingredientes necesarios para la preparación de los alimentos es una declaración de hechos. No hay ningún elemento expresivo que merezca protección por Derechos de Autor en cada listado. Por lo tanto, las recetas son las direcciones funcionales para lograr un resultado, y están excluidas de la protección por Derechos de Autor.”*¹²⁵

Aparentemente, estos juicios han sido lo bastante contundentes como para desincentivar posteriores demandas por infracción a los Derechos de Autor en temas culinarios.

Existen dos circunstancias adicionales que vale la pena mencionar y, aunque no llegaron a entablarse demandas, fueron situaciones muy conocidas dentro de la alta cocina gracias a los foros de la *eGullet Society for Culinary Arts & Letters*:

- ❖ La copia realizada por el chef Robin Wickens.- En 2006, el chef Sam Mason del restaurante WD-50 en Estados Unidos descubrió que, en Australia, el chef Robin Wickens del restaurante Interlude copió

products. The recipes contain no expressive elaboration upon either of these functional components, as opposed to recipes that might spice up functional directives by weaving in creative narrative. We do not express any opinion whether recipes are or are not per se amenable to copyright protection, for it would be inappropriate to do so.”(consulta: 24/01/2010).

¹²⁴ Se apeló ante la United States Court of Appeals for the Sixth Circuit.

¹²⁵ Barbara Lynn Lambing, Plaintiff-Appellant, v. Godiva Chocolatier, Defendant-Appellee. No. 97-5697. United States Court of Appeals for the Sixth Circuit. 1998 U.S. App. LEXIS 1983. February 6, 1998, Filed. *“The identification of ingredients necessary for the preparation of food is a statement of facts. There is no expressive element deserving copyright protection in each listing. Thus, recipes are functional directions for achieving a result and are excluded from copyright protection”* (consulta: 24/01/2010).

exóticos platillos de los restaurantes gourmet norteamericanos WD-50 y Alinea.



126

El foro de *eGullet* difundió la noticia, con lo cual, rápidamente sus miembros criticaron severamente al chef Wickens, antiguo practicante ad honorem del Alinea, por haber realizado un plagio. El chef Wickens retiró los platillos del menú del Interlude y le envió cartas de disculpas a los chefs que sufrieron la copia, explicando que había utilizado lo aprendido en sus viajes, pero que nunca había sido su intención el hacerlos pasar por creaciones suyas¹²⁷.

Los chefs y dueños de los restaurantes Alinea (Grant Achatz) y WD-50 (Wylie Dufresne) no demandaron al chef Wickens. Incluso, el dueño del restaurante WD-50 estuvo reacio a criticar al mencionado chef por la copia de los platillos¹²⁸.

- ❖ La copia realizada por el Tapas Molecular Bar.- También en el año 2006, poco después del escándalo del chef Wickens, el foro de *eGullet* dio a conocer otro caso de copia. En esta oportunidad, el

¹²⁶ Entre los platillos copiados se encontraban estos fideos hechos de langostinos. La imagen de la izquierda corresponde a la copia realizada por el restaurante Interlude. La figura de la derecha corresponde al platillo creado por el restaurante WD-50. Fuente: McLaughlin, Katy. “That melon tenderloin looks awfully familiar...”. *The Wall Street Journal* on line. June 24, 2006. http://online.wsj.com/article_print/SB115109369352989196.html (consulta: 05/02/2011)

¹²⁷ McLaughlin, Katy. “That melon tenderloin looks awfully familiar...”. *The Wall Street Journal* on line. June 24, 2006. http://online.wsj.com/article_print/SB115109369352989196.html (consulta: 09/02/2011)

¹²⁸ 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*, 2009. Nota al pie 10.

En una entrevista, el chef Dufresne señaló que él disfruta la colaboración abierta que tiene con otros chefs y que él está complacido de ver sus ideas culinarias ganando circulación, siempre que otros no se dediquen simplemente a copiarlo. Ver: Buccafusco, Christopher J. “On the legal consequences of sauces: should Thomas Keller’s recipes be per se copyrightable?”. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*. Vol 24:1121.2007, p. 1153.

Tapas Molecular Bar en el Mandarin Oriental Hotel de Tokio había reproducido algunos platillos del Jose Andres's Minibar, en Washington DC.



129

El chef José Ramón Andrés Puerta (conocido como José Andrés), exigió al hotel que cambiaran su menú o le pagaran por el uso de sus creaciones. El hotel estaba dispuesto a arreglar el problema pacíficamente, pero no existen mayores datos de en qué consistió el acuerdo. Cabe señalar que el chef a cargo del Tapas Molecular Bar era Jeff Ramsay quien trabajó en el Jose Andres's Minibar¹³⁰.

Luego de haber apreciado los casos previos, analizaremos si las creaciones gastronómicas, es decir, las recetas o los platillos propiamente dichos, son capaces de cumplir el requisito de originalidad

3.1 Las recetas de cocina: ¿obras protegibles?

Como hemos podido apreciar, existe doctrina y jurisprudencia que han expresado que las recetas en sí mismas y/o su ejecución no pueden ser objeto de protección por el Derecho de Autor.

¹²⁹ Este plato, llamado, la inyección de langosta del Tapas Molecular Bar (Izquierda), es muy similar a un plato, la langosta Americaine del Jose Andres's Minibar (Derecha). El bulbo de la inyección se llena de un rico caldo de langosta, con el cual uno arroja chorros de la sustancia en la boca al momento de comer la langosta. Shaw, Steven A.. "The merit of preservation: Further tales of culinary plagiarism". <http://forums.egullet.org/index.php?/topic/85783-the-merit-of-preservation/> (consulta: 14/02/2011).

¹³⁰ Steven A. Shaw. "The merit of preservation: Further tales of culinary plagiarism". <http://forums.egullet.org/index.php?/topic/85783-the-merit-of-preservation/> (consulta: 14/02/2011).

Para que las recetas de cocina puedan tener alguna posibilidad de protección, usualmente se afirma que los cocineros deberían incluir en ellas sugerencias para la presentación, fotografías, consejos sobre los vinos que pueden acompañar el platillo o incluso la música apropiada para disfrutar la comida. Asimismo, se recomienda incorporar relatos sobre su origen histórico o étnico¹³¹. En otras palabras, se busca evitar que la receta sea un simple listado de ingredientes e instrucciones de elaboración, asemejándose más a una novela o a otro tipo de obra.

En nuestra opinión, con la inclusión de fotografías, consejos y relatos en los recetarios no se están protegiendo las recetas en sí mismas, es decir, al listado de ingredientes e instrucciones para la preparación de comida; en cambio, con estas medidas solamente se protegen estos elementos añadidos, es decir, las fotos, consejos y relatos, las cuales bien podrían estar incorporadas en cualquier tipo de texto.

En efecto, si bien las recetas de cocina suelen tener la forma de listados de ingredientes, con algunas indicaciones básicas sobre la forma de elaboración de un platillo, es posible que la receta sea expresada en otra forma, de modo que sí se considere que reviste de originalidad.

Por ejemplo, el siguiente recetario y guía para vinos fueron realizados dándole un formato de humor gráfico.



¹³¹ Broussard, J Austin. Op. cit. p. 9.

¹³² Fuente: <http://elcomercio.pe/gastronomia/691278/noticia-cocina-divertida-humorista-espanol-ilustrados-guias-inexpertos-artes-culinarias> (consulta: 01/07/2011).

En este caso, si el libro expresa todas las recetas de forma gráfica, éstas serían protegibles en sí mismas, es decir, nadie podría copiar estas mismas explicaciones ilustradas.

Es pertinente indicar que, si bien el precedente del caso de Agrotrade contra Infutecca¹³³ señala que no son originales las simples instrucciones que requieren solo una habilidad manual para ser ejecutadas, a nuestro modo de ver, esto debería aplicarse únicamente para las recetas comunes, las verdaderamente simples en su forma de expresión¹³⁴. Una receta expresada solamente en formato gráfico fácilmente puede considerarse como diferente al común de los libros de cocina, reflejando la singularidad o personalidad del autor.

Otra forma en que las recetas en sí mismas podrían expresarse y protegerse sería a través de poemas. Como ejemplos tenemos los siguientes:

<p>Flores de pan</p> <p><i>Las flores de pan son para el dios Pan.</i></p> <p><i>Para confeccionar unas flores y adornos de miga de pan siga fija estas instrucciones sin hacerme modificaciones:</i></p> <p><i>A todo póngale su atención.</i></p> <p><i>Me mezclan ocho rebanadas de pan de molde, tres cucharadas de crema nívea, dos de glicerina, vecinas, una de zumo de limón y el color de la pintura (pura) al óleo que mejor crea.</i></p>	<p>Las sopas de ajo</p> <p><i>Cuando el diario succulento plato, base de toda mesa castellana, gastar me veda el rígido mandato de la Iglesia Católica Romana, yo, fiel cristiano, que sumiso acato cuanto de aquella potestad emana, de las viandas animales huyo, y con esta invención las sustituyo. Ancho y profundo cuenco, fabricado de barro (como yo) coloco al fuego, de agua lo lleno; un pan despedazo en menudos fragmentos, los echo luego; con sal y pimentón despolvoreado, de puro aceite tímido lo riego; y del ajo español dos cachos mondo y en la masa esponjada lo escondo. Todo el calor del fuego hierva junto Y en brevísimo rato se condensa, mientras de aquel suavísimo conjunto lanza una parte en gas la llama</i></p>
---	--

¹³³ Resolución No. 286-1998/TPI- INDECOPI.

¹³⁴ En definitiva, no debería entenderse por instrucción “simple” a una instrucción expresada con claridad, sino a una instrucción expresada sin cumplir el requisito de originalidad.

<p><i>La pasta que les resultará se modelará como si nada.</i></p> <p><i>Las flores de pan por aquí las dan.</i>¹³⁵</p>	<p><i>intensa;</i> <i>parda corteza cuando está en su punto</i> <i>se advierte en torno, y los sopones prensa;</i> <i>y colocado el cuenco en una fuente se sirve así para que esté caliente.</i>¹³⁶</p>
--	---

Habiendo determinado que la receta en sí misma puede ser expresada de manera original, es importante analizar cuál es el alcance de la protección que podrían tener las recetas de cocina.

En este punto deben separarse dos supuestos:

a) Si la receta es original en su forma pero no en su contenido:

Como hemos visto, una receta puede ser original si se expresa como poema o ilustración. En este caso, si el platillo que describe no es original¹³⁷, el autor de las recetas (en forma de poema o gráfico), podría impedir que éstas se reproduzcan sin autorización¹³⁸, por ejemplo, evitando que la receta sea fotocopiada. Asimismo, podrá exigir que se respeten sus derechos de paternidad, integridad, comunicación pública, etc. Sin embargo, no podría evitar que se preparen los platillos descritos en la receta, incluso para fines comerciales, no solamente por una cuestión de lógica (para ese fin se compró el libro de recetas y además el platillo no es original) sino porque el artículo 9 de la Ley de Derechos de Autor excluye expresamente de la protección el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, así como su aprovechamiento industrial o comercial¹³⁹.

¹³⁵ Fuente: <http://comunidad.terra.es/blogs/versoscomestibles/default.aspx> (consulta: 12/12/2010). El autor no es señalado en la fuente.

¹³⁶ Fuente: Alonso, Juan Carlos. <http://gastronomiaenverso.blogspot.com/2006/12/las-sopas-de-ajo.html> (consulta: 12/12/2010).

¹³⁷ Por ejemplo, podría haber una receta en forma de poema sobre cómo elaborar papa rellena, un platillo que, por ser tradicional, no cuenta con protección por el Derecho de Autor. De igual manera, podríamos tener una receta en forma gráfica de cómo elaborar una salchipapa, platillo que pese a no ser tradicional, es muy simple.

¹³⁸ Salvo por las excepciones al Derecho de autor, como sucede con el derecho de cita que se está utilizando en la presente investigación.

¹³⁹ El artículo 9 de la Ley de Derechos de Autor utiliza la denominación “obra científica”, un concepto dentro del cual parecen no estar incluidos los recetarios. Sin embargo, somos de la opinión que esta

Por ejemplo, un manual que describe cómo hacer dibujos usando la técnica de la perspectiva, no puede ser libremente fotocopiado ya que la descripción de la técnica (la forma en que se ha expresado en palabras la descripción) reflejará la personalidad del autor. Sin perjuicio de esto, por el artículo mencionado, cualquier persona puede adquirir el libro y realizar dibujos usando la perspectiva, incluso para un fin comercial como vender pinturas. De la misma manera, la receta expresada en forma original (como poema, gráfico, etc.) no puede ser copiada pero sí puede prepararse el plato descrito en ella.

Cabe señalar que el autor de la receta expresada originalmente tampoco podría evitar que alguien copie las instrucciones y realice otro poema, otro gráfico, etc. pues el contenido no reviste originalidad.

b) Si la receta es original en su forma y también en su contenido:

Si además de expresarse de manera original la receta, el platillo descrito también fuera original¹⁴⁰, el artículo 9 de la Ley de Derechos de Autor ya no es suficiente para permitir el libre uso de la receta porque este artículo no está avalando que un contenido original sea reproducido sin autorización del autor, solamente permite que una técnica, procedimiento (en el fondo, ideas) sean ejecutadas libremente.

Para graficar el tema, imaginemos en esta oportunidad un manual que describe cómo hacer dibujos usando la técnica de la perspectiva, específicamente una de las obras de Fernando de Szyszlo. Igual que en el caso anterior, el

disposición sí les es aplicable, pues consideramos que la referencia a que la obra sea “científica” no se refiere exclusivamente a ciencias exactas como la física o la química sino a todo aquello que cumple con tener carácter científico, es decir, obras que se caractericen por ser un conjunto de conocimientos o habilidades que siguen una metodología (ver: www.rae.es). De esta manera, los manuales para los programas de ordenador (obras claramente científicas) o cualquier otro manual técnico, comparten la misma naturaleza que un recetario pues, en ambos casos, nos encontramos ante explicaciones para la realización (con precisión) de una tarea, cuyo objetivo es la obtención de un resultado específico.

Cabe mencionar que, tal como vimos en páginas previas de la presente tesis, Delia Lypsic y Ricardo Antequera, consideran que ante recetarios publicados, no puede el titular de la obra obstaculizar la preparación del platillo.

¹⁴⁰ Exploraremos a profundidad la originalidad de los platillos en el siguiente punto.

adquirente del manual no puede fotocopiarlo libremente; sí tiene la posibilidad de aplicar el manual y realizar dibujos utilizando la técnica de la perspectiva, pero no tiene permitido que se realice una copia de la obra de Szyszlo, porque solamente este pintor es quien controla los actos de reproducción de su pintura.

Del mismo modo ocurriría en una receta que sea original en su forma de expresión y donde el platillo descrito sea original. Ello debido a que, en este caso, el resultado final de la utilización de la receta, es decir, la elaboración del platillo, sería un acto de reproducción de una obra. Como es lógico, la reproducción del platillo, como sucede con cualquier obra, sería controlada por el autor o el titular de los derechos sobre la misma.

En tal sentido, por el simple hecho de adquirir el texto de la receta, el platillo no podría ser reproducido, salvo en los casos de las excepciones que según el derecho de Autor le fueran aplicables, por ejemplo utilizando las limitaciones correspondientes al ámbito doméstico y a la de los fines didácticos¹⁴¹. Cabe señalar que en ninguna de estas dos excepciones puede existir el fin de lucro. En cuanto a las personas que deseen adquirir el recetario para preparar los alimentos y lucrar con ellos, aunque la receta de un platillo original haya sido publicada por su mismo creador, evidentemente con la intención de que se pueda preparar el alimento para cualquier fin y, pese a que el interés del adquirente del recetario sea preparar el platillo por razones comerciales, la Ley de Derechos de Autor no permitiría tal reproducción sin la autorización del creador del platillo, por extraño que esto pueda parecer¹⁴².

¹⁴¹ Decreto Legislativo 822.

Artículo 41.- Las obras del ingenio protegidas por la presente ley podrán ser comunicadas lícitamente, sin necesidad de la autorización del autor ni el pago de remuneración alguna, en los casos siguientes:

a. Cuando se realicen en un ámbito exclusivamente doméstico, siempre que no exista un interés económico, directo o indirecto y que la comunicación no fuere deliberadamente propalada al exterior, en todo o en parte, por cualquier medio.

(...)

c. Las verificadas con fines exclusivamente didácticos, en el curso de las actividades de una institución de enseñanza por el personal y los estudiantes de tal institución, siempre que la comunicación no persiga fines lucrativos, directos o indirectos, y el público esté compuesto exclusivamente por el personal y estudiantes de la institución o padres o tutores de alumnos y otras personas directamente vinculadas con las actividades de la institución.

¹⁴² En nuestra opinión, esta situación entra en conflicto con el razonamiento lógico común: si el chef publicó la receta es para que cualquier persona prepare el platillo, sin importar si son o no con fines

Como ya hemos mencionado, en este caso, si alguna persona realizara, a manera de receta, otro poema o ilustración de un platillo original, el creador del platillo original debería autorizarlo, ya que se estaría realizando una reproducción de la obra¹⁴³. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que nos encontraríamos ante un supuesto de obra derivada.

3.2 Los platillos de comida: ¿obras protegibles?

Ya hemos señalado en párrafos previos de la presente tesis que la comida *gourmet* puede considerarse un arte porque es capaz de cumplir con deleitar los sentidos, además de nutrir al cuerpo. También hemos estudiado que según nuestra legislación, deben protegerse todas las obras que cumplan con el requisito de ser originales, es decir que reflejen la individualidad o singularidad del creador.

En esta sección, esta vez desde una perspectiva jurídica, reafirmamos que la posibilidad de que existan obras gastronómicas no sería aplicable a todo tipo de cocina.

En tal sentido, a nuestro modo de ver, como los platillos tradicionales forman parte de la fusión cultural que se dio en Perú a través de los años, nadie podría reclamar titularidad sobre las recetas de, por ejemplo, la papa rellena, el lomo saltado o el cebiche porque no fueron creación de una única persona.

En consecuencia, compartimos la apreciación de Paz Soler cuando indica que no podrían ser consideradas originales las recetas tradicionales, pero sí podrían protegerse *“ciertas creaciones culinarias indiscutibles, en la medida en*

lucrativos. Sin embargo, tal como señalan Kal Raustiala y Christopher Sprigman, esta situación sí guarda sentido dentro del sistema de Derechos de Autor pues, si los restaurantes pagan por el uso de canciones en sus establecimientos, ¿por qué no se debería pagar por un platillo original? Ver: Raustiala, Kal y Christopher Sprigman. “The Piracy Paradox: innovation and intellectual property in fashion design”. Virginia Law Review. No. 8. Vol. 92. Diciembre 2006. Reproducido en el Anuario Andino de Derechos Intelectuales. Año III. No. 3. Lima 2007, p. 402.

¹⁴³ Consideramos que las recetas son una forma de reproducción de los platillos pues, de acuerdo al artículo 2 inciso 37 del Decreto Legislativo 822, la reproducción es la *“fijación de la obra o producción intelectual en un soporte o medio que permita su comunicación, incluyendo su almacenamiento electrónico, y la obtención de copias de toda o parte de ella”*.

que resultarían particularmente inspiradas y novedosas, representarían un salto cualitativo relevante respecto de lo exigible a un maestro cocinero diligente y responderían a un esfuerzo creativo superior al del sector”¹⁴⁴.

Debido a que la singularidad o personalidad del chef podría encontrarse en diferentes aspectos del platillo, es necesario determinar en cuál de los ámbitos puede residir la originalidad: en el procedimiento de preparación; en la combinación de ingredientes o; en la presentación del mismo.

a) Análisis de la originalidad respecto del procedimiento de preparación

A primera impresión, parecería no haber obstáculo para que un procedimiento pueda considerarse como obra, siempre y cuando cumpla con el requisito de originalidad.

Por ejemplo, existe toda una corriente conocida como “cocina molecular”. Por este tipo de gastronomía se entiende aquella que tiene relación con las propiedades físicas y químicas de los alimentos y los procesos a los que se someten, por ejemplo, el batido, la gelificación, entre otros. Para lograr estos efectos, los alimentos se preparan sometiéndolos a procedimientos típicos de la química, como utilizar nitrógeno líquido para congelar rápidamente los productos y, con esto alterar el producto en sabor, forma, etc.

Podría pensarse que todos estos nuevos y singulares procedimientos para cocinar, reflejarían la personalidad del autor, por ejemplo una personalidad científica o analítica.

En realidad, no es posible proteger un procedimiento por expresa disposición del artículo 9 de la Ley de Derechos de Autor¹⁴⁵. Esta restricción es consecuente con la prohibición de proteger las ideas.

¹⁴⁴ Soler Masota, Paz. “La protección de las ideas por Derecho de Autor”. En: Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXII. 2001, pp. 502-503.

¹⁴⁵ Decreto Legislativo 822. Artículo 9.- No son objeto de protección por el derecho de autor:

En el caso de la cocina molecular, si bien puede tener métodos muy diferentes a los normalmente conocidos, otorgarle protección a sus procedimientos sería como haberle otorgado protección por Derechos de Autor a la persona que ideó por primera vez cocinar una de sus comidas utilizando “el baño maría”¹⁴⁶. Claramente, proteger a alguien por ser el primero en idear un procedimiento de cocina sería inadecuado, pues impediría que ese método se utilice y mejore con el paso del tiempo.

Diferente será la situación si se describe en un libro el procedimiento de gelificación en la cocina molecular. En este caso, se protegería esta específica explicación contenida en el libro (es decir, forma de expresión) pero cualquier persona podría escribir su propia descripción del mismo procedimiento (es decir, la idea)¹⁴⁷.

En consecuencia, en sí mismos, los procedimientos para cocinar no pueden ser protegidos por el Derecho de Autor, pero sí las formas de explicar los procedimientos gastronómicos.

b) Análisis de la originalidad respecto de la combinación de ingredientes

Una base de datos¹⁴⁸, en teoría, si se compone de elementos no originales, podría ser protegida por el Derecho de Autor siempre que la selección o la

-
- a. Las ideas contenidas en las obras literarias o artísticas, los procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí, los sistemas o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial.
(...)

¹⁴⁶ Consiste en la cocción de un alimento dentro de un recipiente. Este recipiente, a su vez, se sumerge en un recipiente de mayor tamaño lleno de agua caliente. De esta manera, el alimento se cocina por medio del agua caliente y no por el calor directo proveniente del horno o de la cocina. http://www.consumer.es/web/es/alimentacion/en_la_cocina/trucos_y_secretos/2007/10/11/48527.php (consulta: 22/03/2011).

¹⁴⁷ De igual manera, existen muchos manuales que explican, paso a paso, cómo utilizar programas de software.

¹⁴⁸ Decreto Legislativo 822. Artículo 2 inciso 4. Base de Datos: Compilación de obras, hechos o datos en forma impresa, en unidad de almacenamiento de ordenador o de cualquier otra forma.

disposición de este contenido revista originalidad, es decir refleje la personalidad del autor¹⁴⁹.

Con la misma lógica, es posible que se combinen o escojan ingredientes que reflejen la singularidad del chef; sin embargo, consideramos que puede llegar a ser muy difícil que el INDECOPI reconozca que un platillo goza de originalidad por este motivo.

Nuevamente recurriremos al ejemplo de las bases de datos para explicar nuestros motivos. No existen casos nacionales en los cuales se haya declarado la originalidad de bases de datos e incluso a nivel internacional estas circunstancias son poco frecuentes¹⁵⁰, habiéndose optado en Europa por brindar una protección *sui generis* a las bases de datos¹⁵¹, que no descansa en la originalidad sino en proteger la inversión que representa¹⁵².

Si conceder protección a las bases de datos por Derechos de Autor es una tarea tan compleja, es previsible que el INDECOPI tampoco reconocería fácilmente la originalidad de un platillo por la combinación o selección de sus ingredientes. Este comportamiento de la autoridad sería muy comprensible,

¹⁴⁹ Decreto Legislativo 822. Artículo 5.- Están comprendidas entre las obras protegidas las siguientes:

(...)

I. Las antologías o compilaciones de obras diversas o de expresiones del folklore, y las bases de datos, siempre que dichas colecciones sean originales en razón de la selección, coordinación o disposición de su contenido.

(...)

¹⁵⁰ Ver por ejemplo la Sentencia No. 0563 de Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 7 de Junio de 1995 correspondiente a Madrid, España. En este caso se determinó la originalidad de unos cuadernos pedagógicos, indicando “(...)no puede dejar de tenerse en cuenta que ambas sentencias, la del Juzgado y la de la Audiencia, destacan el elemento de originalidad en los Cuadernos, al decir, de modo respectivo que “la originalidad no es grande, ni en lo científico... ni en lo artístico... ni en lo literario... pero el conjunto es original en tanto realización material compleja de varios elementos” y que “la originalidad de los cuadernos del actor estriba precisamente en la estructura y en la presentación de esos conocimientos”(...)”

¹⁵¹ Ver por ejemplo lo señalado por la Resolución No. 1095-2002/TPI-INDECOPI “al respecto, la Directiva Europea 96/6/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos establece dos sistemas: el primero, para la tutela por el derecho de autor sobre las bases de datos que, por la selección o la disposición de su contenido constituyan creaciones intelectuales; y el segundo, mediante un derecho *sui generis* para aquellas bases de datos que, con independencia de la protección por el derecho de autor u otros derechos, representen, por la obtención, verificación o presentación de su contenido, una inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo”.

¹⁵² Tal como señala Jesús Alberto Messía de la Cerda Ballesteros “además, debemos tener en cuenta que la protección *sui generis* desecha el requisito de la originalidad como presupuesto de la misma. Se trata de una de las diferencias más apreciables que existen entre el derecho *sui generis* y los derechos de autor”. Messía de la Cerda Ballesteros, Jesús Alberto. “La protección jurídica del fabricante de bases de datos: derecho *sui generis* y competencia desleal”. Enero 2005. <http://vlex.com/vid/aspectos-objetivos-derecho-sui-292915#ixzz1F15bjCMI> (consulta: 18/01/2011).

pues, dada la naturaleza cambiante de los platillos (especialmente en el caso peruano¹⁵³) va a ser muy difícil que la autoridad detecte en la gastronomía una combinación singular (o hasta novedosa¹⁵⁴) porque constantemente estamos expuestos a noticias sobre combinaciones o ingredientes inusuales para cocinar.

Para demostrar lo antes mencionado, a continuación mencionaremos algunos casos reales donde se utilizan ingredientes poco usuales, no obstante ello, en nuestra opinión, probablemente no se considerarían originales:

- El chaufa amazónico: Consiste en el clásico arroz chaufa, al cual se le incorporan chorizo y la cecina y se le acompaña con plátano¹⁵⁵.
- El cebipisco: Se coloca el pescado sobre un recipiente y luego se añade el limón y el ají limo. Finalmente, se agrega pisco acholado para que se macere y, luego, unos pedazos de mango¹⁵⁶.
- Las pizzas con rellenos peruanos: existen las pizzas rellenas con salchicha huachana, con carne de alpaca, con cecina y con rocoto relleno¹⁵⁷.
- Helados con sabores peruanos: Utilizando como insumos platillos que el público identifica como típicos de un menú de almuerzo, se han creado varios helados, entre ellos, el helado de sabor cebiche, con sabor a rocoto relleno, tallarines a la huancaína, etc¹⁵⁸.

¹⁵³ De acuerdo a Gastón Acurio, la cocina peruana evoluciona, cambia permanentemente, no es un producto terminado. Fuente: Exposición de Gastón Acurio en el evento “Cocina peruana, Identidad Nacional y Desarrollo Social”, llevada a cabo el 3 de noviembre de 2010 en Lima en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹⁵⁴ En la presente investigación ya hemos señalado que, en los hechos, la autoridad peruana tiende en su análisis de originalidad hacia la novedad objetiva relativa, aunque formalmente se utilice el criterio de “personalidad”.

¹⁵⁵ Fuente: <http://elcomercio.pe/noticia/637567/todos-gustos-pruebe-cuy-picante-papa-chaufa-amazonico> (consulta: 22/06/2011).

¹⁵⁶ Fuente: <http://elcomercio.pe/gastronomia/708757/noticia-cebipisco-fusion-100-peruana> (consulta: 22/06/2011).

¹⁵⁷ Fuente: <http://elcomercio.pe/gastronomia/717076/noticia-pizzas-sabor-peruano-desde-cecina-hasta-rocoto-relleno> (consulta: 22/06/2011).

¹⁵⁸ Fuente: <http://elcomercio.pe/gastronomia/677788/noticia-helados-peruanos-le-gustaria-probar-uno-tallarines-huancaina> (consulta: 22/06/2011).

- Tacos de carne de león: También se preparan con carne de pitón, caimán, alce, canguro, víbora de cascabel y tortuga¹⁵⁹. Aunque es un ingrediente inusual para nosotros en este momento, también lo fue en su momento la carne de avestruz, que ya no es tan raro de encontrar en los restaurantes.
- La utilización de vino en polvo para sazonar: Mediante un proceso, el vino es secado por atomización a bajas temperaturas utilizando un spray. De esta forma, se elimina el agua y el alcohol, sin que pierda el aroma, el color y el sabor de la bebida en su estado original¹⁶⁰.
- Platillos con flores comestibles: Principalmente se utilizan rosas orgánicas y es una tendencia que proviene actualmente de Ecuador¹⁶¹. Si bien para algunos puede ser algo muy ingenioso, México¹⁶² y Francia han utilizado flores para sus platillos desde hace mucho tiempo¹⁶³, con lo cual, el empleo de éstas como ingredientes no es tan singular.

En conclusión, si bien consideramos posible que un platillo sea original por la combinación o selección de sus ingredientes¹⁶⁴, la propia naturaleza cambiante de la cocina hace difícil imaginar un platillo que cumpla con este requisito¹⁶⁵.

c) Análisis de la originalidad respecto de la presentación del platillo

¹⁵⁹Fuente: <http://elcomercio.pe/gastronomia/701465/noticia-exotico-restaurante-estadounidense-vendera-tacos-leon> (consulta: 22/06/2011).

¹⁶⁰Fuente: <http://elcomercio.pe/gastronomia/715722/noticia-vino-polvo-sazonador-comidas-que-viene-conquistando-mercados> (consulta: 22/06/2011).

¹⁶¹ Fuente: <http://elcomercio.pe/noticia/633225/chefs-experimentan-flores-comestibles-ecuador> (consulta: 22/06/2011).

¹⁶² Por ejemplo, el uso en las comidas de flores de calabacín. Fuente: <http://www.directoalpaladar.com/cultura-gastronomica/flores-en-la-cocina> (consulta: 30/06/2011)

¹⁶³ Por ejemplo violetas, con un sabor algo dulce, y que ya fueron utilizadas hace muchos años por pasteleros franceses creando unos caramelos de violetas confitadas que suelen venderse en pequeños envases de lata o vidrio. Fuente: <http://labuenavidagourmetdemaren.blogspot.com/2010/09/las-nuevas-tendencias-gastronomicas.html> (consulta: 30/06/2011).

¹⁶⁴ De existir algún ejemplo, se trataría de una obra de arte aplicado, porque cumple la función utilitaria de alimentar pero también tiene una función estética, brindar sensaciones al comensal. Aunque no es indispensable que una obra forme parte de una clasificación para ser protegida, siempre será bueno el ubicarla en algún parámetro predeterminado para facilitar los trámites de registro, por ejemplo el pago de tasas.

Como sustento de nuestra afirmación, podemos apreciar que según el Decreto Legislativo 822. Artículo 2, inciso 20 una obra de arte aplicado es: *Una creación artística con funciones utilitarias o incorporada en un artículo útil, ya sea una obra de artesanía o producida en escala industrial.*

¹⁶⁵ Incluso agregar un ingrediente no comestible como el oro, en nuestra opinión, carecería de originalidad, pues es una tendencia que parte de la alta cocina utiliza oro comestible en el decorado de varios alimentos como helados, sushi, licores y postres. Ver: http://www.delafee.com/index.php?cPath=48_57&page=ediblegold (consulta: 30/06/2011).

En los restaurantes, mientras que en la comida de diario la presentación no guarda una gran relevancia para los comensales, a quienes más bien les importa la abundancia de la porción, en la comida *gourmet* hay, por el contrario, cierta tendencia a que las porciones sean reducidas y que los alimentos tengan una disposición ordenada, por ejemplo, simétricamente.

Existen muchas recomendaciones sobre la forma en que los platillos *gourmet* deben ser presentados. Varios son los libros y *blogs* que se han escrito al respecto. A continuación señalamos algunas de las composiciones básicas en las presentaciones¹⁶⁶, las cuales, a su vez, pueden combinarse entre ellas o añadir otros elementos como los colores o la forma del plato. Estimamos que posiblemente, usted encontrará familiares algunas de ellas:

Composición simétrica:

Existe igualdad de peso¹⁶⁷ en las dos partes del plato



Composición asimétrica:

Un lado del plato presenta mayor peso que la otra



¹⁶⁶ Fuente: <http://www.elcriticogourmet.com/?p=211> (consulta: 30/01/2011).

¹⁶⁷ Término técnico que se refiere a la simetría de las porciones.

Composición rítmica:

Repite elementos principales y los alterna con otros secundarios.



Composición oblicua:

Simula líneas transversales y giradas con relación al comensal



Composición en escala:

Los elementos se repiten con diferentes tamaños, de forma proporcional.



Evidentemente estas presentaciones simples y comunes de los platillos no serían protegibles porque no reflejarían la individualidad del chef, simplemente son empleadas por muchos cocineros en la alta cocina; sin embargo, una presentación muy diferente podría ser considerada como original por el INDECOPI¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Existe un caso límite, pues bien podría tratarse de una presentación original, pero también de un procedimiento que, como hemos visto, están exceptuados de protección. El caso versa sobre un postre

Posiblemente, las presentaciones con mayor posibilidad de ser consideradas originales serán aquellas que tengan una forma escultórica¹⁶⁹. Si bien tener esta forma es algo que tradicionalmente ha existido en los pasteles¹⁷⁰, también puede existir en los platos de comida, tal como apreciamos a continuación:



171



172



173



174

interactivo que ha desarrollado el chef Emilio Macías del restaurante Quimera en Perú. Este postre los prepara delante de los comensales de la siguiente manera: “*Luego de retirar los platos, se coloca una placa transparente de acrílico sobre la mesa. El chef se acerca con un carrito y empieza la función: Emilio traza sobre el plato un corazón con un ‘coulis’ de frutos del bosque. Luego, coloca pequeños montes de una suave crema de yogur; y sobre estos, cubitos de cremoso chocolate (...) que luego son sopleteados. (...) Sobre el postre, espolvorea tierra de cacao; guirlache de almendras, (...) y crocantes de cacao, que son líneas de chocolates hechas al horno. Encima de los cremosos de cacao, coloca el sorbete de frutos rojos; después, los deshielos de chocolate (...) Para terminar, esencias de toronja. ‘Exprimo la cáscara de la toronja para soltar todos los aceites aromáticos de la fruta’, detalla el chef.*” Ver: <http://elcomercio.pe/gastronomia/713538/noticia-postre-interactivo-dia-amor> (consulta: 16/03/2011).

¹⁶⁹ La forma escultórica no necesita ser permanente, por lo tanto, el argumento de que no se podría proteger la forma escultórica de un platillo debido a que es temporal (hasta que se consuma) carece de sentido. Como prueba de lo anterior y, saliendo del caso de las creaciones gastronómicas, una escultura de hielo o de arena son claros objetos de protección, sin que su naturaleza temporal sean un obstáculo para ello.

¹⁷⁰ Ver por ejemplo las imágenes del “The Mad Artist Tea Party” la primera exposición de arte comestible en Londres en 2010. <http://recetasparamishijos.blogspot.com/2010/08/mad-artists-tea-party-la-primer.html> (consulta: 11/01/2011).

¹⁷¹ Fuente: <http://www.odditycentral.com/pics/cutest-snacks-ever.html> (consulta: 11/01/2011)

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Fuente: <http://www.chercabulasmindbox.com/2009/09/creative-food-art.html> (consulta: 11/01/2011).

En cuanto a las formas escultóricas, una precaución que deberían tomar los chefs que opten por este tipo de presentación y que deseen ser protegidos por los Derechos de Autor, es no representar formas que constituyan patrimonio cultural arquitectónico, ya que cualquier representación por vía escultórica de la misma no puede ser protegida en exclusividad¹⁷⁵, ello debido a que impediría que se generaran otras representaciones del modelo escogido¹⁷⁶.

4. Posibles problemas de proteger las creaciones culinarias.

Asumiendo la postura de que, en ciertas condiciones, es posible otorgar Derechos de Autor a las creaciones culinarias, ¿qué efectos podría tener esta protección?

Analizaremos a continuación quién sería el titular de los derechos, cómo se afectaría el dominio público y el desarrollo de nuevos platillos, los Derechos Conexos del ejecutor y, la posibilidad de hacer efectiva la protección.

4.1 El titular de los derechos

Aunque de primera impresión parezca obvio decir que el chef creador será el titular de los derechos por la creación, esto no necesariamente será cierto en todos los casos.

Es claro que el chef creador tendrá siempre los derechos morales sobre la creación, pero posiblemente él no será el principal beneficiado con los derechos patrimoniales, es decir, con la explotación económica de su creación.

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ Por ejemplo, aunque no era una creación gastronómica sino una miniatura de plástico, el INDECOPI ya ha rechazado como originales las miniaturas que replican Machu Picchu: “*La Sala considera que otorgar protección al objeto materia de registro implicaría que ninguna otra persona pueda realizar miniaturas de la ciudadela de Machu Picchu. En virtud de las consideraciones anteriores, la Sala concluye que la MINIATURA EN MATERIAL PLÁSTICO ENDURECIDO DE MACHU PICCHU no posee, ni en su conjunto ni respecto a los elementos que lo integran, características individuales especiales que le otorguen rasgos de originalidad, no siendo por tanto susceptible de ser considerado una obra y, por ende, de ser incluida en el Registro de Derecho de Autor.*” Ver: Resolución No. 0184-2008/TPI-INDECOPI.

¹⁷⁶ Otra precaución que deben tomar los creadores, consiste en evitar formas que violen Derechos de Autor de otros titulares, por ejemplo, haciendo una torta del personaje Mickey Mouse.

Cabe señalar que son precisamente los derechos patrimoniales los que deberían estimular la creación, recompensando al autor por su trabajo y motivándolo a seguir creando y vivir de su ingenio.

En el caso de las recetas de chefs famosos, actualmente los derechos económicos por las publicaciones de recetarios corresponden a las empresas editoriales. Por ejemplo, en esta situación se encuentra el chef Thomas Keller¹⁷⁷. Si actualmente, con recetas que no son originales, la explotación de las mismas corresponde a las editoriales, es lógico suponer que esto mismo sucedería si se tratara de recetas que cumplen con el requisito de originalidad¹⁷⁸.

No nos encontramos en contra de que las empresas editoras lucren, pero hay que reconocer que no son estas empresas las que logran mayor innovación creativa, son los autores creadores de las recetas, quienes paradójicamente, no siempre gozan de todos sus beneficios económicos.

El panorama puede ser aún más complejo. Tal como mencionamos en párrafos anteriores, si la receta es original, pero el platillo que se describe no lo es, no hay problema en ejecutar la receta. En cambio, si el platillo en sí mismo es original, no puede ser reproducido sin autorización. ¿Esto significa que el chef creador debe pedir permiso a la editorial que publicó su receta para poder preparar sus propios platos? Es lo que se ha preguntado ya el chef Thomas Keller:

“I’ve written two cookbooks. Of course, the books are owned by the publishers who have copywritten [sic] them. . . . So how do I then use the recipe in another way, because the book is copywritten? Do I have to call up my publisher to get permission to use a recipe that I told them to put in the cookbook?”¹⁷⁹

¹⁷⁷ Buccafusco, Christopher J. “On the legal consequences of sauces: should Thomas Keller’s recipes be per se copyrightable?”. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*. Vol 24:1121.2007, p. 1151.

¹⁷⁸ Tal es la actual situación de los autores de libros, pues varios o algunos derechos patrimoniales corresponden a las empresas editoras.

¹⁷⁹ Buccafusco, Christopher J. *Op. cit.* p. 1151.

Aunque la respuesta sobre el permiso dependerá en cada circunstancia de los términos del contrato celebrado entre el la editorial y el chef¹⁸⁰, existe la posibilidad de que el cocinero creador se vea impedido de ejecutar el plato original contenido en la receta.

Por su parte, si nos enfocamos en los platillos originales, otro agente que podría intentar apropiarse de los derechos patrimoniales es el dueño del restaurante en el que labora el chef creador del platillo original¹⁸¹. Los dueños de restaurantes podrían alegar que el platillo fue creado por encargo o bajo una relación laboral, con lo cual los dueños al menos se asegurarían contar, de manera no exclusiva, con derechos patrimoniales¹⁸². Incluso, si se reconociera a los platillos como objetos protegibles por el Derecho de Autor, no sería extraño que los dueños de los restaurantes incorporaran contratos para asegurarse derechos exclusivos.

Por último, para cerrar este punto, queremos hacer referencia a los aprendices de cocina¹⁸³. Lo normal es que un aprendiz vaya conociendo el oficio participando y observando el manejo de la cocina. De hecho, de acuerdo a

¹⁸⁰ Al respecto, el Decreto Legislativo 822, señala en su artículo 89.-Toda cesión entre vivos se presume realizada a título oneroso, a menos que exista pacto expreso en contrario, y revierte al cedente al extinguirse el derecho del cesionario.

La cesión se limita al derecho o derechos cedidos, y al tiempo y ámbito territorial pactados contractualmente. Cada una de las modalidades de utilización de las obras es independiente de las demás y, en consecuencia, la cesión sobre cada forma de uso debe constar en forma expresa y escrita, quedando reservados al autor todos los derechos que no haya cedido en forma explícita.

Si no se hubiera expresado el ámbito territorial, se tendrá por tal el país de su otorgamiento; y si no se especificaren de modo concreto la modalidad de explotación, el cesionario sólo podrá explotar la obra en la modalidad que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad de éste.

¹⁸¹ Esto no es descabellado, recordemos que, por ejemplo, en la profesión de periodista, ya sea bajo la modalidad de obras por encargo o bajo una relación laboral, los derechos patrimoniales del artículo generalmente corresponden al medio de comunicación en el que se publica la nota de prensa.

¹⁸² Al respecto, el Decreto Legislativo 822, señala en su artículo 16.- Salvo lo dispuesto para las obras audiovisuales y programas de ordenador, en las obras creadas en cumplimiento de una relación laboral o en ejecución de un contrato por encargo, la titularidad de los derechos que puedan ser transferidos se registrará por lo pactado entre las partes.

A falta de estipulación contractual expresa, se presume que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido cedidos al patrono o comitente en forma no exclusiva y en la medida necesaria para sus actividades habituales en la época de la creación, lo que implica, igualmente, que el empleador o el comitente, según corresponda, cuentan con la autorización para divulgar la obra y defender los derechos morales en cuanto sea necesario para la explotación de la misma.

¹⁸³ Dependiendo del país, a los ayudantes de cocina se les suele denominar “pinches de cocina” o *commis*. También suelen ser conocidos como los *stagier*, es decir, chefs que hacen una especie de internado no remunerado en un restaurante para aprender técnicas y aplicarlas en su propia cocina.

Cunningham, el chef responsable de la cocina enseña todo lo que sabe a sus ayudantes, incluyendo recetas y técnicas¹⁸⁴. ¿Cómo se afectaría este mecanismo si se otorgaran Derechos de Autor a los platillos? Si lo que se enseña es el método de preparación no hay problema alguno porque los procedimientos están exceptuados de la protección. Pero, si como parte de la explicación se elabora el platillo, ese producto terminado podría ser un acto infractor si el chef líder de la cocina no es el titular de los derechos sobre ese plato preparado¹⁸⁵.

4.2 El dominio público y la afectación al desarrollo de otros platillos

Si se otorgan Derechos de Autor a los platillos de cocina, se generarían grandes dificultades para determinar qué platos deberían considerarse en el dominio público y cuáles no. Esto se debe a que en la industria gastronómica hay una política general de compartir, con lo cual una gran cantidad de recetas de platillos y sus variaciones son de libre acceso, pudiendo ser utilizadas por cualquiera¹⁸⁶.

En cuanto a la afectación de obras derivadas, primero debemos recordar que la justificación de la existencia y conveniencia del Derecho de Autor es que, a través de sus incentivos a particulares, fomenta una innovación que beneficia a la sociedad, situación que no sería posible si no se otorgaran los derechos de exclusiva. Al respecto, tenemos tres comentarios.

Primero, como pudimos apreciar en el Capítulo I de la presente tesis, tal presunción, desde el punto de vista económico, no ha podido ser probada y hasta podría ser falsa. En consecuencia, no parece conveniente otorgar protección con un resultado tan incierto.

¹⁸⁴ El texto original señala: “*professional cooking is viewed as a mentoring process whereby executive chefs teach their cooks everything they know--recipes and techniques--hoping that the cooks will successfully recreate the cuisine in order to keep a restaurant operating consistently*” Cunningham, Emily. Op cit. p. 2.

¹⁸⁵ En este supuesto no nos encontramos dentro de la excepción de fines didácticos porque, a nuestro parecer, el negocio de restaurante no puede considerarse como una institución de enseñanza.

¹⁸⁶ En este sentido se pronuncia Buccafusco, indicando que “*because the sharing norms that prevale the culinary industry an infinite number of dishes (and their widely known variations) are in the public domain and therefore belong to everyone*”. Ver: Buccafusco, Christopher J. Op cit. p. 1149.

Segundo, como actualmente no se reconoce a las creaciones gastronómicas como obras, otorgarles hoy protección no incrementaría la cantidad de obras en el dominio público, lo empezaría a restringir. De acuerdo a Buccafusco, solamente se incrementarían las obras en el dominio público si los chefs que ahora prefieren proteger sus recetas vía secretos industriales (en lugar de compartirlas libremente) se animaran por la protección por Derechos de Autor y transcurrieran los plazos correspondientes¹⁸⁷.

Por último, siendo la gastronomía un área que constantemente está innovando, dado que las combinaciones de platillos pueden dar lugar a nuevas comidas, es crucial el salvaguardar el derecho a basarse en las creaciones de otros¹⁸⁸.

En consecuencia, basándonos en las críticas que tiene el Derecho de Autor con respecto al fomento de la innovación, consideramos que proteger las creaciones gastronómicas bajo el actual sistema, restringiría la capacidad de estimular nuevas creaciones culinarias.

Sin embargo, debemos enfatizar que este problema se debe a la falta de límites claros entre aquello que está en el dominio público y lo que no pertenece a éste. Esto se deriva de la ausencia de un sistema constitutivo de registro de obras y la ambigua definición que existe sobre la originalidad (entendida como impronta de la personalidad o singularidad).

Sin estos inconvenientes, y con plazos de protección más adecuados, el problema de innovación quizá podría verse superado, con lo cual el Derecho de Autor sí se convertiría en una alternativa interesante para proteger directamente a los platillos.

¹⁸⁷ Buccafusco, Christopher J. Op. cit. p. 1149.

¹⁸⁸ Si bien esta es una característica apreciable en todo tipo de obras, es particularmente cierto para la industria de la cocina, donde las principales opciones son: a) cocinar según la tradición y, b) cocinar mejorando algo preexistente.

4.3 Los Derechos Conexos y el ejecutor de la receta

En esta sección vamos a analizar lo que sucedería con aquellos chefs que, sin ser los autores de un platillo, se dedican a elaborarlo.

Si reflexionamos sobre la industria musical, generalmente, una persona es la creadora de la letra y/o música de una canción, mientras que otra persona distinta se desempeña como cantante. Este intérprete no tiene derechos por autoría, sino por ser el artista que ejecuta la obra. En tal sentido, su forma de interpretar la canción es protegida a través de los Derechos Conexos, es decir, derechos relacionados al Derecho de Autor que le permiten al artista, entre otras facultades, explotar económicamente su interpretación¹⁸⁹.

Consideramos que un chef que solamente prepara platillos, sin ser el autor de los mismos, contaría con Derechos Conexos tal como los tiene el ejecutante de una canción. Esta comparación es lógica pues, si ante una misma creación musical las interpretaciones de los artistas no son idénticas, frente a una misma receta, por detallada que sea, la ejecución (ej. sazón) de cada cocinero es diferente. Cabe señalar que, los Derechos Conexos del ejecutor del platillo existirían al margen de que éste cuente con permisos o autorizaciones del titular de los Derechos de Autor del platillo original¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Decreto Legislativo 822. Derechos Conexos

“Artículo 132.- Los artistas intérpretes o ejecutantes, o sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

- a. La comunicación al público en cualquier forma de sus representaciones o ejecuciones.
 - b. La fijación y reproducción de sus representaciones o ejecuciones, por cualquier medio o procedimiento.
 - c. La reproducción de una fijación autorizada, cuando se realice para fines distintos de los que fueron objeto de la autorización.
- (...)”

Adicionalmente al Decreto Legislativo 822, los Derechos Conexos también se regulan con la Ley No. 28131, Ley del Artista Intérprete y Ejecutante, la misma que se encuentra disponible en: <http://www.bvindicopi.gob.pe/legis/28131.pdf>

¹⁹⁰ Así puede deducirse del artículo 129 del Decreto Legislativo 822.

“Artículo 129.- De las autorizaciones de los titulares del derecho de autor y derechos conexos

La protección reconocida a los derechos conexos al derecho de autor, y a otros derechos intelectuales contemplados en el presente título, no afectará en modo alguno la tutela del derecho de autor sobre las obras literarias o artísticas. En consecuencia, ninguna de las disposiciones contenidas en el presente título podrá interpretarse en menoscabo de esa protección. Igualmente, la protección ofrecida a los derechos de autor de ninguna manera afectará la protección de los derechos conexos (...)”

El razonamiento anterior aborda la preparación de un platillo original, pero en el caso de que el cocinero preparara un platillo tradicional, ¿es posible que el cocinero tenga Derechos Conexos por su preparación en este caso? Recordemos que sobre la comida típica o tradicional no existen Derechos de Autor por las razones señaladas previamente.

Consideramos que, si existen Derechos Conexos sobre interpretaciones de canciones que ya ingresaron al dominio público; derechos para los artistas de variedades y de circo (que no necesariamente ejecutan obras) y; Derechos Conexos para ejecutores de expresiones del folclore¹⁹¹ (que no constituyen obras)¹⁹², no existe motivo para que no se reconozcan Derechos Conexos a quienes preparan platillos tradicionales.

Sin perjuicio de que no encontramos motivos legales para que un cocinero no pueda beneficiarse de Derechos Conexos por la preparación de comidas típicas, a nuestro modo de ver, no tiene sentido otorgar estos derechos en circunstancias en las que no existe una obra sobre la cual realizar la interpretación. La justificación ortodoxa para la existencia de Derechos Conexos afirma que es necesario proteger a aquellos agentes económicos que colaboran con la difusión de las obras (cantantes, organismos de radiodifusión y productores de fonogramas, entre otros). Si tomamos como válida esta afirmación, otorgar Derechos Conexos por una interpretación, sin que exista una obra que sustente la interpretación, es algo bastante ilógico.

4.4 Posibilidad de hacer efectiva la protección

Hacer efectiva la protección de los Derechos de Autor, denominada en inglés, *enforcement*, es siempre una tarea extremadamente complicada. Estas dificultades son atribuibles a que el sistema de Derechos de Autor es muy

¹⁹¹ El Decreto Legislativo 822, en su artículo 2, inciso 2 señala que un artista intérprete o ejecutante, interpreta en cualquier forma una obra literaria o artística o una expresión del folclore. Tal es el caso, por ejemplo, de un bailarín de danzas tradicionales.

¹⁹² El precedente de observancia obligatoria del procedimiento de Agrotrade contra Infutecca, excluye de la protección a creaciones que formen parte del patrimonio cultural.

estricto, pues cualquier uso de una obra requiere la autorización del autor y el posible pago, salvo que dicha utilización se encuentre contemplada en algunas de las excepciones o límites legales. A lo anterior se suma la dificultad de determinar cuándo estamos ante una obra y también la existencia o no de plagio.

Para el caso de las obras gastronómicas, consideramos que será difícil diferenciar una obra de otra ya que el sentido del gusto es poco exacto. En consecuencia, la labor de determinar cuándo nos encontramos ante el plagio de un platillo y cuándo ante una obra derivada, será una tarea muy dura y siempre polémica¹⁹³. Adicionalmente, debemos tomar en consideración que la sazón de cada cocinero tampoco es idéntica en todo momento y, si bien la tecnología algún día podría apoyar en la distinción de los sabores, es imposible saber cuándo ocurrirá.

En nuestra opinión, posiblemente la tradición que tienen los chefs de compartir sus recetas y técnicas, así como el tiempo y costo de proteger las creaciones culinarias vía Derechos de Autor, desincentivaría a los chefs de usar este sistema¹⁹⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que hay aspectos relacionados con la gastronomía que sí podrían beneficiarse del Derecho de Autor, los cuales exploraremos en el siguiente punto.

5. Posible utilidad del Derecho de Autor para áreas relacionadas con la gastronomía

En estas áreas también son aplicables las críticas generales al Derecho de Autor, pero al menos se tendrían pocos obstáculos para que las autoridades las

¹⁹³ Recordemos que la similitud en las obras puede deberse a un plagio o a la existencia de una obra derivada, pero solamente el plagio será un comportamiento ilícito.

¹⁹⁴ Como ejemplo, tenemos las opiniones de los chefs Dufresne y Achatz, ambos víctimas de copias por el chef Robin Wickens de Australia y, sin embargo, son contrarios a la idea de otorgar derechos de exclusiva para las creaciones gastronómicas. Para las opiniones del chef Achatz, ver: <http://www.foodandwine.com/articles/new-era-of-the-recipe-burglar> y para las opiniones del chef Dufresne, ver: Buccafusco, Christopher J. "On the legal consequences of sauces: should Thomas Keller's recipes be per se copyrightable?". *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*. Vol 24:1121.2007, p. 1153 nota al pie 183.

consideren obras. Adicionalmente, en la mayoría de los supuestos mencionados no existe una forma alternativa de protección dentro del Derecho de la Propiedad Intelectual.

- Literatura gastronómica (no recetas).- Recientemente en nuestro país, incluso excluyendo los recetarios, los libros relacionados a la gastronomía abundan, por ejemplo, libros que cuentan el origen, utilización y características de algunos insumos como la papa, la quinua, entre otros¹⁹⁵.
- Obras musicales.- Los restaurantes suelen utilizar música relajante en sus establecimientos. En lugar de emplear tonadas conocidas, por las cuales hay que pagar los Derechos de Autor y Conexos que estén vigentes, bien podrían tratarse de creaciones originales, elaboradas por ellos mismos, que diferencien al establecimiento¹⁹⁶.
- Software.- El interés por la comida también se ha manifestado de esta manera. Existen videojuegos que emplean como temática la gastronomía, por ejemplo el juego en Facebook denominado Salchimix¹⁹⁷, en el cual el jugador está a cargo de un carrito sanguchero y debe atender los pedidos de los clientes a la mayor velocidad posible. Otros juegos *on line* similares son *Dinner Dash*, donde se trata que el restaurante vaya aumentando de categoría (hasta obtener cinco estrellas)¹⁹⁸ y *Cake Mania*, donde el objetivo es vender pasteles¹⁹⁹.

Asimismo, cada vez son más las aplicaciones de teléfonos y páginas web que apoyan a los internautas en sus labores culinarias. Como ejemplo de ello tenemos *Recipe View*, el buscador de recetas de

¹⁹⁵Fuentes:http://www.institutodelperu.org.pe/descargas/Eventos/Conferencias/2009sep-microseguros/aporte_de_la_gastronomia_en_el_per.pdf

<http://elcomercio.pe/gastronomia/722554/noticia-libros-peruanos-se-consagraron-oscar-gastronomia>

¹⁹⁶ Como alternativa, se podría tener una marca sonora que identifique el establecimiento. En el siguiente capítulo, se abordará el tema de las marcas sonoras.

¹⁹⁷ Fuente: <http://elcomercio.pe/gastronomia/683723/noticia-salchimix-carritos-sangucheros-ya-tienen-juego-facebook> (consulta: 07/06/2011).

¹⁹⁸Fuente: <http://www.playfirst.com/game/dinerdash> (consulta: 07/06/2011).

¹⁹⁹Fuente: <http://www.zylom.com/latam/juegos-online-gratis/cake-mania/?sgid=2246> (consulta: 07/06/2011).

Google²⁰⁰, las aplicaciones de Iphone para ayudar a cocinar²⁰¹ y, *Food Pairing*, página web que ayuda a las personas a cocinar en base a los insumos que tienen a la mano, es decir, indica qué elementos para cocinar pueden reemplazar a otros²⁰².

- Fotografías.- Ya sean obras que merecen protección por Derechos de Autor o simples fotografías con Derechos Conexos, retratar la comida se ha vuelto una moda. Específicamente, existe la tendencia de fotografiar aquello que uno ha comido y compartirlo a través de páginas como *Flicker*²⁰³ o incluso a través de eventos²⁰⁴.

Una de las corrientes más comentadas y populares es la denominada *Food Porn*, en la cual se toman imágenes de platillos desde ángulos muy cercanos para mostrarla provocativa, tal como se hace en la industria pornográfica²⁰⁵.



206



207

Cabe mencionar que una de las pocas Resoluciones del INDECOPI donde se aborda un tema gastronómico y Derechos de Autor es

²⁰⁰Fuente: <http://peru21.pe/noticia/718548/google-ahora-trae-recetas-cocina> (consulta: 07/06/2011)

²⁰¹Fuente: <http://elcomercio.pe/tecnologia/690806/noticia-estas-son-mejores-aplicaciones-iphone-ayudarnos-cocina> (consulta: 07/06/2011).

²⁰² Fuente: <http://elcomercio.pe/gastronomia/704327/noticia-problemas-cocinar-sepa-como-combinar-sus-ingredientes> (consulta: 07/06/2011).

²⁰³ Fuente: http://www.flickr.com/groups/i_ate_this/ (consulta: 07/06/2011).

²⁰⁴ Ver por ejemplo el Food Photo Festival. Disponible en: <http://www.foodphotofestival.org/> (consulta 24/09/2011).

²⁰⁵ Fuente: <http://skinnygourmet.blogspot.com/2008/02/what-is-food-porn.html> (consulta: 08/04/2011).

²⁰⁶Fuente: <http://elcomercio.pe/noticia/481440/porn-food-nueva-manera-ver-comida>(consulta: 08/04/2011)

²⁰⁷ Como puede comprobarse, las fotos que siguen el estilo Food Porn son tomadas muy de cerca y desde ciertos ángulos, como sucede en la industria pornográfica. La presente imagen corresponde a: <http://www.foodporn.net/blueberry-cake/> (consulta: 08/04/2011).

precisamente en el caso de las fotografías. En la Resolución No. 0243-2009/CDA-INDECOPI²⁰⁸, la Comisión de Derechos de Autor declaró fundada la denuncia interpuesta por Luisa María Vetter Parodi contra del Instituto Nacional de Innovación Agraria (INIA), por haber reproducido y comunicado al público producciones fotográficas (no consideradas obras) de titularidad de la denunciante. Las fotografías en cuestión eran sobre platillos exhibidos en eventos de varios pueblos.

- Diseños que constituyan obras.- Si la forma de un restaurante, de la vajilla o de los cubiertos puede reflejar la personalidad del autor, una opción para protegerlos es el Derecho de Autor. Por ejemplo, diseños inusuales, que reflejen personalidad, podrían ser los siguientes:



209



210

²⁰⁸ De fecha 21 de mayo de 2009, Expediente No. 001810-2008/CDA. La resolución fue apelada, pero no se afectó el pronunciamiento en este extremo indicado.

²⁰⁹ Cubiertos con forma de coral. <http://solorecetas.com/del-mar-a-tu-mesa-cubierto-de-coral/992#more-992> (consulta: 21/04/2011).

²¹⁰ Platos de cerámica que encajan unos con otros como si fueran un rompecabezas. <http://www.cocinaria.com/2007/08/22/puzzles-con-platos-para-aperitivos/> (consulta: 28/07/2011)



211

Cabe señalar que existen dos posibilidades más para proteger las formas de los objetos: registrarlos como marca tridimensional o como diseño industrial.

Mientras que en el Derecho de Autor el criterio determinante para otorgar protección es la originalidad, en el Derecho de Marcas se exige que el signo sea distintivo, que sirva para identificar el producto o el servicio, que no colisione con derechos preexistentes y, que el signo sea capaz de representarse gráficamente²¹².

Por su parte, en el Diseño Industrial, el requisito es que el objeto tenga una apariencia particular, novedosa en términos absolutos²¹³.

Los plazos de protección también son diferentes. En el Derecho de Autor la regla general es que la protección dura toda la vida del autor más 70 años

²¹¹ Árbol de cemento (que disfraza el ascensor) sobre el cual se erige la forma más tradicional de restaurante. <http://www.internetopina.com/296/un-restaurante-encima-de-un-arbol-un-diseno-original-y-espectacular-de-arquitectura.html> (consulta: 25/02/2011)

²¹² Decisión 486. Artículo 134.- A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro.

²¹³ Decisión 486. Artículo 113.- Se considerará como diseño industrial la apariencia particular de un producto que resulte de cualquier reunión de líneas o combinación de colores, o de cualquier forma externa bidimensional o tridimensional, línea, contorno, configuración, textura o material, sin que cambie el destino o finalidad de dicho producto.

luego de su fallecimiento²¹⁴, en los Diseños Industriales el plazo dura 10 años desde la fecha de solicitud²¹⁵ y, en las Marcas, el plazo de protección es de 10 años desde la fecha de concesión, pero este periodo es renovable indefinidamente²¹⁶.

Las tres formas de protección podrían coexistir, no son excluyentes, pero para cada sistema debe cumplirse con los requisitos correspondientes, sin que se rompa la coherencia entre estos sistemas.

Finalmente, es importante destacar que el Derecho de Autor no exige registro para la protección, a diferencia de los Diseños Industriales y de las Marcas. En consecuencia, si el diseño es original y no se cuentan con los medios para registrarlo, la protección por la vía de los Derechos de Autor es buena opción²¹⁷.

Capítulo III: La Gastronomía, su relación con la Propiedad Industrial y la Competencia Desleal.

Luego de haber abordado el tema del Derecho de Autor para las creaciones culinarias, en el presente capítulo analizaremos otras áreas del Derecho que guardan importancia para la cadena productora en la industria gastronómica. Específicamente, abordaremos los temas de los Secretos Empresariales, el Derecho de Patentes y Diseños Industriales, los Signos Distintivos (marcas tradicionales, no tradicionales, marcas de certificación y denominaciones de origen), así como el Derecho de Represión de la Competencia Desleal (confusión, aprovechamiento indebido de la reputación ajena y aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno).

²¹⁴ Decreto Legislativo 822. Artículo 52.- El derecho patrimonial dura toda la vida del autor y setenta años después de su fallecimiento, cualquiera que sea el país de origen de la obra, y se transmite por causa de muerte de acuerdo a las disposiciones del Código Civil.

En las obras en colaboración, el período de protección se contará desde la muerte del último coautor.

²¹⁵ Decisión 486. Artículo 128.- El registro de un diseño industrial tendrá una duración de diez años, contados desde la fecha de presentación de la solicitud en el País Miembro.

²¹⁶ Decisión 486. Artículo 152.- El registro de una marca tendrá una duración de diez años contados a partir de la fecha de su concesión y podrá renovarse por períodos sucesivos de diez años.

²¹⁷ En nuestra opinión, cuando se tengan los medios para el registro, la protección más atractiva para el creador sería el utilizar las marcas tridimensionales (siempre que sus diseños sean distintivos), ya que su plazo de protección es mayor y su requisito es más sencillo de cumplir.

1. Los Secretos Empresariales

Los secretos empresariales constituyen parte del Derecho de la Propiedad Industrial pero también tienen una fuerte vinculación con el Derecho de Represión de la Competencia Desleal. Además, constituyen el mecanismo privilegiado por aquellos que desean resguardar sus recetas, de modo que constituyan una ventaja comercial.

Es importante precisar que la protección del secreto empresarial tiene tres niveles:

1.1 El comerciante que utiliza mecanismos propios para resguardar información que considera valiosa.

Lo primero que caracteriza a este nivel es que la protección depende de la entidad privada, no del Estado. De esta manera, la empresa utiliza cualquier medio que considere adecuado para que la información no se haga pública, por ejemplo, confiándola solo a personas muy cercanas, utilizando contratos de confidencialidad, guardando la información en una notaría, etc.

Tal como podemos apreciar, la Decisión 486 contempla, en sus artículos 264 y 265, disposiciones generales relacionadas a la confidencialidad que deben respetar los empleados o personas a las que se les informe sobre secretos empresariales.

Artículo 264.- Quien posea legítimamente un secreto empresarial podrá transmitir o autorizar el uso a un tercero. El tercero autorizado tendrá la obligación de no divulgar el secreto empresarial por ningún medio, salvo pacto en contrario con quien le transmitió o autorizó el uso de dicho secreto.

En los convenios en que se transmitan conocimientos técnicos, asistencia técnica o provisión de ingeniería básica o de detalle, se podrán establecer cláusulas de confidencialidad para proteger los secretos empresariales allí contenidos, siempre y cuando las mismas no sean contrarias a las normas sobre libre competencia.

Artículo 265.- Toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a un secreto empresarial sobre cuya confidencialidad se le haya prevenido, deberá abstenerse de usarlo o divulgarlo, o de revelarlo sin causa justificada y sin consentimiento de la persona que posea dicho secreto o de su usuario autorizado.

Aunque la redacción de los artículos previos es bastante clara, cabe especificar brevemente lo relativo a la libre competencia.

Los actos contrarios a la libre competencia son aquellos que quieren negar la posibilidad de que los empresarios compitan en el mercado en base a mejores precios, calidad, volúmenes, etc. Las conductas sancionadas pueden ser de dos tipos: relacionadas al abuso de la posición de dominio en el mercado (por ejemplo un monopolio que impide el ingreso de nuevos competidores) y las relacionadas con prácticas concertadas (por ejemplo, acuerdos entre empresas para establecer precios idénticos)²¹⁸.

En tal sentido, si la existencia de la cláusula de confidencialidad en un convenio que transfiere secretos convierte al acuerdo en un acto anticompetitivo²¹⁹, las autoridades podrán aplicar medidas correctivas y sanciones por las mismas²²⁰

²¹⁸ En la Comunidad Andina, para las conductas anticompetitivas cuyo origen y/o efecto involucren a más de un País Miembro, existe la Decisión 608. En el artículo 2 de la misma establece como objetivo la “(...) promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores”. Por su parte, en el artículo 5 establece el ámbito territorial de aplicación de la Decisión y, a partir del artículo 7, indica los actos sancionables: acuerdos entre agentes económicos y abusos de posición de dominio. A continuación, reproducimos el artículo 5:

“Artículo 5.- Son objeto de la presente Decisión, aquellas conductas practicadas en:

- a) El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país; y,*
- b) El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros.*

Las demás situaciones no previstas en el presente artículo, se regirán por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros”.

Tal como señala la Decisión 608, las normas nacionales se encargan de las conductas que se originan en un país y que surtan efectos en dicho país. En el Perú, las disposiciones nacionales sobre libre competencia se encuentran reguladas por el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Esta norma indica en su artículo 1 “La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores”. En sus artículos 10 y siguientes, detalla los actos contrarios a la libre competencia realizados en base al abuso de posición de dominio y a las prácticas concertadas.

²¹⁹ Por ejemplo un acto de discriminación.

²²⁰ La Decisión 608 señala en su artículo 34 la facultad de imponer medidas correctivas, como lo son el ordenar el cese de la conducta, imponer condiciones u obligaciones con respecto a la actividad en cuestión y también la posibilidad de sancionar vía multas. A nivel nacional, el Decreto Legislativo 1034 también otorga, a través de sus artículos 43 y 46, la posibilidad de utilizar medidas correctivas y sanciones para restablecer el proceso competitivo.

Lo segundo que caracteriza a este nivel es que el comerciante puede resguardar cualquier información que le parezca relevante, incluso si para sus competidores no es algo importante. Por ejemplo, podría ser guardada en secreto tanto una receta muy original como una tradicional.

Una de las ventajas del secreto empresarial es que, a diferencia de otros mecanismos de protección²²¹, los secretos empresariales pueden permanecer de manera confidencial por tiempo indefinido²²².

Precisamente, dos compañías relacionadas con la industria de los alimentos, son las más famosas usuarias de la protección vía secretos empresariales: *The Coca Cola Company* y *KFC Corporation* emplean este sistema para proteger las fórmulas de sus productos. Como parte de sus estrategias de resguardo, es bien sabido que, en ambos casos, las sucursales o franquicias en Perú no cuentan con la fórmula o receta para elaborar los productos, solamente reciben la correspondiente esencia (del jarabe o las especias) y las indicaciones para mezclar dicho compuesto con el resto de ingredientes.

1.2 El comerciante que está obligado por la autoridad a revelar información y pide que ésta se mantenga en reserva.

Como parte de sus facultades, el INDECOPI, en los procedimientos de infracciones de marcas, conductas anticompetitivas, conductas desleales, entre otros, puede exigir a los denunciados el revelar su información comercial. Ante esta situación, la empresa puede solicitar que la información se mantenga en reserva, es decir, que el público y la contraparte no tengan acceso a tales

²²¹ Depende de la estrategia de las empresas optar por el sistema de secretos empresariales o, por ejemplo, el de patentes. Los secretos empresariales pueden llegar ser protegidos sin límite de tiempo, pero su protección depende exclusivamente de la empresa. Por su parte, en el sistema de patentes, la protección es apoyada por el Estado, pero por un plazo máximo de 20 años.

²²² Cabe señalar que la protección a través de los secretos empresariales no es absoluta. Si alguna persona analiza el producto hasta deducir sus componentes y forma de elaboración (ingeniería inversa), no se considera una infracción al secreto empresarial.

datos. Sin embargo, la autoridad determinará si la información se puede considerar un secreto de acuerdo a las consideraciones legales²²³.

En tal sentido, la doctrina jurídica, específicamente José Massaguer, nos señala que los secretos empresariales son “(...) *el conjunto de conocimientos o informaciones que no son de dominio público (secretos), que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la producción o prestación de un servicio o bien para la organización y financiación de una empresa o de una unidad o dependencia empresarial y que, por ello, procuran a quien los domina una ventaja (...) que se esfuerza en conservar evitando su divulgación (...)*”²²⁴. Conforme a esta definición, el autor señala que son tres los requisitos de la información para ser considerada secreto empresarial: tal información debe ser secreta, tener un valor competitivo y contar con mecanismos que traten de mantenerla confidencial²²⁵.

Como podremos apreciar, la legislación peruana comparte la definición doctrinaria y sus criterios. En tal sentido se pronuncia la Directiva 001-2008/TRI-INDECOPI, referida a la Confidencialidad de la Información en los Procedimientos Seguidos por los Órganos Funcionales del INDECOPI, la cual señala:

“2. Información confidencial.

(...)

a) *Secreto comercial: aquella información cuya importancia para el desarrollo de la actividad empresarial, obliga a las empresas a mantenerla fuera del alcance de los terceros ajenos a la empresa”.*

Por su parte, el artículo 40, numeral 2, del Decreto Legislativo No. 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, señala los requisitos para conceder reserva sobre un secreto empresarial.

“De conformidad con la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la solicitud de declaración de reserva sobre un secreto

²²³ Como mencionamos en el punto anterior, la empresa puede guardar reserva de cualquier información que a su criterio sea relevante, pero el INDECOPI solamente considerará como secreto empresarial aquella que cumpla con la definición jurídica.

²²⁴ Massaguer, José. “Comentario a la ley de competencia desleal”. Madrid: Civitas, 1999. pp 386.

²²⁵ Ibid. pp 387.

comercial, industrial, tecnológico o, en general, empresarial será concedida por la Comisión o el Tribunal, siempre que dicha información:

- a) Se trate de un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado;*
- b) Que quienes tengan acceso a dicho conocimiento posean voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y,*
- c) Que la información tenga un valor comercial, efectivo o potencial.”*

Como podemos apreciar, el Decreto Legislativo 1044 se encuentra acorde a lo estipulado por el artículo 260 de la Decisión 486 sobre secretos empresariales, en tanto la mencionada norma indica:

Artículo 260.- Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:

- a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;*
- b) tenga un valor comercial por ser secreta; y*
- c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.*

La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.

Asimismo, el Decreto Legislativo No. 1044, en el artículo 40, numeral 5, detalla que *“para que proceda la solicitud de declaración de reserva, el interesado deberá precisar cuál es la información confidencial, justificar su solicitud y presentar un resumen no confidencial sobre dicha información. Para evaluar si la información tiene carácter confidencial, la Comisión evaluará la pertinencia*

de la información, su no divulgación previa y la eventual afectación que podría causar su divulgación”

En consecuencia, bajo la óptica legal, no cualquier información puede considerarse un secreto comercial. Entre algunos ejemplos de información que a nivel nacional sí se han considerado como secreto empresarial, tenemos: la estructura de costos de las empresas²²⁶, sus niveles de ventas y la delimitación geográfica asignada a centros de distribución de productos²²⁷.

Por otro lado, entre la información que no ha sido considerada a nivel nacional secreto empresarial, podemos señalar: declaraciones de testigos²²⁸, simples precios promedios de productos sin detallar el tipo de venta o de cliente²²⁹ y simples organigramas de una empresa²³⁰. También es pertinente mencionar que, conforme a lo señalado por el artículo 261 de la Decisión 486, en principio, no se considerará como secreto empresarial aquella información que deba ser divulgada por disposición legal o por orden judicial²³¹.

Si bien nuestra investigación no ha descubierto casos donde el INDECOPI haya declarado la confidencialidad de recetas de cocina, sí han ocurrido procesos importantes sobre este tema en los Estados Unidos de Norteamérica:

- Caso Buffets, Inc. v. Klinke.- Resuelto en el año 1996. En los considerandos se indica que el secreto empresarial no protege platillos como *barbecue chicken* y el *macaroni and cheese* debido a que son recetas obvias, alimentos básicos norteamericanos, servidos por restaurantes en todo el país²³².

²²⁶ Ver Resolución No.171-2011/SC1-INDECOPI (Expediente No. 279-2009/CCD)

²²⁷ Ver Resolución No. 192-2009/SC1-INDECOPI (Expediente No. 001-2004-INC3/CLC)

²²⁸ Ver Resolución No. 570-2008/TDC-INDECOPI (Expediente No. 167-2007/CCD)

²²⁹ Ver Resolución No.102-2007/ TDC-INDECOPI (Expediente No.006-2003/CLC)

²³⁰ Ver Resolución No.101-2007/ TDC-INDECOPI (Expediente No. 006-2003/CLC)

²³¹ El mismo artículo establece excepciones, pues en caso de que la información sea revelada para obtener licencias, permisos, autorizaciones, registros u otros acto similares, la información no perderá su condición de secreto empresarial, por lo que no se considerará que ha ingresado a dominio público.

²³² Buffets, Inc. v. Klinke, 73 F.3d 965, 968 (9th Cir. 1996). Fuente: <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1344352.html> (consulta: 12/04/2010).

- Caso Magistro v. Lou, Inc.- Resuelto en el año 2005. En este proceso se determinó que las recetas de pizza de un restaurante, específicamente la salsa y la masa, sí podían considerarse secretos empresariales, en tanto significaban un valor económico por no ser conocidas por competidores y porque habían sido celosamente resguardadas durante varias generaciones²³³.

En nuestra opinión, si en un procedimiento ante INDECOPI se solicitara la confidencialidad de una receta, tradicional o no, probablemente sería concedida, salvo que ya hubiese sido publicada en un recetario o que se trate de un platillo muy elemental y conocido por todos²³⁴, como por ejemplo el arroz con huevo.

1.3 El comerciante que ve violada su información secreta y solicita sanciones ante la autoridad.

En este caso, aunque el secreto ya fue descubierto y se ha perdido como ventaja económica, es posible denunciar este acto por la vía de la competencia desleal a través de la modalidad de violación de secretos.

La norma nacional aplicable para estas circunstancias será el artículo 13 del Decreto Legislativo 1044, el cual señala:

“Artículo 13º.- Actos de violación de secretos empresariales.-

Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, lo siguiente:

- a) Divulgar o explotar, sin autorización de su titular, secretos empresariales ajenos a los que se haya tenido acceso legítimamente con deber de reserva o ilegítimamente;*

²³³ Magistro v. Lou, Inc., 703 N.W.2d 887 (Nebraska. 2005). Fuente: <http://caselaw.findlaw.com/ne-supreme-court/1159483.html> (consulta: 12/04/2010).

²³⁴ La información cumple el requisito de ser secreta en tanto no sea generalmente conocida ni tampoco fácilmente accesible para las personas de áreas en las que normalmente se utiliza este tipo de información. En tal sentido, considerando los rápidos cambios que se dan en nuestra gastronomía, es difícil que la preparación exacta de un platillo tradicional forme parte del conocimiento general.

b) Adquirir secretos empresariales ajenos por medio de espionaje, inducción al incumplimiento de deber de reserva o procedimiento análogo.”

Cabe señalar que la Decisión 486 ha incorporado en su artículo 262 una relación de situaciones en las cuales puede ocurrir un acto de competencia desleal respecto de un secreto empresarial.

Artículo 262.- Quien lícitamente tenga control de un secreto empresarial, estará protegido contra la divulgación, adquisición o uso de tal secreto de manera contraria a las prácticas leales de comercio por parte de terceros. Constituirán competencia desleal los siguientes actos realizados respecto a un secreto empresarial:

a) explotar, sin autorización de su poseedor legítimo, un secreto empresarial al que se ha tenido acceso con sujeción a una obligación de reserva resultante de una relación contractual o laboral;

b) comunicar o divulgar, sin autorización de su poseedor legítimo, el secreto empresarial referido en el inciso a) con ánimo de obtener provecho propio o de un tercero o de perjudicar a dicho poseedor;

c) adquirir un secreto empresarial por medios ilícitos o contrarios a los usos comerciales honestos;

d) explotar, comunicar o divulgar un secreto empresarial que se ha adquirido por los medios referidos en el inciso c);

e) explotar un secreto empresarial que se ha obtenido de otra persona sabiendo, o debiendo saber, que la persona que lo comunicó adquirió el secreto por los medios referidos en el inciso c), o que no tenía autorización de su poseedor legítimo para comunicarlo;

f) comunicar o divulgar el secreto empresarial obtenido conforme al inciso e), en provecho propio o de un tercero, o para perjudicar al poseedor legítimo del secreto empresarial; o,

Un secreto empresarial se considerará adquirido por medios contrarios a los usos comerciales honestos cuando la adquisición resultara, entre otros, del espionaje industrial, el incumplimiento de un contrato u otra obligación, el abuso de confianza, la infidencia, el incumplimiento de un deber de lealtad, o la instigación a realizar cualquiera de estos actos.

En nuestra opinión, el Decreto Legislativo 1044 se encuentra conforme con la norma comunitaria, habiendo realizado solamente una versión resumida de los actos que pueden constituir competencia desleal por violación de secretos empresariales.

También consideramos que, posiblemente, la dificultad más grande en esta etapa de la protección se encuentra en el ámbito probatorio. En numerosas ocasiones, las denuncias por violación de secretos son declaradas infundadas ante la imposibilidad de probar que se ha tenido un acceso ilegítimo al secreto²³⁵, aunque también existen casos en los que la información no se ha considerado como secreto comercial²³⁶. Consideramos que una receta que se haya mantenido secreta puede ser objeto de este supuesto, pero siempre será difícil probar el acceso ilegítimo.

No obstante ser pocos, sí existen los casos en los que se ha declarado la competencia desleal por violación de secretos. El más reciente de ellos es del año 2009, en el cual Newmont Perú S.R.L. denunció a Back Arc Mineral S.A.C. debido a que esta última utilizó los secretos comerciales de Newmont (información geológica) a efectos de formular sus propios petitorios mineros²³⁷.

En conclusión, la protección a través de los secretos empresariales, aplicados a las recetas de cocina, ofrece la posibilidad de una protección indefinida, que depende directamente de los esfuerzos del dueño de la información, pero es bajo el nivel de protección dado por la autoridad.

2. Las Patentes y Diseños Industriales

En general, las patentes constituyen el mecanismo privilegiado para proteger, mediante derechos de exclusiva, a las creaciones de naturaleza científica, abarcando esta protección a las patentes de invención y las patentes de modelos de utilidad. Por su parte, como veremos a continuación, los Diseños Industriales, protegen el aspecto estético de los productos vía derechos de exclusiva.

²³⁵ Por ejemplo, ver: Resolución No. 0296-2011/SC1-INDECOPI (Expediente No. 181-2009/CCD) y Resolución No. 3167-2010/SC1-INDECOPI (Expediente No. 165-2008/CCD).

²³⁶ Por ejemplo, ver: Resolución No. 2003-2010/SC1-INDECOPI (Expediente No. 017-2009/CCD) y Resolución No. 0080-2009/SC1-INDECOPI (Expediente No.096-2007/CCD).

²³⁷ Resolución No. 0063-2009/SC1-INDECOPI (Expediente No. 001-2008/CCD) de fecha 16 de febrero de 2009.

2.1 Las Patentes de Invención:

De acuerdo al artículo 14 de la Decisión 486, *“los Países Miembros otorgarán patentes para las invenciones, sean de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial”*. La norma no establece una definición de lo que constituye un invento²³⁸, pero la doctrina suele definirlo como una idea que consiste en una regla para el obrar humano en la que se indica la solución para un problema técnico²³⁹. En pocas palabras, una invención es una solución técnica que resuelve un problema industrial.

Tal como señala el artículo mencionado, se conceden patentes de invención en todos los campos de la tecnología, para productos y procedimientos, siempre que cumplan con los requisitos de ser nuevas a nivel mundial, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial²⁴⁰.

Para determinar si existe novedad, un examinador de la Dirección de Invenciones y Nuevas tecnologías del INDECOPI debe verificar si ya existen documentos que anticipen explícitamente las características técnicas esenciales de la invención, denominadas, reivindicaciones.

En el requisito de nivel inventivo se analiza si la patente revela un salto tecnológico, es decir, cumple este requisito si para una persona del oficio, conocedor de la materia técnica correspondiente (ej: químico para fármacos,

²³⁸ En la Decisión 486 solamente hay un listado de lo que no puede considerarse una invención:

Artículo 15.- No se considerarán invenciones:

- a) los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos;
- b) el todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural;
- c) las obras literarias y artísticas o cualquier otra protegida por el derecho de autor;
- d) los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, juegos o actividades económico-comerciales;
- e) los programas de ordenadores o el soporte lógico, como tales; y,
- f) las formas de presentar información.

²³⁹ Bercovitz, Alberto. “Los requisitos positivos de la patentabilidad en el derecho alemán”. Madrid: Sáez. 1969, pp. 73 y ss.

²⁴⁰ El artículo 20 de la Decisión 486 precisa que no serán patentables: invenciones contrarias al orden público o a la moral; invenciones que deban impedirse necesariamente para proteger la salud o la vida de las personas, animales, vegetales o medio ambiente; ni los métodos terapéuticos, quirúrgicos ni de diagnóstico.

relojero para relojes, etc.), esa invención no hubiese resultado obvia ni se hubiese deducido de manera evidente del nivel actual de la tecnología.

Finalmente, una invención es susceptible de aplicación industrial cuando su objeto puede ser producido o utilizado en cualquier actividad productiva, incluidos los servicios.

De concederse la patente, se otorga el derecho de controlar la utilización de la invención, con lo cual, el uso del procedimiento o producto patentado requiere una autorización o licencia, previa compensación económica. El plazo de protección es de 20 años no renovables, contados desde la fecha de solicitud de la patente de invención. Luego de este plazo, el producto o procedimiento cae en el dominio público, es decir, puede utilizarse sin necesidad de realizar pagos ni pedir licencias de uso.

Es importante señalar que el trámite de registro de una patente de invención es largo, toma varios años y también se caracteriza por ser costoso²⁴¹.

Sin perjuicio de lo anterior, existen ejemplos de productos y procedimientos relacionados con la gastronomía que han sido objeto de patente.

a) Patentes de procedimiento en la gastronomía

En el capítulo 2 de la presente investigación analizamos la posibilidad de que se proteja por Derecho de Autor el procedimiento para la elaboración de los platillos. Tal protección no es posible debido a que no se otorga exclusividad sobre las ideas, solamente sobre la forma como las ideas son expresadas. En consecuencia, se puede evitar que los manuales sean copiados, pero no hay impedimento para que cualquier persona describa el mismo procedimiento a través de su propio manual.

²⁴¹ La tasa actual para la solicitud de patente (año 2011) asciende a S/. 1 269.125. Además de la solicitud también hay tasas que deben pagarse para que se realicen exámenes sobre la solicitud. Finalmente, durante la vigencia de la patente, deben realizarse pagos anuales. Sin estos pagos anuales, la patente cae en abandono y su contenido pasa a ser de dominio público.

Sin embargo, sí puede protegerse en sí mismo un procedimiento para cocinar a través de una patente de invención, siempre que cumpla con los requisitos antes mencionados.

Cabe precisar que, en nuestra opinión, los procedimientos para cocinar no se encuentran comprendidos en la categoría de “no invenciones” del artículo 15 de la Decisión 486. En el mencionado artículo, específicamente en sus incisos d) y f) se señala:

D486 Artículo 15.- No se considerarán invenciones:

(...)

d) los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, juegos o actividades económico-comerciales;

(...)

f) las formas de presentar información.

De acuerdo con el Manual Andino de Patentes, los supuestos del inciso d) se refieren a creaciones intelectuales de carácter abstracto, siendo ejemplos de las mismas “(...) *el método para resolver un crucigrama, las reglas de un juego o los planes para organizar una operación comercial*”²⁴². Un procedimiento de cocina no tiene carácter abstracto ni tampoco similitud con los comportamientos descritos²⁴³.

En cuanto al inciso f), referido a las formas de presentar información, el Manual Andino de Patentes explica que no es patentable “*cualquier presentación de información caracterizada sólo por el contenido de la información (...). Esto se aplica si la reivindicación está dirigida a la presentación per se de la*

²⁴² SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA, ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL y OFICINA EUROPEA DE PATENTES. “Manual para el examen de solicitudes de patentes de invención en las oficinas de Propiedad Industrial de los países de la Comunidad Andina”. 2004, p. 47. Disponible en: http://www.comunidadandina.org/public/libro_34.htm. (consulta: 20/04/2011).

²⁴³ A nuestro parecer, sí serían similares a estos ejemplos, un método para memorizar números en base a su asociación con palabras; las reglas de un juego como el Monopolio o un plan para la estimulación de la lectura y escritura en los niños.

información (ejemplo: una señal acústica, un discurso hablado o escrito, un despliegue visual), a la información almacenada en un medio (ejemplo un libro caracterizado por su contenido, una cinta de grabación caracterizada por la pieza musical grabada, una señal de tránsito caracterizada por el mensaje de prevención, un disco compacto caracterizado por la data o programa grabado), o un proceso y aparato para la presentación de información (ejemplo: un grabador caracterizado solamente por la información grabada, una computadora caracterizada por la data almacenada)”²⁴⁴. En consecuencia, si se pide la protección de un procedimiento de cocina, caracterizado por el recetario en el que se encuentra, esta forma de presentar información no es una invención, pero eso no significa que el procedimiento en sí mismo no pueda protegerse por esta vía.

Sin perjuicio de lo anterior, cumplir con los requisitos de novedad, nivel inventivo y aplicación industrial no es algo sencillo para los procedimientos de cocina, no obstante ello, técnicas complejas como las pertenecientes a las Cocina Molecular sí son capaces de lograrlo²⁴⁵.

Precisamente, el chef Homaro Cantu, un reconocido representante de la Cocina Molecular, ha obtenido en Estados Unidos una patente referida al procedimiento para preparar productos sustitutos de la comida²⁴⁶. En este caso, el producto terminado consiste en un papel comestible en el cual se han impreso tintas que simulan el sabor de la pizza y otros alimentos²⁴⁷.

²⁴⁴ SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA, ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL y OFICINA EUROPEA DE PATENTES. Op cit. Pp. 47-48. Disponible en: http://www.comunidadandina.org/public/libro_34.htm. (consulta: 20/04/2011).

²⁴⁵ Como mencionamos en el Capítulo 2 de la presente investigación, la Cocina Molecular se refiere a utilizar procesos químicos o físicos inusuales para explotar nuevos sabores y formas en las comidas. Por ejemplo, en la técnica de esferificación, se coagula un líquido, agregándole calcio, para que tome la consistencia de una esfera de gelatina cuando se sumerja en una disolución de alginato. La idea es lograr pequeñas bolitas similares al caviar en tamaño y textura, las mismas que, cuando se muerden, hacen que el sabor explote en la boca. Fuente: <http://elcomercio.pe/gastronomia/465663/noticia-laboratorio-cocina-cnozca-tecnicas-gastronomia-molecular> (consulta: 20/04/2011).

²⁴⁶ U.S. Patent Application Publication No. 20060081619. *System and methods for preparing substitute food items*. Cabe mencionar que, en Estados Unidos, el análisis de patentabilidad no ocurre con el registro, sino ante alguna denuncia de infracción. Sin perjuicio de lo anterior, el chef Homaru Cantu tiene también en trámite el registro de esta misma patente en Europa, bajo el número EP1806033 de fecha 13 de abril de 2006.

²⁴⁷ Buccafusco, Christopher J. Op cit. Nota la pie 66

En nuestro país, de manera poco frecuente, también se han presentado solicitudes para patentes de procedimientos relacionados a la gastronomía; entre ellas, vale la pena mencionar el Expediente No. 305-2006/OIN, mediante el cual NESTEC S.A. obtuvo una patente de invención denominada “Proceso para fabricar productos de confitería congelados aireados”. Esta patente, vigente hasta el 20 de marzo de 2026, se refiere a *“un procedimiento para preparar un producto de confitería congelado aireado, con o sin grasa y que comprende, edulcorantes, sólidos no grasos de leche, agua, un emulsionante y un estabilizador, el cual comprende un 0 a 12% en peso de grasa, 4 a 10% en peso de sólidos no grasos de leche, 10 a 25% en peso de edulcorantes, 0 a 0,5% de estabilizantes, 0,1% en peso de monoéster de propilenglicol de ácido graso como un emulsionante primario y posee una sobrecarga de 30 a 150% por volumen, caracterizado dicho proceso porque comprende: dispersar, calentar y homogenizar los ingredientes que se incorporan en la composición de un producto de confitería congelado a una temperatura, una presión y por un periodo suficiente para hidratar y pasteurizar la mezcla; proveer la mezcla con una sobrecarga entre 30 y 150%; y, enfriar la mezcla a una temperatura por debajo de 11°C mientras que se agita la mezcla para proveer un producto de confitería aireado congelado a baja temperatura.”*²⁴⁸ La existencia de este caso reafirma nuestra postura de no considerar los procedimientos de cocina solo como formas de presentar información.

En resumen, los procedimientos de cocina pueden ser considerados invenciones y se protegidos por patentes en tanto cumplan con los requisitos de novedad, nivel inventivo y aplicación industrial.

b) Patentes de producto en la gastronomía

La alta tecnología parece ingresar cada vez más en el terreno gastronómico y, como ejemplo de ello tenemos el *Gwatamatic*, una máquina automática que

²⁴⁸ Expediente No. 305-2006/OIN.

sirve para preparar, con calidad uniforme, grandes cantidades de sadza²⁴⁹, un importante tipo de harina para los países africanos.

Respecto a esta máquina, debemos señalar que el 25 de octubre de 2000, la Organización Regional Africana de la Propiedad Industrial concedió al *Gwatamatic* la patente No. AP/P/98/01364 con efectos en Zimbabwe, Zambia, Uganda, Swazilandia, Sudán, Malawi, Lesotho, Kenya, Ghana, Gambia y Botswana. El 26 de mayo de 1999, la Oficina de Patentes de Sudáfrica concedió la patente No. 98/9224 con efectos en Sudáfrica²⁵⁰.



251

Otro buen ejemplo de tecnología patentada y aplicada a la industria alimenticia se encuentra en la *Airfryer*²⁵² de la empresa *Philips*²⁵³. Se trata de una freidora portátil que solamente utiliza aire para cocinar los alimentos. El aire circula a unos 200°C, motivo por el cual es innecesario añadirle aceite para preparar la mayoría de comidas²⁵⁴.

²⁴⁹ Harina de grano en polvo (por ejemplo, de maíz blanco) que es el alimento básico de una gran parte de africanos. <http://www.wordiq.com/definition/Sadza> (consulta: 11/12/2010).

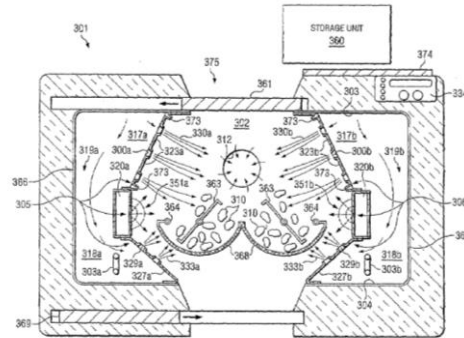
²⁵⁰ Fuente: http://www.wipo.int/sme/es/case_studies/algorithm.html (consulta: 11/12/2010).

²⁵¹ Fuente: <http://gwataboy.blogspot.com/2007/12/9-december-2007.html> (consulta: 11/12/2010).

²⁵² Patentada en Estados Unidos bajo número US20080206420

²⁵³ El nombre completo de la empresa es Koninklijke Philips Electronics N.V.

²⁵⁴ Fuente: <http://www.muyinteresante.es/la-freidora-que-frie-sin-aceite> (consulta: 12/12/2010).



255

Asimismo, las noticias en el Perú y el mundo reportan creaciones asombrosas, en varios casos, dignas de la ciencia ficción y, posiblemente, de la protección a través de patentes. Entre éstas tenemos la impresión de comida, la comida que se inhala, las máquinas caseras para elaborar pan y las tortas interactivas.

En el caso de la impresión de comidas en tres dimensiones, hasta el momento, se limitan a imprimir alimentos que puedan ser rociados por una jeringa como chocolate y masas para galletas, pasteles o quesos²⁵⁶.



257

Igual de impresionante es la máquina para inhalar alimentos. Se trata de un dispositivo con forma de pecera que permite inhalar un pastel de chocolate o

²⁵⁵ Patentada en Estados Unidos bajo número US20080206420.

²⁵⁶ Fuente: <http://elcomercio.pe/gastronomia/690310/noticia-imprimir-comida-posible-prototipo-creado-cientificos>. (consulta: 03/06/2011) La búsqueda de la posible patente en trámite o concedida sobre esta invención no tuvo éxito.

²⁵⁷ Fuente: <http://elcomercio.pe/gastronomia/690310/noticia-imprimir-comida-posible-prototipo-creado-cientificos>. (consulta: 03/06/2011).

cualquier otro alimento o bebida sin necesidad de ingerirlo, debido a que se consume aspirando las microgotas de la nube que contiene el sabor²⁵⁸.



259

Dispositivos un poco más tradicionales, pero igual de innovadores, son los que permiten realizar algunos alimentos en casa, como por ejemplo el pan. Con solo presionar un botón, el *Gopan*, una máquina en Japón que prepara pan a base de arroz casero, se encarga de todo el proceso, desde moler el arroz hasta preparar la masa²⁶⁰.



261

En cuanto a las tortas interactivas mencionadas, Disney ha solicitado una patente para proteger tortas que utilizan dispositivos para proyectar imágenes en movimiento, de manera que la torta automáticamente cambie su forma al

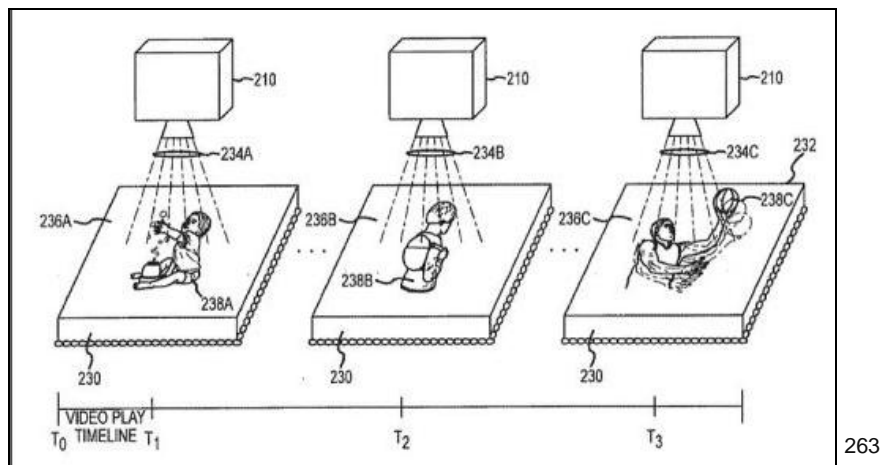
²⁵⁸ Fuente: <http://elcomercio.pe/gastronomia/707237/noticia-ahora-alimentos-no-solo-se-comen-se-inhalan>(consulta: 03/06/2011) La búsqueda de la posible patente en trámite o concedida sobre esta invención no tuvo éxito.

²⁵⁹ Fuente: <http://elcomercio.pe/gastronomia/707237/noticia-ahora-alimentos-no-solo-se-comen-se-inhalan>(consulta: 03/06/2011).

²⁶⁰ Fuente: <http://elcomercio.pe/gastronomia/675033/noticia-maquina-hacer-pan-arroz-casero-arrasa-japon>(consulta: 03/06/2011) La búsqueda de la posible patente en trámite o concedida sobre esta invención no tuvo éxito.

²⁶¹ Fuente: <http://elcomercio.pe/gastronomia/675033/noticia-maquina-hacer-pan-arroz-casero-arrasa-japon>(consulta: 03/06/2011).

ser cortada, o que pueda detectar un cuchillo aproximándose y proyecte su propia espada para defenderse, entre otros efectos²⁶².



2.2 Las Patentes de Modelo de Utilidad

De acuerdo al artículo 81 de la Decisión 486, se considera modelo de utilidad a “(...) *toda nueva forma, configuración o disposición de elementos, de algún artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto o de alguna parte del mismo, que permita un mejor o diferente funcionamiento, utilización o fabricación del objeto que le incorpore o que le proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto técnico que antes no tenía*”.

En las patentes de modelo de utilidad, conocidas también como invenciones menores, se protegen las mejoras que se realizan a los productos, aquellas que le otorguen mayor ventaja o utilidad. Estas mejoras pueden deberse a cambios de forma o disposición de elementos de algún objeto, pero lo importante no es el aspecto estético, sino que la forma lo haga más útil o ventajoso. De hecho, el artículo 82 de la Decisión 486 señala que no se

²⁶²Fuente: <http://elcomercio.pe/gastronomia/688536/noticia-disney-magia-acaba-registrar-patente-torta-interactiva> (consulta: 07/07/2011) La búsqueda de la posible patente en trámite o concedida sobre esta invención no tuvo éxito.

²⁶³Fuente: <http://elcomercio.pe/gastronomia/688536/noticia-disney-magia-acaba-registrar-patente-torta-interactiva>. (consulta: 07/07/2011).

considerarán modelos de utilidad *“las obras plásticas, las de arquitectura, ni los objetos que tuvieran únicamente carácter estético”*²⁶⁴

La patente de modelo de utilidad también exige que se cumpla con el requisito de la novedad a nivel mundial y, además de ello, el producto debe brindar una ventaja técnica.

La patente de modelo de utilidad también coincide con la patente de invención en lo referido a los derechos y limitaciones que otorga, diferenciándose en el plazo de protección, pues los modelos de utilidad se protegen solo por un plazo de 10 años desde la fecha de la solicitud.

Por ejemplo, una patente de modelo de utilidad concedida en Perú, relacionada con la industria gastronómica, fue obtenida por Hernán Garrido-Lecca, quien desarrolló una cubeta para hielo con tapa, de modo que permite liberar uno por uno los cubos de hielo y a la vez evita que se impregnen de otras sustancias que puedan estar en las refrigeradoras²⁶⁵.



266

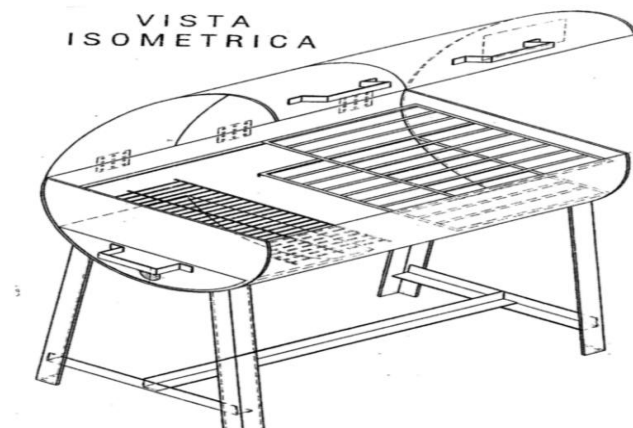
Asimismo, otro ejemplo de patente de modelo de utilidad en nuestro país, relacionada con el área culinaria, es el siguiente horno parrillero, el cual ofrece

²⁶⁴ El subrayado ha sido añadido por nosotros para enfatizar que un mismo producto podría ser objeto de más de un sistema de protección pero que, sin perjuicio de ello, el modelo de utilidad se protege por su funcionalidad técnica y no por sus características estéticas.

²⁶⁵ Expediente No. 254368-1994/OIN.

²⁶⁶Chávez, Gena. “INDECOPI suma esfuerzos al servicio del mercado” (diapositivas). Lima: INDECOPI. http://www.mypeperu.gob.pe/pro_tmp/sanmartin/indecopi.pdf (consulta: 01/07/2011).

la ventaja de obtener carnes crocantes y de un color homogéneo, evitando que éstas se impregnen los humos y cenizas²⁶⁷.



268

Recordemos que los modelos de utilidad pueden referirse a ventajas sencillas, aunque no por ello poco ingeniosas. Por ejemplo, los siguientes artículos de venta *on line* bien podrían gozar de esta protección pese a consistir en cambios simples a productos ya conocidos.

Utensilios elevados (Elevate Utensils): diferentes herramientas de cocina que cuentan con un tope que las eleva de la superficie, de modo que no ensucien la mesa de la cocina²⁶⁹.



Tabla-bol (Bowlboard): tabla de picar que incorpora los recipientes para colocar, de manera ordenada, los insumos ya picados²⁷⁰.

²⁶⁷ Expediente No. 383-1998/OIN.

²⁶⁸ Expediente No. 383-1998/OIN.

²⁶⁹ Fuente: http://store.yankodesign.com/elevate-utensils-multicolor-6?__SID=U (consulta: 25/01/2011).



Posiblemente el nivel tecnológico de nuestro país no es todavía lo suficientemente elevado para lograr grandes avances a nivel de invenciones pero, como podemos apreciar, los modelos de utilidad no requieren un alto nivel científico, con lo cual, son el objetivo al que debemos apuntar. De esta manera, si la industria gastronómica en el mundo está tomando un gran protagonismo, es el área indicada para volcar nuestra creatividad y desarrollar mejoras.

2.3 Los Diseños Industriales

Conforme al artículo 113 de la Decisión 486, “*se considerará como diseño industrial la apariencia particular de un producto que resulte de cualquier reunión de líneas o combinación de colores, o de cualquier forma externa bidimensional o tridimensional, línea, contorno, configuración, textura o material, sin que cambie el destino o finalidad de dicho producto*”.

En este caso, el punto central para que se conceda el registro es el aspecto novedoso de producto, es decir, su apariencia particular²⁷¹. Debe tomarse en cuenta que el artículo 116 inciso b) de la Decisión 486 establece que no serán registrables “*los diseños industriales cuya apariencia estuviese dictada*

²⁷⁰Fuente:<http://store.yankodesign.com/home-and-office/kitchen-dining/bowlboard>(consulta: 25/01/2011)

²⁷¹ De acuerdo al artículo 116 de la Decisión 486, no serán registrables: los diseños contrarios a la moral o al orden público; las formas que vengan exclusivamente impuestas por la función técnica del producto y; las formas cuya reproducción exacta fuese necesaria para permitir que el producto que incorpora el diseño sea montado mecánicamente o conectado con otro producto del cual forme parte.

*enteramente por consideraciones de orden técnico o por la realización de una función técnica, que no incorpore ningún aporte arbitrario del diseñador*²⁷².

La novedad, como en los casos de invenciones y modelos de utilidad, se analiza a nivel mundial.

La protección de los diseños industriales es útil porque le otorga ventajas comerciales al producto. Así, frente a dos objetos de consumo masivo con la misma utilidad, por ejemplo, memorias USB, la estética de uno de ellos aumenta su valor comercial y puede ser determinante para la adquisición.

A continuación, mostraremos algunos diseños y productos que involucran la temática alimenticia y que se ofrecen a través de Internet.



273



274



275



276

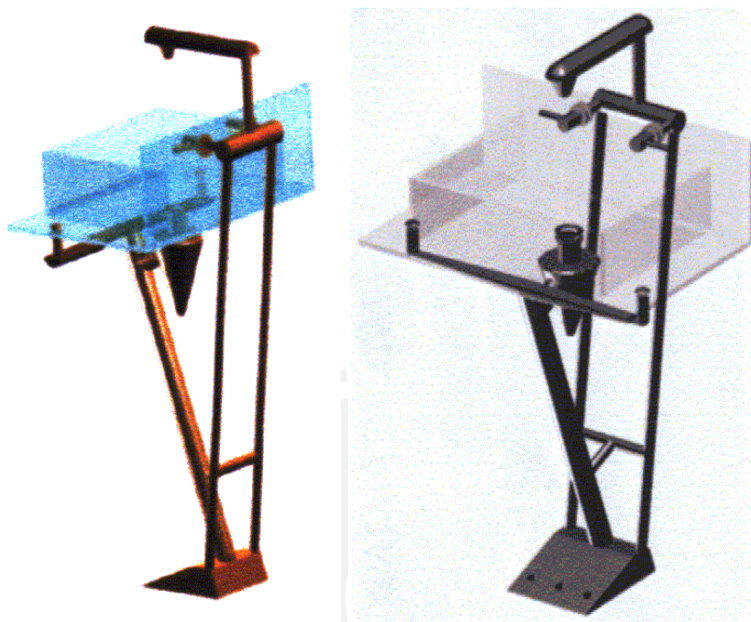
²⁷² El subrayado ha sido añadido por nosotros para enfatizar que si bien pueden coexistir varias formas de protección sobre un mismo producto, para el diseño industrial, la forma novedosa no puede deberse solamente a razones técnicas, sino que debe responder a consideraciones estéticas.

²⁷³ Memorias USB. <http://www.gruponeva.es/blog/noticia/3319/green-house-usb-memory-sticks-las-tarjetas-de-memoria-usb-en-forma-de-jugosa-hamburguesa-hot-dog-con-mostaza-rica-pizza-y-sandwich-de-carne-con-lechuga-y-huevo.html> (consulta: 03/02/2011).

²⁷⁴ Tazas con gatillos similares a los revólveres. <http://store.yankodesign.com/home-and-office/kitchen-dining/kill-time-gun-mug> (consulta: 03/02/2011).

Por su parte, como ejemplos de diseños industriales concedidos en nuestro país podemos señalar los siguientes:

Lavatorio autoportante: Concedido bajo Expediente No. 33-2003/OIN



Botella en forma de gota: Concedido bajo Expediente No. 486-2003/OIN



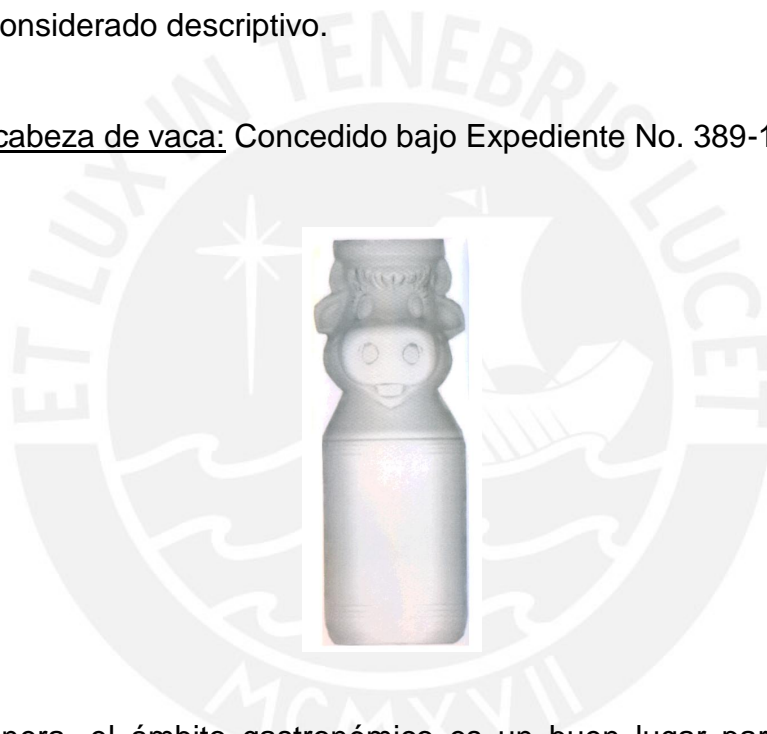
²⁷⁵ Imanes para refrigerador con forma de estrellas ninja. <http://store.yankodesign.com/home-and-office/kitchen-dining/ninja-shuriken-magnet> (consulta: 03/02/2011).

²⁷⁶ Salero y pimentero. <http://store.yankodesign.com/taste-explosion-salt-and-pepper-shakers-by-thabto> (consulta: 03/02/2011).

El diseño industrial concede derechos exclusiva en su uso, pero solo durante 10 años desde la fecha de presentación de la solicitud, luego de lo cual entran en dominio público. Este plazo limitado constituiría su principal desventaja frente a la opción de registro de marcas tridimensionales, sin embargo, no debe descartarse como posibilidad de protección, ya que un producto puede no cumplir el requisito de distintividad pero sí ser novedoso.

Por ejemplo, el siguiente diseño de un recipiente fue otorgado como diseño industrial por cumplir el requisito de novedad y de apariencia particular, pero no hubiera podido cumplir el requisito de distintividad para productos lácteos, pues se hubiera considerado descriptivo.

Botella con cabeza de vaca: Concedido bajo Expediente No. 389-1999/OIN



De esta manera, el ámbito gastronómico es un buen lugar para empezar a realizar tanto mejoras o como nuevos diseños en utensilios. En tal sentido se pronuncia Arellano Marketing, según el cual, la industria manufacturera puede verse promovida por el boom gastronómico²⁷⁷, siendo áreas en la cuales se puede innovar: mesas y sillas, cubiertos, menaje (en cerámica o vidrio), manteles y servilletas, utensilios de cocina, electrodomésticos, equipos industriales (cocinas, hornos) y vestimenta (mozos, chefs).

²⁷⁷ Arellano Marketing. “El aporte económico y social de la gastronomía en el Perú”. Lima. Setiembre 2009. Disponible en: http://www.institutodelperu.org.pe/descargas/Eventos/Conferencias/2009sep-microseguros/aporte_de_la_gastronoma_en_el_per.pdf (consulta: 16/09/2010).

Por último, algo importante que debe tomarse en cuenta tanto para las patentes de invención, modelos de utilidad y diseños industriales es que la protección es de alcance territorial, por lo tanto, nada impide que, para fortalecer nuestra gastronomía de manera técnica o estética, explotemos económicamente aquellas patentes, modelos y diseños concedidos en otros países y que no fueron registrados en Perú.

3. Los Signos Distintivos

En general, los signos distintivos, son aquellos que transmiten información acerca del origen empresarial de los productos o servicios. En esta etapa de la investigación haremos referencia a las marcas de productos y servicios (tradicionales y no tradicionales), a las marcas de certificación y a las denominaciones de origen.

3.1 Las marcas de producto o servicio

De acuerdo a la Decisión 486, artículo 134, una marca puede estar constituida por *“cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado”*, asimismo, señala que *“podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica”*. De esta manera, tenemos por ejemplo la marca de producto Nesquik y la marca de servicio “Astrid y Gastón”, que cumplen con los requisitos antes mencionados²⁷⁸.

Además de cumplir los mencionados requisitos, las marcas no deben caer en las prohibiciones establecidas en los artículos 135 y 136 de la Decisión 486. Entre ellas, destacamos los incisos c) y d) del artículo 135 y el inciso f) del artículo 136, los cuales reproducimos a continuación:

“Artículo 135.- No podrán registrarse como marcas los signos que:

(...)

²⁷⁸ Ser lo suficientemente apto para distinguir un producto o servicio significa que el signo debe poder individualizar los productos o servicios de una empresa determinada y diferenciarlos de los productos o servicios de los competidores.

c) consistan exclusivamente en formas usuales de los productos o de sus envases, o en formas o características impuestas por la naturaleza o la función de dicho producto o del servicio de que se trate;

(...)

d) consistan exclusivamente en formas u otros elementos que den una ventaja funcional o técnica al producto o al servicio al cual se aplican”

“Artículo 136.- No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando:

(...)

f) consistan en un signo que infrinja el derecho de propiedad industrial o el derecho de autor de un tercero, salvo que medie el consentimiento de éste”

Como puede apreciarse, si bien la forma de un producto puede registrarse como signo distintivo, estos artículos impiden que se inscriban como marcas aquellos elementos cuya naturaleza corresponde exclusivamente a otros mecanismos de protección, como sucede con la patente de modelo de utilidad. Asimismo, se protege a los titulares de otros derechos de exclusiva frente a inscripciones de marcas que atentes contra sus intereses.

El registro de una marca confiere a su titular un derecho de exclusiva, es decir, la capacidad de impedir a cualquier persona, hacer uso de la marca sin su consentimiento. El plazo de protección es indefinido pero debe renovarse la marca cada 10 años, previo pago de la tasa correspondiente.

Definitivamente las marcas se encuentran dentro de los elementos de la propiedad industrial más importantes, pues brindan información valiosa a los consumidores como la calidad, origen empresarial, entre otros. Debido a ello, agilizan las transacciones en el mercado, haciendo más fácil que fluya la información sobre los productos.

Posiblemente es el área que actualmente tiene una mayor importancia para la industria gastronómica peruana, tal como lo señaló, en marzo de 2006, el renombrado chef Gastón Acurio en la Ceremonia de Apertura del Año Académico de la Universidad del Pacífico:

“Todos los estudios de mercado hechos fuera del Perú por empresas internacionales indican que el concepto culinario más en alza en el mundo es el peruano, que la demanda del consumidor internacional por conceptos peruanos rebasa largamente a su oferta, que invertir en un restaurante peruano bueno es invertir sin riesgo en cualquier ciudad norteamericana o europea.

(...)

*Tenemos el recurso, disponemos de los productos. **¿Qué nos falta? Las marcas. Las marcas peruanas de productos culinarios peruanos por el mundo.** Allí está la clave.*

(...)

***Marcas peruanas, eso es lo que los cocineros y empresarios peruanos tenemos que lograr para que esos inversionistas no tengan una, sino muchas opciones para escoger a la hora de decidirse por uno u otro concepto.** Necesitamos marcas que hayan desarrollado internamente todo aquello que hace que una pequeña gran idea, un pequeño gran sueño se traduzca en una filosofía poderosa que vaya creciendo poco a poco hasta convertirse en un modelo para estudiar, imitar, admirar, e incite a invertir²⁷⁹. (El resaltado y subrayado es nuestro)*

Las marcas de producto y de servicio pueden ser tanto tradicionales, es decir, palabras, letras, imágenes y sus combinaciones, así como no tradicionales: tridimensionales, de color único, sonoras, gustativas, táctiles y olfativas²⁸⁰. La

²⁷⁹ Fuente: http://www.emprendedores.pe/site/index.php?option=com_content&view=article&id=36%3Agaston-acurio-discurso-de-orden-de-gaston-acurio-en-la-universidad-del-pacifico&catid=25%3Aarticulo&Itemid=29 (consulta: 15/11/2010).

²⁸⁰ El tema de las marcas no tradicionales guarda una complejidad y amplitud que excede los fines de la presente tesis. Por este motivo, solo abordaremos en esta investigación las marcas ya mencionadas, que, a

importancia de las marcas tradicionales para las industrias, incluyendo la culinaria, no está en discusión.

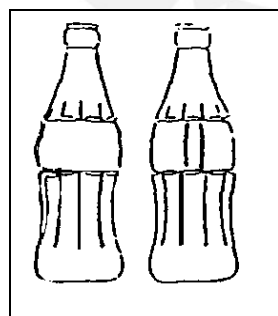
Sin embargo, cabe preguntarse si las marcas no tradicionales pueden tener un rol más dinámico o de interés para la gastronomía. En general, siguiendo a Baldo Kresalja, podemos afirmar que las marcas no tradicionales tienen dificultades para ser registradas pero, dado que son inusuales, tiene una mayor posibilidad de ser marcas notorias, que cuentan con una protección reforzada²⁸¹.

A continuación, iniciaremos el desarrollo de cada una de estas marcas.

3.2 La marca tridimensional

El artículo 134 de la Decisión 486 señala en su inciso f), como ejemplo de marcas registrables, “*la forma de los productos, sus envases o envolturas*”. En ello consisten las marcas tridimensionales, en formas que sean distintivas, que identifiquen productos²⁸².

El ejemplo más famoso de marca tridimensional es el de la botella de Coca Cola, conocida como botella *contour*.



283



284

nuestro parecer, constituyen las más vinculadas a la esfera gastronómica. Adicionalmente, otras marcas no tradicionales son: marcas en movimiento, marcas holográficas y marcas gestuales.

²⁸¹ Kresalja, Baldo. “La registrabilidad de las marcas auditivas, olfativas y las constituidas por color único en la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones”. En: Themis No. 42. Lima 2001, p. 179.

²⁸² Usualmente, para la representación gráfica de marcas tridimensionales, como parte del trámite, se requiere presentar el objeto desde varios puntos de vista (izquierda, derecha, arriba, abajo, etc.) de modo que se aprecie bien la forma distintiva que se desea solicitar.

²⁸³ Registrada en Perú bajo Certificado No. 81800.

²⁸⁴ Fuente: http://www.signature-line.com/02_ContourBottle/02_ContourBottle.html (consulta: 02/12/2010)

Tal como señalamos en el Capítulo 2, la forma de los restaurantes, de la vajilla, los cubiertos y similares es posible protegerse como marca tridimensional, al igual que por la vía de los derechos de autor o por el mecanismo de los diseños industriales. Estas tres vías no son excluyentes entre sí, en tanto se cumplan con los requisitos que cada uno de los sistemas exige y no se caiga en alguna de sus prohibiciones.

De esta manera, las figuras que mostramos a continuación, si bien podrían protegerse a través de los Derechos de Autor o de los Diseños Industriales, también podrían registrarse como marcas tridimensionales.

Wine Can: latas para beber vino²⁸⁵.



Food Hotel: hotel diseñado con motivos de comida (mesas en forma de enlatados, cojines con forma de galletas, etc.)²⁸⁶

²⁸⁵ Fuente: <http://www.gastronomiaycia.com/2008/08/03/latas-de-diseno-para-vino/> (consulta: 18/09/2010)

²⁸⁶ Fuente: <http://elcomercio.pe/gastronomia/694698/noticia-sueno-golosos-eje-tematico-este-hotel-comida> (consulta: 23/06/2011)



Si comparamos la protección de los Derechos de Autor o de los Diseños Industriales, debido a que el sistema de Marcas posee un plazo de protección virtualmente ilimitado y sus requisitos de registro están mejor definidos y son más accesibles, es el medio de protección que un empresario debería preferir si cuenta con los medios para registrarlo.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos recordar que no toda forma será siempre distintiva. Por ejemplo, un recipiente para jugo en forma de manzana no sería concedido como marca tridimensional porque sería descriptivo (en caso de usarlo para jugo de manzana) o engañoso (en caso de usarlo para otro líquido).

3.3 Marcas sonoras, únicamente de colores, olfativas, gustativas y táctiles

Como las marcas pueden estar formadas por cualquier signo, esto incluye los que se expresen por el sentido del gusto, del olfato y del oído. Asimismo, las marcas pueden estar integradas solamente por un color o por combinaciones de colores.

Sobre este punto, de manera enunciativa, el inciso c) del artículo 134 de la Decisión 486 hace referencia a la posibilidad de registrar sonidos y olores como

marcas, mientras que en el inciso e) del mismo artículo se alude al registro de un color delimitado por una forma, o una combinación de colores.

Nuevamente, los requisitos de la aptitud distintiva y de la representación gráfica son ineludibles, pero en estos casos son más difíciles de cumplir.

No obstante las dificultades que iremos señalando, posiblemente estos tipos de marcas cobren mucha importancia en el futuro debido a las recientes investigaciones que se vienen realizando. Así lo señala el experto en *neuromarketing*²⁸⁷, Martin Lindstrom, quien afirma:

*“La verdad es que las imágenes visuales son mucho más eficaces y más memorables cuando van de la mano con estímulos para otros sentidos como el oído y el olfato (...) es lo que se llama Sensory Branding (posicionamiento sensorial de la marca)”*²⁸⁸.

Analizaremos cada una de estas marcas a continuación:

a) Las marcas sonoras

Desde el punto de vista jurídico, pese a no ser tradicionales, existe una alta posibilidad de éxito cuando se solicita el registro. No existe discusión respecto a que los sonidos, sean composiciones musicales o no, tienen la capacidad de distinguir, de diferenciar, un producto o servicio. Tampoco ofrece mayores problemas su representación gráfica cuando se trata de composiciones musicales, ya que se utiliza un pentagrama.

Ejemplo de este tipo de marca sonora lo encontramos en la clásica melodía de colchones Paraíso, representada por el siguiente pentagrama:

²⁸⁷ En el *neuromarketing* se utilizan máquinas de diagnóstico de la neurociencia para escanear el cerebro de personas y aprender cómo es que verdaderamente responden los consumidores a los estímulos de la publicidad y de las marcas. Es una ciencia relativamente nueva, por lo cual, hasta el momento, son pocas las investigaciones disponibles.

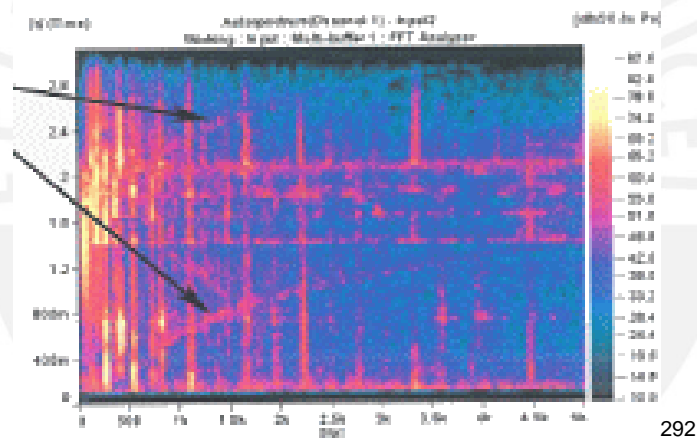
²⁸⁸ Lindstrom, Martin. “Compradicción (buy-ology). Verdades y mentiras de por qué las personas compran”. Editorial Norma. Bogotá. 2009. Traducido por Adriana Arias de Hassan. pp 159

Negra = 127



289

Sin perjuicio de lo anterior, las marcas pueden estar conformadas también por sonidos no melódicos, como el rugido de un león o la tonada de una corneta. Precisamente, el rugido del león de la Metro-Goldwyn-Mayer se encuentra registrado en EEUU²⁸⁹ y, en nuestro país, entre otras marcas, se encuentra registrado el sonido de la corneta de D'Onofrio²⁹¹. En estos casos, como el pentagrama no es útil, los sonidos se representan gráficamente a través de un espectograma, cuyo aspecto es el siguiente:



Cabe señalar que, solo en el caso de las composiciones musicales, otra vía posible de protección es a través del Derecho de Autor, siempre que se cumpla con el requisito de originalidad.

Por último, de acuerdo al neuromarketing, las marcas sonoras tienen una significativa importancia, pues son consideradas como un poderoso aliado de los estímulos visuales. Así se refleja en el postulado de que *“la atención de los consumidores aumenta cuando oyen un sonido característico mientras ven una*

²⁸⁹ Inscrita en nuestro país por Productos Paraíso del Perú en la Clase 20 bajo certificado No. P135262

²⁹⁰ Certificado US No. 73553567.

²⁹¹ Inscrita en nuestro país en la clase 30 bajo certificado No. P40309.

²⁹² Espectograma registrado en nuestro país. Corresponde al sonido de Intel Corporation, inscrita en la clase 09 bajo certificado No. S126877.

imagen o un logotipo altamente reconocible. Además, los consumidores recuerdan mejor lo que ven y lo que oyen cuando la melodía y la imagen se producen simultáneamente, que cuando los ojos y los oídos se estimulan por separado”²⁹³.

b) Las marcas consistentes en colores

Si bien es posible registrar marcas que consistan solamente en colores, existen restricciones. Para comenzar, el artículo 135 inciso h) prohíbe registrar un color aisladamente considerado, salvo que se encuentre delimitado por una forma específica o, que este color aislado haya adquirido aptitud distintiva entre los consumidores por efecto del uso en el mercado, conocido esto último como *secondary meaning*²⁹⁴.

Otra restricción importante es la identificación del color específico. El color o colores que se piden proteger necesitan una correlación con la clasificación Pantone, de modo que la exclusividad recaiga sobre una tonalidad específica. Si no se exigiera un tono en particular, claramente se constituiría un obstáculo para el comercio.

En cuanto a la eficacia de los colores como marcas, el neuromarketing afirma que pueden ejercer un efecto muy poderoso de conexión emocional con una marca, incluso, se ha llegado a afirmar que el color puede incrementar el reconocimiento de la marca en un 80%²⁹⁵. Por este motivo, no es inusual ver colores encendidos en varios productos como autos, computadoras, remedios, etc.

Un punto importante a tener en cuenta es que es más probable obtener una marca, compuesta por colores, para servicios que para productos. Esto debido a que el color puede entenderse como descriptivo o funcional para los

²⁹³ Lindstrom, Martin. Op cit. p. 179.

²⁹⁴ La base legal se encuentra en los párrafos finales del artículo 135 de la Decisión 486. Posiblemente el caso más famoso de una marca de color aislado es el color lila de los chocolates Milka.

²⁹⁵ Lindstrom, Martin. Op cit. p. 172.

productos²⁹⁶ pero, lógicamente, debido a la intangibilidad de los servicios este riesgo es menor.

c) La marca olfativa

Este tipo de marca ha despertado mucho interés en los últimos años²⁹⁷, sin embargo se han registrado pocas a nivel mundial²⁹⁸ y la polémica respecto a los requisitos para concederlas dista mucho de haber terminado.

En primer lugar, no existe acuerdo sobre su aptitud distintiva. Algunos autores consideran que un olor puede perfectamente distinguir productos o servicios²⁹⁹, mientras que otros se inclinan por la postura del *secondary meaning*, es decir, que sólo a través de su uso, un olor puede llegar a distinguir un producto o un servicio³⁰⁰. Esta incertidumbre se vuelve palpable cuando constatamos que un olor puede utilizarse como marca pero también servir como una cualidad del producto, es decir, un aspecto puramente funcional, que no puede ser protegido³⁰¹. Por ejemplo, en las bolsas de plástico para basura, con aroma a limón, no es fácil determinar si ese olor es distintivo o si solamente cumple la función de disfrazar la pestilencia³⁰².

²⁹⁶ Por ejemplo el color verde para chicle (goma de mascar) podría estar describiendo uno de los sabores, como lo es la menta.

²⁹⁷ En nuestro país también está incursionado el marketing olfativo. Esto consiste en crear una fragancia particular para cada marca, denominada “odotipo”.

Fuente: <http://elcomercio.pe/tecnologia/480019/noticia-llega-al-peru-tecnologia-3d-sin-lentes-marketing-olfativo-realidad-aumentada> (consulta: 12/11/2011).

²⁹⁸ Entre ellos tenemos, marcas olfativas en el Reino Unido registradas en base a descripciones: neumáticos con “un aroma o fragancia floral que recuerda al de las rosas” y los dardos “con olor acre de una cerveza amarga”. En la Unión Europea se ha registrado, también en base a la descripción, el “olor a hierba recién cortada” para pelotas de tenis.

Fuente: http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2009/01/article_0003.html (consulta: 12/09/2011).

²⁹⁹ Otero Lastres, José Manuel. “Concepto de marca en la Decisión 344 y en la Ley Peruana aprobada por Decreto Legislativo 823 del 23 de abril de 1996”. En: Revista Jurídica del Perú, año XLVII, abril –junio 1997, Lima. p. 205.

³⁰⁰ Ver el artículo de Llobregat, María Luisa. “Caracterización jurídica de las marcas olfativas como problema abierto”. En: Revista de Derecho Mercantil 227, enero-marzo. Madrid 1998.

³⁰¹ Decisión 486. Artículo 135.- No podrán registrarse como marcas los signos que:

(...)

d) consistan exclusivamente en formas u otros elementos que den una ventaja funcional o técnica al producto o al servicio al cual se aplican; (...)

³⁰² Rønning, Debbie. “Taste, smell and sound – Future Trademarks?” http://www.patentstyret.no/no/Varemerke/Artikler_om_varemerker/Taste_smell_and_sound/ (consulta: 07/06/2011).

El segundo problema radica en su representación gráfica. Varias son las alternativas que se han propuesto: descripción con palabras, la fórmula química, el depósito de una muestra³⁰³ y métodos científicos de medición como la cromatografía de gases. Hasta el momento, ninguna de estas posibilidades es convincente pues, la descripción con palabras es imprecisa, la fórmula representa el producto pero no el olor y, las muestras no son representaciones gráficas que, además, se degradan. En lo que refiere a las mediciones científicas avanzadas, todavía ninguna se ha consagrado como la idónea.

Pese a sus dificultades jurídicas como marca³⁰⁴, para el marketing, los olores están cobrando mucha importancia como herramienta comercial. ¿No le ha ocurrido que pasa por una panadería y el olor a pan recién horneado le despierta el apetito? Eso sucede porque cuando usamos el sentido del olfato, nuestro cerebro responde antes de pensar³⁰⁵. Esta reacción involuntaria nos puede llevar a consumir, aunque racionalmente no lo deseemos.

Las empresas en todo el mundo recurren cada vez más a las fragancias para incrementar sus ventas. Incluso en nuestro país se puede ver esta técnica. Por ejemplo, si acude a la tienda de zapatos Hush Puppies del centro comercial Plaza San Miguel, notará que tiene un relajante aroma a vainilla. Algunos estudios han demostrado que el aroma de vainilla ha probado ser eficaz para la venta de artículos femeninos³⁰⁶.

³⁰³ Para ver las críticas a los métodos de representación gráfica, recomendamos revisar el caso Sieckman del año 2002 ante la Corte de Justicia Europea. En éste se señala que la representación debe ser clara, precisa, completa en sí misma, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva

³⁰⁴ Algunos autores han sugerido que se emplee el Derecho de Autor para proteger las creaciones olfativas. En nuestra opinión tampoco sería un camino sencillo el lograr que se reconozcan las obras olfativas, pues sospechamos que, al menos en nuestro país, se les presentarían las mismas dificultades que para las obras gastronómicas. Sin perjuicio de lo anterior, en el año 2006, la empresa cosmética francesa Lancôme logró proteger por la vía de los Derechos de Autor su perfume *Trésor* (Tesoro) frente a la imitación de un competidor. Fuente: http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2006/05/article_0001.html (consulta: 15/08/2010).

³⁰⁵ Lindstrom, Martin. Op. cit. p. 164.

³⁰⁶ Ver Lindstrom, Martin. Op. cit. p. 163.

d) La marca gustativa

La industria gastronómica se basa en el sentido del gusto, ¿por qué no tener entonces una marca gustativa? Los problemas para lograr esto se encuentran tanto desde la perspectiva jurídica como desde el marketing.

Para comenzar, este tipo de marca solamente se podría aplicar a productos pero no a servicios, por su mencionada intangibilidad.

En segundo lugar, la marca gustativa no podría ser utilizada para productos que se consumen (alimentos y bebidas) porque la marca se confundiría con el producto. Por ejemplo, el sabor a plátano para un caramelo sería un signo descriptivo y, por lo tanto, no registrable.

En tercer lugar, para los productos que no se consumen, el sabor podría ser simplemente funcional y no servir como marca. Como ejemplo de ello podríamos señalar las pelotas de juego para perros con sabor a menta, que cumplen el objetivo de darles un buen aliento a las mascotas. En la misma circunstancia se encontrarían los chupones para bebés con sabores relajantes³⁰⁷.

Adicionalmente, en cuanto a la representación gráfica, este tipo de marcas comparten las mismas dificultades que las marcas olfativas³⁰⁸.

Por último, por el lado del marketing, los productos que se consumen ya tienen un sabor, por lo tanto carece de sentido agregarle al producto un sabor diferente. En cuanto a los productos que no se consumen, en la mayoría de los casos, sería poco higiénico y antisocial saborear, por ejemplo una engrapadora, para decidir comprarla.

³⁰⁷Rønning, Debbie. “Taste, smell and sound – Future Trademarks?” http://www.patentstyret.no/no/Varemerke/Artikler_om_varemerker/Taste_smell_and_sound/ (consulta: 07/06/2011).

³⁰⁸No obstante ello, en Benelux fue registrado bajo certificado BX 625971, el “sabor a regaliz” para productos de papelería. Se utilizó una descripción con palabras para representarla gráficamente.

e) La marca táctil

Nuevamente nos encontramos ante una marca que sería muy difícil aplicarla para servicios.

También se discute que este tipo de marca cumpla los requisitos de distintividad, tanto la inherente como la adquirida por el uso. Asimismo, tampoco queda claro cuál sería el mecanismo apropiado para representar gráficamente el signo.

Sin perjuicio de lo anterior, en el año 2006, fue registrado en los Estados Unidos de Norteamérica una marca táctil bajo certificado No. 3155702. La mencionada marca consiste en *“una textura de terciopelo que cubre la superficie de una botella de vino”*.

Se añadió a la solicitud los siguientes gráficos para demostrar la forma en que la botella quedaba cubierta por la tela.



Cabe señalar que, hasta el momento, es poco lo que el marketing ha estudiado sobre el tacto como elemento identificador. Si bien es cierto, que se trata de un sentido que cumple un rol importante al momento de decidir comprar productos como la ropa³⁰⁹, no queda clara su capacidad de identificar otros productos.

³⁰⁹ Lindstrom, Martin. Op. cit. pp 168 - 169.

¿Qué potencial tienen estas marcas sensoriales en la industria gastronómica?

En realidad, la estimulación múltiple de los sentidos ya se está abriendo paso en la alta cocina del mundo. Como ejemplo de ello tenemos los últimos eventos del festival Madrid Fusión, en los cuales el chef Juan Mari Arzak ha sorprendido a los asistentes mostrando prototipos de vajilla audiovisual que reproducen imágenes del mar y sonido de olas, así como representaciones de fuego ardiente con el sonido del crepitar de las brasas. Igual de admirable es la propuesta de Arzak por vajilla capaz de iluminarse con el peso y el calor de los alimentos o por que se encienda por zonas, a medida que el cubierto se acerca a la comida³¹⁰.

Otro ejemplo interesante lo encontramos en las galletas color Pantone. La idea proviene de la diseñadora e ilustradora Kim Neill, cuyas galletas reproducen colores del código Pantone. De esta manera, los clientes seleccionan sus galletas favoritas en base al color de las mismas³¹¹.



³¹⁰ Fuente: <http://elcomercio.pe/gastronomia/704863/noticia-multisensorial-vajillas-audiovisuales-madrid-fusion> (consulta: 05/06/2011).

³¹¹ Fuente: http://www.kimcreativestar.com/Portfolio/Cures_for_Boredom/Entries/2011/1/1_PANTONE_CHIP_COOKIES!.html (consulta: 05/06/2011).

Aunque la creatividad en la industria gastronómica es grande, no tenemos conocimiento del uso del sabor o del tacto para fines de identificación. Posiblemente esto se deba a que es muy difícil que un sabor cumpla con fines identificatorios en lugar de ser considerado simplemente el sabor de los alimentos. De similar modo, es muy complicado que el tacto se vuelva crucial para los negocios de comida, ya que, por regla general, no se tocan los alimentos con las manos desnudas.

A continuación, estudiaremos algunos casos especiales de signos distintivos

3.4 Las marcas de certificación:

De acuerdo con la Decisión 486 la marca de certificación es un signo destinado a ser aplicado a productos o servicios cuya calidad u otras características han sido certificadas por el titular de la marca, quien puede ser a su vez una entidad pública o privada³¹².

Respecto a las marcas de certificación o de garantía, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) señala:

“Son marcas cuya función es la de certificar o garantizar que los productos o servicios que distinguen se encuentran dentro de los patrones o estándares preestablecidos por su titular y que además hay un sometimiento a un control previo y continuado por éste.

La estrategia empresarial en el uso de las marcas de certificación o de garantía radica, en la oportunidad de acudir al mercado incorporando un prestigio, generado por el titular de la marca de certificación, lo cual añade valor a la marca individual del empresario al formar parte de todo un sistema de garantía.

(...)


Por consiguiente se estandarizan los productos y en su caso los servicios, en función a una calidad determinada y constante, bajo la

³¹² Ver los artículos 185 a 189 de la Decisión 486.

supervisión y control de su titular que estará preocupado porque la marca no se desprestigie.

(...)"³¹³

Algunos ejemplos de marcas de certificación inscritas en el Perú son las siguientes:

	<p>Certificado N° 05</p> <p>Titular: SGS SOCIETE GENERALE DE SURVEILLANCE S.A.</p> <p>Certifica servicios de inspección del cumplimiento de los sistemas de control de los proveedores de servicios, las industrias manufactureras, las agroindustrias, las industrias, la industria marina y de construcción; las industrias procesadoras de alimentos y las industrias procesadoras de productos, de acuerdo a normas y estándares nacionales e internacionales para certificación (Clase 42).</p>
	<p>Certificado N° 15</p> <p>Titular: INDECOPI</p> <p>Certifica productos agrícolas y frutas que se distinguen por contar con una denominación de origen declarada por la República del Perú y cuyos productores cuentan con la autorización de uso correspondiente (clase 31).</p>
	<p>Certificado N° 16</p> <p>Titular: EPYMESPERU S.A.C.</p> <p>Certifica servicios personales y sociales prestados por terceros destinados a satisfacer necesidades individuales; servicios de seguridad para la protección de bienes y de personas (Clase 45).</p>

³¹³ OMPI. “La Marca Colectiva, La Marca de Certificación o de Garantía: Características, Principales Requisitos de Constitución, Titularidad y Uso. Estudio de Casos”. Taller de la OMPI sobre Signos Distintivos como herramientas de competitividad empresarial. Febrero 2006. www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_pi.../ompi_pi_sdo_06_1.doc (consulta: 02/01/2011).

	<p>Certificado N° 10</p> <p>Titular: ASOCIACION ARGENTINA DE ANGUS</p> <p>Certifica carne y productos derivados de la carne comprendidos en la Clase 29.</p>
	<p>Certificado N° 17</p> <p>Titular: EPYMESPERU S.A.C.</p> <p>Certifica servicios de publicidad; gestión de negocios comerciales; administración comercial; trabajos de oficina; en especial certificación comercial de páginas web para terceros (Clase 35).</p>

Consideramos que la marca de certificación puede ser muy útil para la industria gastronómica pues, si como se señaló al principio de esta investigación, uno de nuestros puntos débiles es la calidad dispareja en los servicios de restaurantes, una marca de certificación puede ser una medida que ayude a homologar estándares.

En tal sentido, para efectos de promover la gastronomía, la marca de certificación debería ser otorgada a los restaurantes por el Estado pero conjuntamente con el sector privado que representa a la industria, es decir, ambos serían los cotitulares de la marca de certificación. Por el lado del Estado pensamos que el rol correspondería al INDECOPI, ya que es la entidad estatal especializada en marcas y que, además, cuenta con una buena imagen por su labor eficiente³¹⁴. Como pudimos apreciar en el cuadro anterior, esto no sería una situación extraña pues ya existe una marca de certificación de la que INDECOPI es titular.

En cuanto al sector privado, pensamos que éste debería estar representado por la Sociedad Peruana de Gastronomía- APEGA, ya que es la institución que se ha formado para impulsar la gastronomía peruana.

³¹⁴ Como representante del Estado también podría estar el Ministerio de Cultura, pero dada su creación relativamente reciente, no es posible prever qué tan activa y eficiente sería su participación.

¿Sobre qué recaería la certificación? Podría ser sobre condiciones sanitarias o tecnológicas, el uso de productos orgánicos o alguna otra característica que no se encuentre todavía bien desarrollada y que sea bueno promover.

3.5 Las denominaciones de origen:

De acuerdo a la Decisión 486, artículo 201, *“se entenderá por denominación de origen, una indicación geográfica constituida por la denominación de un país, de una región o de un lugar determinado, o constituida por una denominación que sin ser la de un país, una región o un lugar determinado se refiere a una zona geográfica determinada, utilizada para designar un producto originario de ellos y cuya calidad, reputación u otras características se deban exclusiva o esencialmente al medio geográfico en el cual se produce, incluidos los factores naturales y humanos”*.

De esta manera, existen ciertos productos cuya calidad y demás características especiales se derivan de una procedencia geográfica determinada, lo cual los hace únicos y merecedores de protección especial.

Es importante resaltar que el titular de la denominación de origen no es un particular sino el propio Estado, quien es el que otorga autorizaciones de uso a todos aquellos que cumplan con las características especiales de dicho producto³¹⁵.

Las denominaciones de origen que hasta la fecha han sido otorgadas en el Perú son:

PISCO	“Primera denominación de origen peruana declarada para designar los productos obtenidos por la destilación de caldos resultantes de la fermentación exclusiva de la uva madura (de acuerdo con lo establecido en la Norma Técnica Nacional Obligatoria N° 211.001), elaborados en la costa de los
-------	---

³¹⁵ Artículo 88 del Decreto Legislativo 1075.

	<p>departamentos de Lima, Ica, Arequipa, Moquegua y; los valles de Locumba, Sama y Caplina, pertenecientes al departamento de Tacna.”</p>
<p>MAÍZ BLANCO GIGANTE CUSCO</p> 	<p>“Distingue la especie maíz blanco gigante (Paraqay sara) y a la zona geográfica delimitada para su cultivo y producción: las provincias de Calca y Urubamba. Como se sabe, la provincia cusqueña de Calca posee siete distritos: San Salvador, Písac, Taray, Coya, Lamay, Calca y Lares. En todos ellos, excepto en el último, se cultiva esta variedad. Por su parte, los siete distritos de Urubamba son: Urubamba, Huayllabamba, Ollantaytambo, Yucay, Maras, Machupicchu y Chincheros. Excepción hecha de los dos últimos, en todos se cultiva el Maíz Blanco Gigante Cusco.”</p>
<p>CERÁMICA CHULUCANAS</p> 	<p>“La zona geográfica delimitada para la elaboración de los productos designados con esta denominación es el distrito de Chulucanas, provincia de Morropón, departamento de Piura. El distrito de Chulucanas limita por el norte con el distrito de Frías, provincia de Ayabaca; al sur, con el distrito de Catacaos, provincia de Piura; al este, con los distritos de La Matanza, Morropón y Santo Domingo; y, por el oeste, con los distritos de Castilla, en la provincia de Piura, y Tambogrande, en la provincia de Sullana.”</p>
<p>PALLAR DE ICA</p> 	<p>“Se caracteriza por ser un producto de sabor agradable (dulce), de cáscara delgada (textura), de fácil y rápida cocción, el cual luego de la misma se presenta cremoso y suave. La dulzura distintiva del producto</p>

	<p>PALLAR DE ICA se debe a su menor contenido de ácido cianhídrico. A ello se debe agregar otros efectos que la fotosíntesis acumula en los cotiledones. Ambas características determinan la calidad del Pallar de Ica. La zona geográfica delimitada para el cultivo y producción del producto comprende las provincias de Chincha, Pisco, Ica, Palpa y Nazca.”</p>
<p>CAFÉ VILLA RICA</p> 	<p>“Las características especiales que se reconocen en el caso del Café Villa Rica están referidas principalmente a la calidad, el sabor, aroma, nivel de acidez, rendimiento del café pilado y las técnicas de producción, entre otras, que guardan relación con los factores naturales (suelo, agua, clima, etc.) y humanos (técnicas de producción) de la zona.”</p>
<p>LOCHE DE LAMBAYEQUE</p> 	<p>“La sexta denominación de origen es LOCHE DE LAMBAYEQUE que está conformada por la palabra LAMBAYEQUE, que corresponde al departamento del mismo nombre, situado en la parte noroccidental de la costa del territorio peruano. La zona de producción donde se cultiva el LOCHE DE LAMBAYEQUE comprende las provincias de Chiclayo, Lambayeque y Ferreñafe. Este fruto es el resultado de la interacción de factores ambientales que se conjugan en la zona de Lambayeque, así como consecuencia de factores geográficos. Adicionalmente, se encuentra presente el factor humano con el manejo agronómico de las zonas de cultivo del LOCHE DE LAMBAYEQUE, a lo cual se suma el conocimiento de las prácticas culturales como las referidas al manejo del cultivo, heredado de sus ancestros. Estas prácticas se mantienen hasta la actualidad y contribuyen en la obtención de un producto con características particulares que se</p>

	diferencian de otros de su misma especie (Cucurbita moschata Duchesne)”. 
<p>CAFÉ MACHU PICCHU - HUADQUIÑA</p> 	“Las características de este café están referidas principalmente a su fragancia, porcentaje de grasa, fibra y proteínas; así como por su sabor, aroma intenso, cuerpo denso, entre otras. Estas particularidades del café se deben a factores naturales de la zona y los factores propios de las técnicas de producción”.
<p>MACA JUNÍN– PASCO</p> 	“Se caracteriza por su sabor dulce, olor fuerte y alto valor nutritivo, por la gran cantidad de minerales que posee, gracias a las condiciones naturales de la zona, como son el frío extremo, la humedad y las lluvias; así como a factores humanos, como las prácticas ancestrales de siembra y cosecha de los agricultores de ambas regiones”.

316

¿Por qué es importante la promoción de las denominaciones de origen? La respuesta radica en que, siendo productos únicos, irrepetibles en otros países y, generalmente de una calidad especial, se convierten en interesantes objetos de comercialización tanto al interior como al exterior del país. De esta manera, se transforman en instrumentos para el desarrollo rural.

Nótese que la mayoría de denominaciones de origen peruanas están vinculadas con alimentos, con lo cual nuestra gastronomía puede también marcar diferencias con las de los otros países cuando ofrecen sus productos en el competitivo mercado internacional. Asimismo, pensando en la importancia

³¹⁶ La elaboración del cuadro se realizó en base a las siguientes fuentes (imágenes y textos):
http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/14/jer/guias_informativas/do_sep.pdf
http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=11&JER=377
http://www.exportando-peru.com/Tips-Exportador/1337/9/Cafe_de_Machu_Picchu_obtiene_certificacion-.html
<http://www.andina.com.pe/Espanol/Noticia.aspx?Id=yBWbO1qiJoY=>
<http://tragosybebidas.com/t/pisco/>
<http://www.pymex.pe/noticias/134-productos-estrella/7741-ceramica-de-chulucanas.html>

del turismo gastronómico para nuestro país, bien podrían convertirse los centros de producción en zonas para visitar y degustar nuestros productos.

En este punto, suscribimos lo señalado por Silvia Abello Restrepo, en el Simposio de Denominaciones de Origen, cuando señala que *“la biodiversidad que existe en la Comunidad Andina, así como los conocimientos tradicionales aportados por las comunidades indígenas y locales de nuestros países, dan una idea del gran potencial que tenemos en la explotación de las denominaciones de origen”*³¹⁷.

En efecto, de acuerdo a las últimas noticias, en Perú se han incrementado el valor y la cantidad de exportaciones de productos que constituyen denominaciones de origen:

“Un título no lo es todo, pero ayuda mucho. Es que, además de la gran diversidad de productos naturales que posee el país, había que encontrar la manera de que ese abanico –o, al menos, una parte de él– fuera único en el mundo. Por eso, el Gobierno decidió aplicar la denominación de origen, una herramienta que permite darle a la producción nacional el estándar de calidad para conquistar a los consumidores locales y extranjeros.

El director de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, Luis Torres, comentó que uno de los principales beneficios que ha brindado este título es el aumento de los envíos al exterior. “En la mayoría de los casos, el volumen de las exportaciones ha crecido hasta en un 50% pues se les otorga un valor agregado que difícilmente otro producto puede lograr”, manifestó.

(...) pero no solo se trata de vender más, sino de que el valor se incremente. La directora de Signos Distintivos del Indecopi, Patricia Gamboa, informó que tener distinción hace que la cotización sea más elevada. “Vemos el caso del pisco: su precio ha subido hasta en 200%

³¹⁷ Abello Restrepo, Silvia. El futuro de las denominaciones de origen en la Comunidad Andina. Simposio de Denominaciones de Origen. Lima, Perú, 11 y 12 de enero de 2006. http://www.comunidadandina.org/propiedad/silvia_abello.pdf (04/04/2010)

desde que se le otorgó la denominación de origen en el año 2000”, aseguró.

El titular del Comité de Pisco de la Asociación de Exportadores (ADEX), José Miguel Poblete, refirió que ya son 400 los productores que han solicitado esta denominación pues “le pone un sello de calidad a la bebida”.

En tanto, y con el fin de obtener el máximo provecho, los productores de Café Machu Picchu-Huadquiña han decidido duplicar su producción, indicó el gerente general de la Junta Nacional del Café, Lorenzo Castillo. “Para 2012 tendremos un crecimiento de 20%, y en 2014 ya se habría duplicado la producción. Además, se puede hablar de un incremento de precios de hasta 30%”, comentó³¹⁸

4. La protección vía Represión de la Competencia Desleal

Finalizaremos la presente tesis abordando la protección que puede otorgar a la gastronomía el Derecho de Represión de la Competencia Desleal, que es el área que vigila que la competencia se realice a través del uso de comportamientos leales.

Antes de iniciar con el desarrollo de esta disciplina, estableceremos su relación con el Derecho de la Propiedad Intelectual.

Siguiendo a la doctrina española, podemos señalar que entre las normas que regulan la Propiedad Intelectual y las que reprimen la Competencia Desleal rige un principio de complementariedad relativa³¹⁹, es decir, la ley contra la Competencia Desleal complementa las leyes de Propiedad Intelectual, aunque la finalidad de estas disciplinas no sea idéntica³²⁰. Como pudimos apreciar

³¹⁸Fuente: <http://peru21.pe/noticia/836681/denominaciones-permiten-exportar-mas> (02/07/2011).

³¹⁹ Ver: Massaguer, José. “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”. Madrid: Civitas. 1999, p. 82

³²⁰ De acuerdo a José Massaguer “(...) los criterios de ilicitud tampoco son enteramente coincidentes (...) la protección de la propiedad industrial e intelectual se ha instrumentado a través de derechos de exclusión (...) de tal forma, el ilícito (...) ha quedado configurado como invasión en el ámbito de vigencia material, objetiva, espacial y temporal de un derecho subjetivo sobre un objeto (bien inmaterial) definido con precisión y en abstracto. En cambio, el acto de competencia desleal (...) resulta de la proyección sobre el caso de cláusulas generales más o menos abundantes en elementos fácticos indeterminados (implantación en el tráfico, reputación...), pero siempre necesitadas de la comprobación de que el

previamente, las marcas, las patentes, los diseños industriales y derechos de autor otorgan derechos de exclusiva³²¹. Por su parte, las normas de represión de la competencia desleal sancionan toda conducta que tenga por efecto el afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo³²².

Esta diferente finalidad hace que el Derecho de la Propiedad Intelectual se ocupe de proteger al titular de derechos vigentes sobre un signo u obra frente a usos no autorizados o registros incompatibles³²³, mientras que el Derecho de la Represión de la Competencia Desleal se enfoca en todos los comportamientos, contrarios a la buena fe, que afecten o sean susceptibles de afectar el mercado³²⁴. En consecuencia, el Derecho de la Propiedad Intelectual protege directamente el interés de titular del derecho y, como las creaciones abordadas por esta disciplina influyen en el desarrollo del mercado, indirectamente también se protege el sistema económico. Por su parte, en el Derecho de la Represión de la Competencia Desleal, el interés directo está en proteger el mercado (a través de los intereses de los empresarios, consumidores y del Estado³²⁵) pero el interés indirecto será reforzar la protección de los derechos de propiedad intelectual (sin generar incongruencias o superposiciones entre ambas disciplinas)³²⁶.

resultado ilícito (confusión, aprovechamiento indebido...) se ha producido en efecto o, de haber tenido la conducta enjuiciada la ejecución o difusión precisa, se habría producido. El ilícito de competencia desleal posee, en este sentido, una naturaleza concreta o fáctica. Fuente: Massaguer, José. “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”. Op. cit. p. 83.

³²¹ Para las marcas, patentes, diseños y demás elementos del Derecho de la Propiedad Industrial, dicha finalidad se encuentra contemplada en el artículo 6 del Decreto Legislativo 1075. En el caso del Derecho de Autor, la exclusividad se ha recogido en el artículo 10 del Decreto Legislativo 822.

³²² Así lo establece en su artículo 1 el Decreto Legislativo 1044.

³²³ Siguiendo a Juan Pablo Schiantarelli y Montiano Monteagudo, si nos concentramos solamente en el Derecho de la Propiedad Industrial, además de la protección del titular, otra finalidad consiste en garantizar la seguridad jurídica en base al sistema registral y, en el caso específico de los signos distintivos, un objetivo es favorecer la implantación de los signos en el mercado. Fuentes: Monteagudo, Montiano. “La protección de la marca renombrada”. Civitas, Madrid, 1995, p.137 y Schiantarelli, Juan Pablo. “El Decreto Legislativo No. 1044 y el conflicto de competencia al interior del Indecopi en torno a los actos de competencia desleal relacionados con la propiedad industrial”. En: Revista Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica, Lima. Tomo 176, julio 2008, p. 48.

³²⁴ Ver el artículo 6 del Decreto Legislativo 1044.

³²⁵ Esto es lo que se conoce como el Modelo Social de Competencia, donde se toma en cuenta el interés de los principales agentes económicos. Ver: Menéndez, Aurelio. “La Competencia Desleal”. Madrid. Editorial Civitas, 1988, pp. 28-29.

³²⁶ Apoya este último punto José Massaguer, cuando indica “(...) el Derecho contra la competencia desleal se presenta en la práctica como un indudable motor de expansión y refuerzo de la protección que dispensan los derechos de propiedad industrial e intelectual, en la medida de que permite llevarla a aspectos en principio ajenos a su ámbito objetivo o a su alcance material (de hecho no son pocas las huellas dejadas en las leyes de propiedad industrial e intelectual por los avances jurisprudenciales

Para la industria gastronómica, consideramos que el área de represión de la competencia desleal ofrece instrumentos útiles para la protección de las creaciones culinarias a través de las sanciones a: los actos de confusión; el aprovechamiento indebido de la reputación ajena y el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.

4.1 Sanciones a los actos de confusión

De acuerdo al artículo 9 del Decreto Legislativo No. 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, los actos de confusión son aquellos que *“tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, las prestaciones o los productos propios, de manera tal que se considere que estos poseen un origen empresarial distinto al que realmente les corresponde. Los actos de confusión pueden materializarse mediante la utilización indebida de bienes protegidos por las normas de propiedad intelectual”*.

¿Qué involucra la confusión? Esencialmente, se refiere a la posibilidad de que el consumidor atribuya un origen empresarial equivocado. En tal sentido, de acuerdo a la doctrina extranjera³²⁷, existen las siguientes modalidades de confusión, originadas en el Derecho marcario, pero aplicables a la confusión desleal:

Confusión en sentido estricto.- En este caso el consumidor cae en un error en cuanto a la identidad de la empresa que brinda el bien o servicio. A su vez, esta categoría se subdivide en:

- Inmediata o Directa.- En este nivel, la confusión se da entre los propios signos pues guardan mucha semejanza o identidad. Por ejemplo, Inca Kola vs. Inka Cola
- Mediata o Indirecta.- En este supuesto no ocurre confusión entre los signos, pues el consumidor advierte que son diferentes, pero el parecido

habidos en competencia desleal), siempre con el límite de la congruencia sistemática”. Fuente: Massaguer, José. “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”. Op. cit. p. 85.

³²⁷ Fuente: Portellano Diez, Pedro. “La imitación en el derecho de la competencia desleal”. Madrid: Civitas, 1995. pp 268 – 269.

entre ambos le hace creer al público que los bienes o servicios provienen de la misma empresa³²⁸. Por ejemplo, Red Bull vs. Blue Bull.

Confusión en sentido amplio.- Cuando el consumidor identifica que está ante bienes o servicios que provienen de empresas diferentes, pero asume equivocadamente que entre las empresas existe vinculación económica, comercial o de organización.

Riesgo de asociación.- Comprende al riesgo de confusión en sentido amplio y al riesgo de confusión indirecto o mediato.

Tanto la jurisprudencia de la Comunidad Andina como el INDECOPI emplean una división similar. En tal sentido, se considera que en la confusión un consumidor equivoca el origen empresarial del producto o servicio, ya sea porque yerra en la elección de uno por otro³²⁹ (confusión directa) o porque, pese a diferenciar los productos y servicios, asume que provienen de la misma empresa³³⁰ (confusión indirecta)³³¹. El riesgo de asociación tiene lugar cuando los consumidores pueden diferenciar los bienes, servicios o establecimientos de una empresa frente a los de otra; así como el origen empresarial distinto, sin embargo, como consecuencia de la similitud entre algunos elementos que caracterizan las ofertas de ambos, consideran que entre estas empresas existe vinculación económica u organizativa, cuando en realidad dicha vinculación no existe³³².

³²⁸ Las diferencias pueden ser falsamente atribuidas a la modernización del producto conocido previamente, a que se trata de un nuevo miembro de la familia de productos o a que los productos proceden de diferentes sucursales. Fuente: Portellano Diez, Pedro. “La imitación en el derecho de la competencia desleal”. Madrid: Civitas, 1995. pp 268.

³²⁹ Por ejemplo, un consumidor puede equivocarse con las marcas **CERONA** y **CORONA** para identificar cervezas (confusión directa).

³³⁰ Por ejemplo, un consumidor puede pensar que las marcas *Nescookie* para galletas y *Nescafé* para café, aunque identifican productos de distinta naturaleza, son ambos elaborados por la empresa Nestlé (confusión indirecta).

³³¹ La definición de confusión directa e indirecta puede encontrarse en el Proceso 24-IP-2009 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

³³² La definición de riesgo de asociación se señala en el Proceso 70-IP-2008 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Tal como señala el artículo 9 del Decreto Legislativo 1044, la confusión desleal puede involucrar bienes protegidos por la Propiedad Intelectual³³³ (por ejemplo, marcas) pero no debe entenderse esta referencia como la posibilidad de denunciar un mismo hecho (por ejemplo, el uso del mismo signo) antes dos disciplinas diferentes.

Precisamente, debido a la diferente finalidad de las áreas, la confusión en el terreno marcario y la confusión desleal se centran en aspectos distintos. La confusión en el terreno marcario se enfoca principalmente en analizar la identidad o semejanza de los signos en conflicto así como la similitud o identidad de los productos o servicios³³⁴. Otros factores, como los canales de comercialización y el grado de atención que prestan los consumidores dentro del sector pertinente, también son tomados en cuenta, porque pueden incrementar el riesgo de confusión, pero no constituyen los elementos de mayor importancia porque el análisis se da más en abstracto, privilegiando cómo figura el signo en el registro³³⁵.

Por el contrario, para la confusión desleal, aunque también se verifica la similitud de los signos, cobran preeminencia los canales de comercialización, la atención del consumidor, la utilización o implantación de los signos en el

³³³ Como el artículo 9 del Decreto Legislativo 1044 hace referencia a “*bienes protegidos por normas de Propiedad Intelectual*” (al igual que el artículo 10, referido a aprovechamiento indebido de la reputación ajena), esto incluye, entre otras, la posibilidad de que existan actos desleales respecto de bienes tradicionalmente asociados con el Derecho de Autor. Aunque consideramos poco probable que ocurran estos conflictos, siguiendo las reflexiones de Massaguer sobre los artículos 6, 11 y 12 de la Ley de Competencia Desleal de España (Ley 3/1991), en nuestra opinión, serían sancionables en Perú, por infracción a las normas de competencia desleal (confusión y aprovechamiento de la reputación ajena):

- a) La reproducción del título ajeno de una obra.- Cuando el título pionero no cumpla con ser original (según el Derecho de Autor) ni se encuentre registrado como signo distintivo, y el título/copia sea susceptible de generar confusión en el origen (pudiendo haberlo evitado), debido a la implantación que el título pionero tiene en el tráfico comercial.
- b) Aprovechamiento de la reputación del título ajeno de una obra.- Cuando el título no cumpla con ser original (según el Derecho de Autor) ni se encuentre registrado como signo distintivo, y el título/copia sea susceptible de generar el aprovechamiento de la reputación (pudiendo haberlo evitado) debido a la implantación que el título pionero tiene en el mercado.

Fuente: Massaguer, José. Op. cit. pp202-203; 335- 361 y 362- 382.

Cabe mencionar que en estos casos sería competente la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal y no la Dirección de Derechos de Autor.

³³⁴ Monteagudo, Montiano. “El riesgo de confusión en derecho de marcas y en derecho contra la competencia desleal”. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XV.1993. Nota al pie 83.

³³⁵ Fernández –Nóvoa, Carlos; José Manuel Otero Lastres y Manuel Botana Agra. “Manual de la Propiedad Industrial”. Marcial Pons: Madrid, 2009, p. 581.

mercado, el precio, entre otros elementos relacionados con el comercio, para reforzar, debilitar o eliminar la existencia de riesgo de confusión³³⁶.

Habiendo sido señalados los diferentes enfoques en la confusión desleal y en la confusión marcaria, antes de delimitar los supuestos de aplicación de cada una de las disciplinas, es importante indicar qué autoridad es la competente para resolver los conflictos que versen sobre estas materias.

Debido a que los actos de confusión pueden involucrar signos distintivos inscritos o no inscritos, se ha establecido que las autoridades competentes para analizar un caso que involucre actos de competencia desleal y signos distintivos será la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI o la Dirección de Signos Distintivos del INDECOPI. Específicamente, el Decreto Legislativo No. 1075³³⁷, en su artículo 98, nos indica los criterios para determinar qué órgano del INDECOPI será el competente:

Decreto Legislativo 1075. Artículo 98.- Competencia desleal

“Las denuncias sobre actos de competencia desleal, en las modalidades de confusión y explotación de la reputación ajena, que estén referidos a algún elemento de la propiedad industrial inscrito, o a signos distintivos notoriamente conocidos o nombres comerciales, estén o no inscritos, serán de exclusiva competencia de la autoridad nacional competente en materia de propiedad industrial, según corresponda, siempre que las referidas denuncias sean presentadas por el titular del respectivo derecho.

Serán igualmente de competencia de los órganos de propiedad industrial, las denuncias sobre actos de competencia desleal, en las modalidades de confusión y explotación de la reputación ajena, que comprendan elementos de propiedad industrial y elementos, que sin

³³⁶ Monteagudo, Montiano. “El riesgo de confusión en derecho de marcas y en derecho contra la competencia desleal” Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XV.1993. Base de datos vLex (no figuran las páginas en la fuente).

³³⁷ Dispositivo legal que complementa la Decisión 486 en materia de Propiedad Industrial.

constituir derechos de propiedad industrial, estén relacionados con el uso de un elemento de propiedad industrial.”

De manera concordante con lo anterior se pronuncia la Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1044, señalando:

“QUINTA.- Actos de competencia desleal vinculados a la afectación de derechos de propiedad intelectual.-

La competencia administrativa para la aplicación de esta Ley en la determinación y sanción de actos de competencia desleal en la modalidad de actos de confusión y actos de explotación indebida de la reputación ajena que se encuentren vinculados a la afectación de derechos de propiedad intelectual se encuentra asignada a la Comisión de Propiedad Intelectual correspondiente, conforme lo indique la legislación especial en dicha materia, y únicamente si la denuncia de parte fuera presentada por el titular del derecho o por quien éste hubiera facultado para ello”.

Como podemos apreciar, en términos generales, la inscripción de un signo distintivo, salvo las excepciones mencionadas, es uno de los elementos más importantes para determinar qué órgano del INDECOPÍ es competente para analizar un caso de competencia desleal que involucre actos de confusión (o aprovechamiento indebido de la reputación ajena)³³⁸.

³³⁸ Dado el fraseo que tiene el artículo 98 del Decreto Legislativo 1075 si nos encontramos ante una confusión desleal o un aprovechamiento indebido de la reputación ajena (en el ámbito desleal) respecto de una patente o un diseño industrial inscrito (concedido), en lugar de la Dirección de Signos Distintivos, es competente la Dirección de Inventiones y Nuevas Tecnologías.

Respecto a estos conflictos, en vista de que los artículos 9 y 10 del Decreto Legislativo 1044 hacen referencia a *“bienes protegidos por las normas de propiedad intelectual”* y, tomando como referencia los comentarios de Massaguer a las infracciones contempladas en el artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal de España (Ley 3/1991), en nuestra opinión, serían sancionables en Perú, por infracción a las normas de competencia desleal en las modalidades de confusión y aprovechamiento de la reputación ajena:

- a) La reproducción de creaciones técnicas o estéticas que generen en el consumidor un error en el origen empresarial.- Habrá deslealtad cuando el riesgo de error haya podido evitarse (por ejemplo colocando un signo distintivo); los elementos copiados cumplan con diferenciar a la creación primigenia del resto de su misma naturaleza (singularidad competitiva) y la creación se haya implantado en el tráfico comercial.
- b) La reproducción de creaciones técnicas o estéticas que conlleven un aprovechamiento indebido de la reputación ajena.- En este caso la copia se realiza para penetrar en un segmento de mercado distinto del correspondiente a la creación primigenia; los elementos reproducidos deben poseer singularidad competitiva y la creación pionera debe tener, en el tráfico comercial, una calidad superior al promedio. Asimismo, este aprovechamiento debe ser evitable (por ejemplo,

En consecuencia, tomando en cuenta los diferentes enfoques y finalidades de las disciplinas, así como la forma en que se atribuyen las competencias, podemos señalar los siguientes supuestos³³⁹:

- a) Si nos encontramos ante un signo simplemente usado en el mercado (supuestamente infractor) en conflicto por identidad o semejanza con un signo inscrito³⁴⁰ (por ejemplo, una marca) será competente para resolver la Dirección de Signos Distintivos, empleando las normas que son propias de esta disciplina (confusión marcaría)³⁴¹.
- b) Si estamos frente a un signo simplemente usado en el mercado (supuestamente infractor) en conflicto por identidad o semejanza con otro signo usado en el mercado, pero no inscrito, es competente la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, empleando la norma de confusión desleal (artículo 9 del Decreto Legislativo 1044)³⁴².
- c) En el caso descrito en (a), puede ocurrir que, además de existir un signo simplemente usado (supuestamente infractor), el denunciado emplee otros elementos accesorios que no constituyan derechos de exclusiva ni entren en conflicto directo con el signo inscrito y, sin embargo, tales elementos se relacionen con la forma de utilizar el signo inscrito, de

apartándose de los rasgos peculiares que se relacionen con la reputación ajena) y la protección se dará solo por el tiempo que la creación pionera incorpore fama o prestigio.

Fuente: Massaguer, José. Op. cit. pp.335-361.

³³⁹ Estos mismos cuatro supuestos se aplicarían cuando el conflicto no versa sobre confusión sino sobre aprovechamiento indebido de la reputación ajena.

³⁴⁰ Recordemos que no se exige inscripción para el caso de marcas notorias ni tampoco para los nombres comerciales. En estos casos siempre es competente la Dirección de Signos Distintivos.

³⁴¹ En el área de signos distintivos se cuenta con un procedimiento de acción por infracción de derechos (artículo 95 y siguientes del Decreto Legislativo 1075 y artículo 238 y siguientes de la Decisión 486) y, entre los actos considerados ilícitos por no contar con autorización del titular, se encuentra la confusión, es decir, el *“usar en el comercio un signo idéntico o similar a la marca respecto de cualesquiera productos o servicios, cuando tal uso pudiese causar confusión o un riesgo de asociación con el titular del registro. Tratándose del uso de un signo idéntico para productos o servicios idénticos se presumirá que existe riesgo de confusión”* (Decisión 486, artículo 155 inciso d)

³⁴² Siguiendo a Massaguer, podemos señalar las siguientes condiciones que deben ser cumplidas por una marca no inscrita cuando se alega la existencia de un riesgo de confusión desleal frente a otra marca no inscrita: a) la marca no inscrita que reclama protección debe haber sido utilizada con anterioridad a la supuestamente infractora y dicho uso debió realizarse en el ámbito material (productos o servicios) y territorial (mercado geográfico) en el que se produce el conflicto; b) debe tratarse de un signo que reúne las condiciones para ser protegida por el sistema de marcas (distintividad y representación gráfica) y c) la marca no inscrita debe haber alcanzado un mínimo grado de implantación y reconocimiento en el mercado que posibilite la existencia de riesgo de confusión. Fuente: Massaguer, José. Op. cit. p. 189.

modo que puedan dificultar la correcta identificación del origen empresarial³⁴³. En este supuesto, la Dirección de Signos Distintivos es competente para analizar la denuncia, pero aplicará las normas de confusión marcaria para la parte referida al signo usado contra el signo inscrito y, las normas de confusión desleal para la parte referida a los elementos adicionales³⁴⁴.

- d) Si la denuncia solamente versa sobre estos elementos adicionales, ya que no se involucra directamente a un signo inscrito, será competente la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal empleando la norma de confusión desleal³⁴⁵.

Un tema importante que deseamos destacar es que, tal como lo señalan la definición de confusión en el artículo 9 del Decreto legislativo 1044 y el segundo párrafo del artículo 98 en el Decreto legislativo 1075, la confusión podría existir sin que necesariamente involucre elementos protegidos por Derechos de Propiedad Industrial, sino por otros elementos. Para aclarar más este supuesto haremos una breve referencia a la figura norteamericana del *trade dress*, también conocida como “presentación comercial” o “vestimenta del negocio”.

³⁴³ Un buen ejemplo de estos elementos adicionales (que podrían constituir *trade dress*) es el siguiente: “Así a manera de ejemplo supóngase el caso de un restaurante que no sólo copia el nombre de otro (elemento registrado) sino adicionalmente el diseño de su interior, la distribución de mesas, la vestimenta de sus meseros, los colores de sus manteles, su vajilla y utensilios y demás elementos no registrados que lo caracterizan e individualizan en la mente de los consumidores. La concepción que subyace es que la imitación de los elementos no registrados refuerza la confusión que se pretende realizar usurpando un elemento registrado, razón por la cual los primeros deben seguir la suerte del principal”. Fuente: Bullard Alfredo y Carlos Patrón: “El otro poder electoral: apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal”. En: Themis, No. 39, Lima 1999. p. 446.

³⁴⁴ Este razonamiento se desprende de lo resuelto en los siguientes procedimientos seguidos ante la Dirección de Signos Distintivos y la Sala de Propiedad Intelectual: Expediente No. 343572-2008; Expediente No. 386236-2009 y Expediente No. 407400-2009. En estos casos, se denunció una infracción a un signo inscrito y también actos de competencia desleal en la modalidad de confusión, pero no fue amparada la denuncia respecto a la confusión desleal debido a que todo el ilícito podía resolverse en base al signo inscrito vulnerado, es decir, en palabras del INDECOPI, no se encontraban involucrados elementos adicionales que identifiquen a la accionante en el mercado.

³⁴⁵ En realidad, este es el mismo supuesto descrito en b), pero hay que tomar en cuenta que los elementos adicionales pueden estar compuestos por signos no inscritos, pero inscribibles, así como por elementos que no pueden contar con derechos de exclusiva.

Apuntes sobre el *trade dress*

En el derecho norteamericano, el *trade dress* se encuentra comprendido por la Lahman Act³⁴⁶ que versa sobre la protección de las marcas.

Los límites de esta herramienta no son muy claros, pero siguiendo a McCarthy, podemos definir al *trade dress* como el conjunto total de elementos que integran un producto o servicio, de modo tal que su combinación genera un aspecto visual que es captado por los consumidores³⁴⁷.

El *trade dress* puede incluir la imagen empresarial, es decir, el estilo comercial de toda la compañía, manifestado en diferentes aspectos del producto o servicio comercializado, entre ellos, el diseño, la forma, tamaño, color, textura, gráficos, uniformes, envolturas, embalajes, la forma de los edificios, la disposición de los cubiertos, la disposición de los elementos en una etiqueta; las técnicas de ventas³⁴⁸ y; cualquier otro elemento que identifique visualmente al producto o servicio.

Para obtener protección en Estados Unidos de Norteamérica, el *trade dress* debe cumplir con ser distintivo (inherentemente distintivo o por la vía del *secondary meaning*) y, además, no ser funcional, es decir, que la apariencia no sea esencial para el uso o propósito del producto, no lo mejora técnicamente ni reduce sus costos de fabricación³⁴⁹.

³⁴⁶ Section 43(a) of the Lanham Act:

"Any person who, in connection with any goods or services [...] uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which--(A) is likely to cause confusion, or to mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person or --(B) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities, shall be liable in civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act."

³⁴⁷ McCarthy, J. Thomas. "Trademarks and unfair competition" New York : Clark Boardman Callaghan, Vol 1. 1992. § 8.01[2], at 8-5 to 8-8

³⁴⁸ Pérez Suárez, Marlen C.. "El *trade dress*. Un acercamiento a su figura". Oficina Cubana de la Propiedad Intelectual (OCPI) 2010. <http://www.ocpi.cu/doc/evento/Marcas10Confe/tradedress.pdf> (consulta: 02/02/2011).

³⁴⁹ Golden, Robert B. "Trade Dress--The Forgotten Trademark Right". <http://library.findlaw.com/1999/Jul/1/128357.html> (consulta: 27/06/2011).

En lo que se refiere a los procesos en los que se ha discutido la protección del *trade dress*, nos interesan dos por su vinculación con la industria gastronómica:

➤ Caso Two Pesos, Inc. vs. Taco Cabana, Inc.³⁵⁰

En este caso, resuelto en el año 1992, y que llegó a ventilarse ante la Suprema Corte de EE.UU., se discutía la apariencia de restaurantes de comida mexicana.

En 1987, Taco Cabana, una empresa de comida mexicana, demandó a Two Pesos por infracción de *trade dress* luego de que Taco Cabana intentó expandir su negocio e ingresar al mercado de Houston. Two Pesos, a través de su dueño Marno McDermot, ya se había instalado en Houston con un negocio muy similar.

De acuerdo a Taco Cabana, Two Pesos se había copiado su estilo, un ambiente festivo para comer con un comedor interior y las zonas del patio decoradas con artefactos, colores brillantes, pinturas y murales. El patio incluía áreas interiores y exteriores, con el patio interior capaz de ser aislado del patio exterior por las puertas encima de la cochera. El exterior del edificio empleaba colores muy vivos y festivos, ocurriendo lo mismo con los toldos y sombrillas. Asimismo, demandó que Two Pesos había copiado el concepto de un servicio de 24 horas en el patio-café, arquitectura similar, cocinas abiertas y a la vista, así como menús similares.

El proceso se resolvió a favor de Taco Cabana, ordenándose a Two pesos el cambiar la apariencia de sus restaurantes existentes y futuros para evitar la confusión con los del denunciante. Se le ordenó también colocar un cartel en sus locales que indicara que Two Pesos había copiado a Taco Cabana. Los cambios nunca se llegaron a

³⁵⁰ Two Pesos, Inc. vs. Taco Cabana, Inc., 505 U.S. 763, 773, 112 S. Ct. 2753, 120 L. Ed. 2d. 615. Supreme Court of USA. No. 91-971 (1992)

realizar, pues Two Pesos fue vendido a Taco Cabana al año siguiente³⁵¹.



352



353

➤ Caso Powerful Katinka, Inc. vs. McFarland³⁵⁴

En este proceso judicial del año 2007, Rebecca Charles, dueña y chef del Pearl Oyster Bar demandó a uno de sus ex chefs, Edward McFarland, señalado que habían copiado ilícitamente su menú, recetas y presentación de platillos al abrir su propio negocio: Ed's

³⁵¹ Fuente: http://findarticles.com/p/articles/mi_m3190/is_n4_v27/ai_13396297/ (consulta: 23/05/2011).

³⁵² Fuente: <http://www.complexip.com/resources/patent-and-trademark-library/> (consulta: 14/05/2011).

³⁵³ Ibid.

³⁵⁴ Powerful Katinka, Inc. v. McFarland, 2007 WL 2064059 (S.D.N.Y. 2007) (No. 07 CV 6036).

Lobster Bar. Se alegó que la copia había incluido su receta especial para la ensalada César, platillo característico del Pearl Oyster Bar.



355



356

Rebecca Charles solicitaba la protección por *trade dress* de su restaurante, es decir, de todo su negocio³⁵⁷ y no solamente por su tipo de comida, pero la disputa culminó con un acuerdo extrajudicial secreto en 2008³⁵⁸.

³⁵⁵ Pearl Oyster Bar. Fuente: <http://www.interiuris.com/blog/?p=343> (consulta: 12/11/2011).

³⁵⁶ Ed's Lobster Bar. Fuente: <http://www.interiuris.com/blog/?p=343> (consulta: 12/11/2011).

³⁵⁷ Además del menú y el aliño de la ensalada, se alegó la copia de la barra de mármol blanco, la pintura gris del revestimiento de los paneles de madera, las sillas y bancos con el mismo respaldo de paja, los paquetes de galletas saladas de ostras colocadas en cada mesa. Fuente:

http://www.nytimes.com/2007/06/27/nyregion/27pearl.html?pagewanted=1&_r=1 (consulta: 12/11/2011).

³⁵⁸ Fuente: <http://www.nytimes.com/2008/04/19/nyregion/19suit.html> (consulta: 15/07/2011).

En Perú, algunos aspectos del *trade dress* pueden protegerse registrándose como marcas mixtas, figurativas, marcas tridimensionales o marcas de combinaciones de colores para proteger las formas y coloraciones. Asimismo, otra posibilidad es que sus componentes sean protegidos a través de Diseños Industriales o por Derechos de Autor, si es que cumplen con las disposiciones que estas disciplinas contemplan.

No obstante lo anterior, hay elementos que, aunque constituyan *trade dress*, no son susceptibles de protección como marcas, diseños ni obras, tal como sucede con el tamaño de los envases³⁵⁹.

En tal sentido, cuando la presentación comercial o vestimenta del negocio es copiada y sobre sus componentes no recaen derechos de exclusiva, cabe la posibilidad de acudir al Derecho de Represión de la Competencia Desleal³⁶⁰ a través de los artículos que reprimen la confusión desleal y el aprovechamiento indebido de la reputación ajena³⁶¹.

Posiblemente, hasta la fecha, el caso más importante en nuestro país, relativo a la protección de elementos que no constituyen propiedad industrial, fue el seguido entre BEMBOS S.A.C. (en adelante, Bembos) contra RENZO'S POLLERÍA RESTAURANT SNACK S.R.L. (en adelante, Renzos)³⁶²

En el mencionado proceso, Bembos denunció a Renzo's por competencia desleal en la modalidad de actos de confusión y aprovechamiento de la reputación ajena, debido a que el local de esta última, ubicado en el distrito de

³⁵⁹ El ejemplo respecto a que el tamaño de los envases no se puede registrar como marca se encuentra en Jalife Daher, Mauricio. "El uso virtual de marcas y la marca virtual". p. 7 <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/164/27.pdf> (consulta: 19/06/2011).

³⁶⁰ La autoridad competente será la Dirección de Signos Distintivos o la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal, dependiendo de si la supuesta infracción de los elementos que configuran el *trade dress* se relacionan o no con al uso de un signo distintivo inscrito.

³⁶¹ Consideramos posible que los elementos que componen el *trade dress*, sin generar un supuesto de confusión desleal ni aprovechamiento indebido de la reputación ajena, sí sean capaces de constituir un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno (sancionable vía cláusula general), siempre que cumplan con los criterios que desarrollamos más adelante en la tesis (ruptura del *par conditio concurrentium*; desincentivo de posteriores iniciativas; copia literal, automática e inmediata de un objeto y ahorro de costos significativos que impliquen que el pionero no puede recuperar los importantes costos que supone su inversión).

³⁶² Resolución No. 1091-2005/TDC-INDECOPI de fecha 5 de octubre de 2005. Expediente No. 104-2004/CCD.

San Juan de Miraflores, contaba con una estructura casi idéntica a los locales de Bambos. Entre otras similitudes, podemos mencionar que Renzo's empleaba los colores rojo, amarillo, azul y las combinaciones de éstos, así como las mismas figuras geométricas de las paredes externas de los locales; también utilizaba ventanas circulares y rectangulares con la misma disposición que las utilizadas por Bambos. Estas semejanzas no se restringían al aspecto exterior del local, sino que incluían el mismo diseño de interiores, específicamente, la disposición y color del mobiliario, luminaria, pisos y decoración en general³⁶³.

Renzo's señaló en sus descargos que no existía confusión debido a que era una pollería, sin que hubiera incursionado al rubro de Bambos, es decir a la venta de hamburguesas. Asimismo, la empresa denunciada indicó que sus públicos objetivos eran de diferentes sectores económicos, pues Bambos solamente atendía a la clase media y alta. Finalmente, precisó que el diseño de su local respondía a una tendencia moderna y actual en el que primaban los colores fuertes para captar la atención del público, siendo legítimo la imitación de iniciativas empresariales en la medida que no afecten derechos de exclusiva ni obstaculicen la permanencia de los competidores en el mercado, remarcando que Bambos no poseía derechos de exclusiva sobre los colores empleados.

³⁶³ Los elementos externos denunciados fueron: 1) Uso y distribución de los colores amarillo, azul y rojo en la fachada. 2) Uso de figuras geométricas de color gris oscuro en mayólicas de color plomo claro ubicadas en la parte baja de la estructura del local. 3) Ventanas circulares ubicadas en las paredes pintadas de color amarillo. 4) Ventanas rectangulares ubicadas en las paredes pintadas de color rojo.

Por su parte, los elementos internos denunciados fueron: 1) Focos circulares incrustados en el techo, ubicados de forma lineal y continua. 2) Lámparas colgantes de color blanco y de estructura metálica de color negro, suspendidas exclusivamente sobre mesas con asientos tipo banca. 3) La forma y colores de las sillas, bancas, mesas y colectores de basura, así como su respectiva ubicación. 4) Cuadros abstractos. 5) El diseño y color del piso. 6) Distribución de colores en las columnas, paredes y techo.



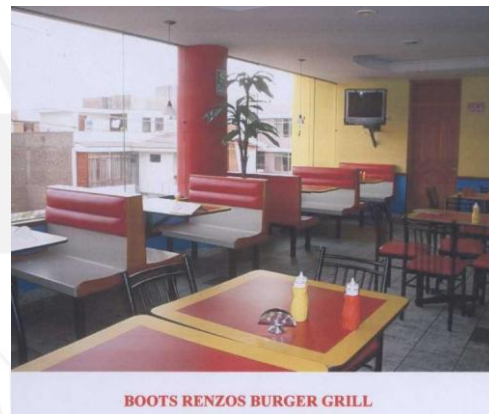
LOCAL BEMBOS



FACHADA RENZOS BURGER GRILL



SALON BEMBOS



BOOTS RENZOS BURGER GRILL

El proceso se resolvió a favor de Bembos tanto por la Comisión de Represión de Competencia Desleal³⁶⁴ (Primera Instancia Administrativa) como por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI (Segunda Instancia Administrativa), quienes declararon fundada la denuncia por actos desleales de confusión y aprovechamiento de la reputación ajena.

El caso dio origen a un precedente de observancia obligatoria en cual se establecieron las siguientes pautas sobre la protección de elementos que no constituyen propiedad industrial³⁶⁵:

“5. Finalmente, a efectos de evaluar si se produce un acto de confusión respecto de elementos sobre los que no recae derecho de propiedad intelectual alguno, la autoridad administrativa, para determinar si un concurrente ha infringido el “deber de

³⁶⁴ Hoy denominada, Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal.

³⁶⁵ El precedente fue dado bajo la normativa anterior al Decreto Legislativo 1044, con lo cual ya no se encuentra vigente. Sin perjuicio de ello, sus consideraciones son una fuente inspiradora para resolver futuros casos.

diferenciación” que le es exigible, debe evaluar fundamentalmente que los signos, presentación y/o apariencia general de los bienes, servicios o establecimientos que corresponden al concurrente presuntamente afectado por la imitación, cuando menos:

- i) sean capaces individualmente o en conjunto de generar un efecto identificador del origen empresarial y diferenciador de la oferta de este concurrente frente a los demás concurrentes en el mercado;*
- ii) no sean una respuesta a necesidades propias de la actividad económica que este concurrente realiza;*
- iii) no sean un estándar en el mercado; y,*
- iv) conformen una apariencia que pueda ser evitada por los demás concurrentes sin incurrir en elevados costos de diferenciación.”*

Si bien coincidimos respecto a la deslealtad del comportamiento, podemos realizar las siguientes críticas respecto al análisis del caso y las pautas establecidas:

- a) Aparentemente, la autoridad no verificó en el presente caso la inexistencia de signos distintivos inscritos (por ejemplo la combinación de colores). Tampoco parece haberse verificado si algunos de los elementos en conflicto (como la forma del mobiliario o los adornos) eran creaciones protegidas vía Diseños Industriales, Derechos de Autor o Patente de Modelo de Utilidad³⁶⁶. Consideramos que este análisis era importante para determinar al órgano competente.
- b) Respecto al análisis de la confusión desleal, nos encontramos de acuerdo en que estos elementos podían causar un riesgo de confusión indirecto o un riesgo de asociación, pero estimamos que habría sido bueno incluir, como parte de los criterios del Precedente de Observancia

³⁶⁶ Solo parece haberse requerido a las partes en conflicto que presenten información y documentación que acreditara a) la fecha en que iniciaron sus actividades; b) fecha en que implementaron la estructura y decoración; c) el volumen de ventas desde que implementaron la estructura y decoración hasta la notificación de esta resolución y c) los productos que comercializan.

Obligatoria³⁶⁷: verificar el grado de implantación de estos elementos en el comercio y, corroborar que el uso de los mismos haya sido previo al del infractor en el ámbito material y geográfico en el que se produce el conflicto³⁶⁸.

- c) Sobre el aprovechamiento indebido de la reputación ajena, a nuestro parecer, no se hizo un razonamiento adecuado, ya que prácticamente determinan la existencia del aprovechamiento indebido de la reputación ajena en base a la existencia de confusión. Siguiendo a Massaguer, somos de la opinión que debieron tomarse en cuenta y plasmarse como criterios: la existencia e intensidad de la reputación; la implantación del signo o elementos en el mercado; la inversión por lograr la reputación; la proximidad competitiva de los bienes o servicios y, que la conducta sea reprochable o indebida³⁶⁹.
- d) Por último, en este caso particular, aunque no formó parte de la denuncia, existió la posibilidad de que la reproducción de elementos como los adornos o muebles haya generado también un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno³⁷⁰.

4.2 Sanciones por aprovechamiento indebido de la reputación ajena

De acuerdo al artículo 10 del Decreto Legislativo No. 1044, la explotación indebida de la reputación ajena consiste en *“la realización de actos que, no configurando actos de confusión, tienen como efecto, real o potencial, el aprovechamiento indebido de la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional que corresponde a otro agente económico, incluidos los actos capaces de generar un riesgo de asociación con un tercero. Los actos de explotación indebida de la reputación ajena pueden*

³⁶⁷ Aunque no forman parte del Precedente de Observancia Obligatoria, sí se realizó el análisis de estos temas a lo largo del trámite.

³⁶⁸ Estos criterios provienen de Massaguer. Fuente: Massaguer, José. Op. cit. p. 189.

³⁶⁹ Fuente: Massaguer, José. Op. cit. pp. 368-372.

³⁷⁰ Como veremos más adelante, son criterios para determinar el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno: ruptura del *par conditio concurrentium*; desincentivo de posteriores iniciativas; copia literal, automática e inmediata de un objeto y; ahorro de costos significativos que impliquen que el pionero no puede recuperar los importantes costos que supone su inversión.

materializarse mediante la utilización de bienes protegidos por las normas de propiedad intelectual”.

Los actos de confusión normalmente ocurren respecto de negocios o marcas que gocen de cierto conocimiento o prestigio en el mercado. Como consecuencia, es muy común que un acto confusión también esté involucrando el aprovechamiento de la reputación de un tercero.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible que existan casos donde solamente se configure un aprovechamiento indebido de la reputación ajena, sin que exista confusión de por medio.

Por ejemplo, Kentucky Fried Chicken (KFC) es una reconocida franquicia que opera en Perú y que, desde hace mucho tiempo, utiliza al personaje del Coronel Sanders para promocionar su pollo frito, especialmente cuando hace referencia a su receta secreta para el pollo crujiente.

Pese a los cambios que la marca ha experimentado con el transcurso de los años, el personaje se ha mantenido asociado a la empresa. Entre sus principales logotipos, tenemos los siguientes:



371



372



373

Prestemos atención ahora al siguiente anuncio:

³⁷¹ Fuente: <http://www.brandsoftheworld.com/logo/kfc-logo> (consulta: 23/04/2011)

³⁷² Fuente: <http://www.brandsoftheworld.com/logo/kfc-kentucky-fried-chicken> (consulta: 23/04/2011)

³⁷³ Fuente: <http://www.brandsoftheworld.com/logo/kfc> (consulta: 23/04/2011)



374

En este supuesto, somos de la opinión que no ocurre un acto de confusión, pese a lo cual sí hay un aprovechamiento de la reputación de Kentucky Fried Chicken.

A continuación probaremos nuestra afirmación bajo cada uno de los tipos de confusión.

Como ya hemos mencionado previamente en esta investigación, la doctrina identifica un tipo de confusión como directa cuando el consumidor, debido a las similitudes de los productos o servicios, toma uno en lugar del otro³⁷⁵.

En el presente ejemplo, los signos distintivos Krunchy Chicken y Kentucky Fried Chicken, aunque guardan cierta similitud conceptual, no son lo suficientemente similares para que un consumidor acuda al local de Krunchy Chicken y piense que está por consumir un pollo de Kentucky Fried Chicken.

En cuanto a la confusión indirecta, es aquella en la cual el consumidor reconoce que los productos y servicios son diferentes, pero equivocadamente llega a creer que pertenecen a la misma empresa³⁷⁶.

³⁷⁴ Fuente propia. La fotografía se tomó hace varios años en el local de Supermercados Metro de la Avenida La Marina, específicamente, en su patio de comidas.

³⁷⁵ Proceso 24-IP-2009 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

³⁷⁶ Ibid.

¿Cabe la posibilidad en este ejemplo que el consumidor piense que se encuentra ante una versión más económica de KFC? Recordemos que no es inusual que las empresas cuenten con más de una marca para productos o servicios similares, pero que estén dirigidos a sectores socioeconómicos distintos. Como ejemplo podemos señalar a los supermercados Plaza Vea y Vivanda, ambas de la empresa Supermercados Peruanos S.A., siendo Vivanda la marca dirigida al sector económico con mayores recursos.

A nuestro parecer, si el anuncio solamente hubiera colocado la marca Krunchy Chicken, la confusión indirecta quizás habría sido posible de argumentar. Sin embargo, el anuncio contiene la frase “yo le enseñe la receta a mi marido” acompañado de la imagen de una persona mayor. Nuestra interpretación es que esta frase ayuda al consumidor a entender la rivalidad entre estas empresas, ya que la mencionada oración alude a que Krunchy Chicken tiene una calidad superior.

En consecuencia, como no es lógico que una empresa haga que sus propios productos compitan entre sí, esta frase descarta la posibilidad de confusión indirecta, porque el consumidor entenderá que se encuentran frente a productos que compiten, no a productos que provienen de una misma compañía.

¿Es posible entonces que sea un caso de confusión por riesgo de asociación? o, en otras palabras, ¿los consumidores podrían creer que entre Kentucky Fried Chicken Krunchy Chicken existe vinculación económica u organizativa?³⁷⁷ Tal como expresamos líneas atrás, a nuestro parecer, la frase “yo le enseñe la receta a mi marido” y la imagen de la ancianita denota competencia entre las

³⁷⁷ Cabe señalar que el riesgo de asociación mencionado en el artículo 10 del Decreto Legislativo 1044 no alude al riesgo de asociación que constituye una modalidad de confusión. No puede tratarse de lo mismo porque al iniciar el mencionado artículo 10 señala que el aprovechamiento indebido de la reputación ajena está compuesto por actos que no constituyan confusión. En realidad, cuando este artículo menciona al riesgo de asociación, la interpretación más coherente sugiere que se está refiriendo a lo que la doctrina española identifica como la utilización de términos o expresiones asociativas (tales como “tipo”, “clase”, “modelo”, “sistema”, etc.). Cuando se utilizan indebidamente signos distintivos ajenos acompañados de estas expresiones, no existe un riesgo de confusión porque los términos están precisando al consumidor que no se encuentra frente a las versiones más conocidas del producto o servicio, sino frente a imitaciones (en el sentido coloquial). No obstante la ausencia de confusión, sí puede ocurrir un aprovechamiento indebido de reputación ajena. Fuente: Massaguer, José. Op. cit. p. 373.

empresas, lo cual es inconsistente con la impresión de que se encuentran vinculadas.

Por los motivos antes expuestos, consideramos que no nos encontramos ante un riesgo de confusión en el presente ejemplo, pero sí ante un aprovechamiento de la reputación ajena.

En consecuencia, el aprovechamiento de la reputación ajena, esté o no vinculada a la confusión, es capaz de afectar a la industria culinaria.

4.3 Sanciones por aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno

A diferencia de los casos de confusión y aprovechamiento indebido de la reputación ajena, no se ha contemplado expresamente en nuestra legislación el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno. Por tratarse de un supuesto que no está contenido de manera detallada y específica en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, su existencia y aplicación a los procedimientos no ha estado exenta de críticas.

La base legal para el supuesto de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno se encuentra en el artículo 6 del Decreto Legislativo 1044, denominado como la Cláusula General.

“Artículo 6º.- Cláusula general.-

6.1.- Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten.

6.2.- Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado”

La cláusula general es una herramienta que existe para adecuar la legislación a los rápidos cambios en el mercado. Si solamente existiera un listado taxativo de conductas desleales, los nuevos comportamientos ilícitos no podrían ser sancionados.

En términos generales, en nuestro país, el uso de la cláusula general ha sido motivo de polémica en cuanto a su aplicación residual.

Por un lado, existe la postura de que la cláusula general debe emplearse solamente en los casos en los que no exista un tipo legal específico y expresamente contemplado en la Ley de Represión de la Competencia Desleal³⁷⁸. Esta postura aboga por una aplicación residual de la cláusula general y sus seguidores son Alfredo Bullard³⁷⁹, Huáscar Ezcurra³⁸⁰ y autores españoles como José Massaguer³⁸¹ y Aurelio Menéndez³⁸². Inspiración

Por otro lado, tenemos autores que afirman que la cláusula general constituye el tipo específico y expreso exigido para sancionar, con lo cual las conductas ilícitas detalladas en la ley solamente constituyen los ejemplos más comunes de infracción³⁸³. En tal sentido, por ejemplo, si se denunciara un acto de

³⁷⁸ Nos adscribimos a esta postura.

³⁷⁹ Podemos ver su postura en: Bullard González, Alfredo y Carlos Patrón Salinas. “El otro poder electoral: apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal”. En: Themis, No. 39, 1999, p. 442

³⁸⁰ Podemos ver su postura en: Ezcurra Rivero, Huáscar y Christian Chávez Verástegui. “La cláusula general prohibitiva” En: El Derecho de la Competencia Desleal. Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima 2007, p.115.

³⁸¹ Ver: Massaguer, José. Op. cit. pp.152-153

³⁸² Ver: Menéndez, Aurelio. “La Competencia Desleal”. Madrid: Civitas. 1988, p.156.

³⁸³ Como puede apreciarse, la discrepancia entre las posturas versa sobre: si solamente se debe utilizar la cláusula general para supuestos no contemplados en el listado de infracciones o, si debe emplearse siempre de manera conjunta con los artículos que recogen tipos específicos. Ya que ambas posiciones concuerdan en que el objetivo de la cláusula general es que se pueda aplicar para conductas no previstas expresamente por el legislador ¿cuáles son estos actos? Tomando como referencia los comentarios de Massaguer a las infracciones contempladas en el artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal de España (Ley 3/1991), en nuestra opinión, serían sancionables en Perú, por infracción a la cláusula general, entre otros:

- a) La reproducción de creaciones técnicas o estéticas que impliquen un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno (sus criterios de sanción se abordan más adelante en la tesis).
- b) La imitación sistemática de creaciones o iniciativas.- Es desleal cuando la copia (reiterada e inmediata) verse sobre creaciones o iniciativas novedosas (innovadoras y relacionadas) que le podrían brindar al pionero una ventaja competitiva y favorecer su afianzamiento en el mercado, de modo que se obstaculice al competidor, excediendo la normal respuesta del mercado a las innovaciones.

Fuente: Massaguer, José. Op. cit. pp. 335-361.

engaño, que está expresamente contemplado en la ley, la denuncia debería indicar que se está violentando la cláusula general en su modalidad de actos de engaño. Esta visión es defendida principalmente por Juan Francisco Rojas³⁸⁴ y Pierino Stucchi³⁸⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, en la Resolución No. 455-2004/TDC-INDECOPI³⁸⁶ referida a la denuncia entre el Estudio Caballero Bustamante S.R.L. (en adelante, el Estudio) contra el Instituto de Investigación el Pacífico E.I.R.L. (en adelante, el Instituto) se aplicó la cláusula general para sancionar un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.

En este procedimiento, el Instituto copió y difundió el informativo legal elaborado por el mencionado Estudio, ante lo cual este último interpuso una denuncia por actos de competencia desleal.

La copia había sido textual, incluyendo errores del material elaborado por el Estudio, pero es necesario destacar que, como la publicación copiada versaba sobre normas legales³⁸⁷, carecía de Derechos de Autor³⁸⁸.

Pese a no tener protección por este mecanismo, la Sala de Defensa de la Competencia, consideró que la conducta del Instituto era contraria a la buena fe comercial y, por tanto, este comportamiento no estaba amparado por el derecho a la libre imitación de las iniciativas empresariales contemplado en el artículo 4 del Decreto Ley 26122³⁸⁹.

³⁸⁴ Su postura puede verse en el precedente de observancia obligatoria de la Resolución No. 455-2004/TDC-INDECOPI (Expediente No. 32-2002/CCD, Estudio Caballero Bustamante contra el Instituto de Investigación el Pacífico) donde firma como Presidente de la Sala. También firmaron la mencionada Resolución los vocales Julio Durand Carrión, Luis Bruno Seminario De Marzi y Lorenzo Antonio Zolezzi Ibárcena.

³⁸⁵ Ver: Stucchi López Raygada, Pierino. “La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados”. En: Themis, No. 54, 2007, p. 290.

³⁸⁶ Expediente No. 32-2002/CCD, de fecha 10 de setiembre de 2004.

³⁸⁷ El artículo 9 del Decreto Legislativo 822 excluye de la protección por Derechos de Autor, entre otros, a los textos oficiales de carácter legislativo, administrativo o judicial.

³⁸⁸ De esta manera se resolvió el conflicto en la Resolución N° 914-2002/TPI-INDECOPI del 10 de octubre de 2002.

³⁸⁹ El Decreto Ley 26122 se encuentra actualmente derogado por el Decreto Legislativo 1044. El Artículo 4 del Decreto Ley 26122, señalaba “no se considerará como acto de competencia desleal la imitación de prestaciones o iniciativas empresariales ajenas, salvo en lo que en esta Ley se dispone o en lo que lesione o infrinja un derecho de exclusiva reconocido por la Ley”.

Precisamente este es el punto más controvertido respecto a la posibilidad de sancionar el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, pues es difícil determinar cuándo estamos ante actos desleales y cuándo ante una copia lícita que esté amparada por el derecho a la libre imitación de iniciativas empresariales³⁹⁰.

A continuación, siguiendo a Massaguer³⁹¹, señalaremos algunos criterios para identificar los supuestos de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno:

- El modo de realizar el aprovechamiento, para que sea considerado indebido o desleal, debe romper la *par conditio concurrentium*, es decir, el comportamiento cuestionado hace que un agente económico no irrumpa en el mercado en igualdad de condiciones que el resto de competidores³⁹². Esta necesaria igualdad en la lucha competitiva está íntimamente relacionada con el principio de competencia por eficiencia, según el cual, los empresarios consiguen clientes en base a mejores condiciones de cantidad, calidad y precio de los productos o servicios³⁹³.

Consideramos que el derecho a imitar libremente las iniciativas empresariales, incluye tanto la copia a las creaciones (objetos tangibles como textos o, intangibles, por ejemplo, señales de audio) como a las iniciativas propiamente dichas (sistemas, estructuras, métodos o estrategias para fines publicitarios, de venta, organización, financiación, etc.) La inspiración para delimitar el contenido de este derecho proviene de Montiano Monteagudo, quien define a las prestaciones (entendidas como creaciones técnicas o estéticas en el Derecho Español) e iniciativas empresariales de la siguiente manera: “*productos, servicios, estrategias publicitarias, comerciales o de financiación u organización, cualquiera que sea su naturaleza técnica, comercial o estética y cualquiera que sea su forma de exteriorización, en medios corporales o incorporales*”. Fuente: Monteagudo, Montiano. “La imitación confusoria de productos (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1997 y de 17 de julio de 1997)”. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XVIII. Enero 1997. Base de datos Vlex (no figuran las páginas)

³⁹⁰ Actualmente, este derecho a la libre imitación de iniciativas no se encuentra recogido expresamente en el Decreto Legislativo 1044, sin embargo, siguiendo a Portellano, podemos sostener que este derecho todavía subsiste en nuestro ordenamiento, pues “(...) *ha de entenderse como una manifestación del principio de libertad de empresa, que, a su vez, constituye la médula de la economía social de mercado*” (Fuente: Portellano Diez, Pedro. Op. cit. p 43). Asimismo, el derecho a imitar se desprende del derecho a libre iniciativa privada, contemplado en el artículo 58 de nuestra Constitución (así lo señala la Comisión de Competencia Desleal en la Resolución N° 098-2003/CCD-INDECOPI referido al caso del Estudio Caballero Bustamante S.R.L. contra el Instituto de Investigación el Pacífico E.I.R.L.)

³⁹¹ Massaguer, José. Op. cit. pp. 358-360.

³⁹² Veleiro Reboredo, Belén. “Mercado y Competencia”. El Derecho Editores: Madrid. 2010. p 82.

³⁹³ En nuestra opinión, el principio de competencia por eficiencia y la *par conditio concurrentium* están contenidos en el artículo 1 del Decreto Legislativo 1044, donde se señala que la finalidad de la ley es reprimir todo acto que impida el adecuado funcionamiento del proceso competitivo. A su vez, el referente constitucional sería la economía social de mercado, establecida en el artículo 58 de la Constitución de 1993.

- El costo de producción del bien primigenio³⁹⁴ es considerable o sustancial para el pionero.
- Otro empresario realiza una reproducción, consistente en copias literales³⁹⁵ e inmediatas del bien, eludiendo los gastos correspondientes a la creación del mismo, con lo cual ahorra costos significativos³⁹⁶ y la propia inversión del imitador se vuelve muy limitada³⁹⁷.

³⁹⁴ En principio, por el término “bien”, nos estamos refiriendo a una creación, a un objeto (por ejemplo, un producto, texto, audio, imagen, etc.) pues constituye el supuesto de copia con mayor probabilidad de cumplir los requisitos del aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno. La naturaleza de la creación puede ser técnica o estética, es decir, podrían haber sido amparadas vía Patentes de Invención o de Modelos de Utilidad (creaciones técnicas), Diseños Industriales o incluso Derechos de Autor (creaciones estéticas en estos dos últimos supuestos). Fuente: Fernández-Novoa, Carlos. “Reflexiones preliminares sobre la ley de competencia desleal”. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XIV. 1991-92. p. 20.

Difícilmente, una copia que no verse sobre un objeto sino sobre un método o sistema (por ejemplo técnicas de publicidad, promoción y ventas) podrá satisfacer los requisitos de esta infracción ya que, como veremos, en el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno la inversión del imitador debe ser insignificante y esto no sucede cuando simplemente se copia una idea o estructura (pues debe ser implementada por el copista). La forma de sancionar por la vía de la competencia desleal a las iniciativas que no estaban conformadas por objetos estaba contemplada en artículo 13 del Decreto Ley 26122 como Imitación Sistemática (que abarcaba tanto creaciones como métodos, mencionados en dicho artículo como “prestaciones” o “iniciativas”). Al haber sido derogada la norma antes referida y, no habiéndose incorporado expresamente la imitación sistemática dentro del Decreto Legislativo 1044, somos de la opinión que las creaciones y métodos que actualmente sean objeto de imitación sistemática (con la finalidad de obstruir la implantación de otra empresa en el mercado) deben ser casos analizados a través de la cláusula general.

³⁹⁵ Por copia literal nos referimos a que se realiza una reproducción tal cual del producto pionero, es decir que entre el primer producto desarrollado y el segundo no hay diferencias para el consumidor. Por ejemplo, en España se sancionó bajo la STS del 3 febrero de 2005, a una compañía que copió literalmente (hasta los errores) la información del directorio de recursos humanos publicado por otra empresa. (Tribunal Supremo Sala I de lo Civil. Sentencia 37/2005, de 3 de febrero de 2005 en la Villa de Madrid. GRUPO EJJ, S.A. contra DIRECTORIO DE FORMACIÓN, S.L.) Ver: <http://sentencias.juridicas.com/docs/00213501.html> (consulta: 12/07/2011).

Cabe resaltar que la copia literal no necesariamente implica la existencia de un acto de confusión ya que, podría ser que el consumidor no identifique un origen determinado por diferentes motivos, por ejemplo, por la presencia común en el mercado de varios productos de la misma naturaleza, correspondientes a varias empresas.

³⁹⁶ El requisito de ahorro de costos significativos en el aprovechamiento del esfuerzo ajeno también puede ser visto en Llobregat Hurtado, María Luisa. “Temas de Propiedad Industrial”. Madrid: La Ley. 2007, p. 461.

³⁹⁷ Por ejemplo, tenemos el caso resuelto por el STC AP de Barcelona el 17 de noviembre de 2009, en el cual se determinó que constituía aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno el que una revista hubiera publicado sesiones de fotos de una famosa actriz, cuando dicha sesión de fotos iban a ser reveladas en exclusiva para otra revista. Ver:

<http://www.abanlex.com/2010/08/elle-vs-cuore-e-interviu-stc-ap-barcelona-de-17112009/>
http://institutomercadoycompetencia.com/publicaciones/aprovechamiento_indebido.pdf

- Este modo de realizar la reproducción involucra para el creador una desventaja significativa, pues le impide disfrutar de su posición de pionero, dificultándole el amortizar los costos de la creación³⁹⁸.
- Como consecuencia de lo anterior, es esperable que los agentes del mercado pierden incentivos para realizar nuevas iniciativas, afectándose el proceso competitivo.

En consecuencia, no se protege la mera inversión de una empresa, ni se sanciona la copia de la misma, lo que se considera desleal es la forma de realizar la reproducción. Así entendido, no es ilegal la copia que sólo se sirve de la iniciativa ajena como modelo para configurar la propia³⁹⁹. En otras palabras, la explotación indebida del esfuerzo ajeno no debe entenderse como una protección a las simples ideas, las cuales deben quedar libres para generar nuevas iniciativas o creaciones.

Para ilustrar este punto, podemos señalar por ejemplo, las competitivas ofertas que se dan en nuestro país entre tiendas por departamentos de Ripley y Saga. Cuando Ripley inicia sus promociones y ofertas en los “Días R Ripley”, casi inmediatamente Saga comienza con sus “Días fantásticos” y viceversa. En este caso, la idea o iniciativa de tener unos días de precios especiales puede ser copiada por diferentes empresas, no sólo porque las ofertas difícilmente serán exactas (copia no literal), sino porque, aunque lo fueran, la copia de la simple idea no constituye un ahorro significativo ya que debo desplegar mi propio esfuerzo en publicidad, revisión de insumos y otras áreas para implementar mis promociones. Como resultado, no se afecta la posibilidad de nuevas iniciativas empresariales.

Para el caso de las creaciones gastronómicas, como vimos en el capítulo 2 de la presente tesis, muchos aspectos de éstas no pueden ser protegidos por el Derecho de Autor, pero las reproducciones de las mismas podrían ser

³⁹⁸ Si la copia versa sobre un objeto cuyo derecho de exclusiva ha culminado por el transcurso del tiempo, se trata de un acto lícito pues, de otro modo, se estaría extendiendo artificialmente un derecho temporal. Fuente: Massaguer, José. Op. cit. pp. 358-360.

³⁹⁹ Massaguer, José. . Op. cit. pp. 358-360.

sancionadas por la vía del aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno. Pensemos por ejemplo en los casos de las copias realizadas por el chef Robin Wickens a los restaurantes WD-50 y Alinea, así como las copias hechas por el Tapas Molecular Bar al Jose Andres's Minibar⁴⁰⁰. En estos casos, se realizaron copias literales de los platillos gourmet, con lo cual se ahorraron costos significativos⁴⁰¹ y potencialmente afectaron a los verdaderos creadores⁴⁰². El punto más difícil de determinar es si estas conductas desincentivarían la creación de nuevos platillos. Si bien en un procedimiento podría argumentarse que sí, dependiendo del caso concreto, también es razonable sostener que la difundida tradición de copia en la industria culinaria evitaría una afectación severa en el desarrollo de nuevas iniciativas.

En conclusión, como hemos visto, algunos aspectos de las creaciones gastronómicas tienen posibilidades de protegerse a través de los Derechos de Autor, Marcas, Diseños y Patentes. Sin perjuicio de ello, es posible acudir al Derecho de la Competencia Desleal para solicitar protección frente a actos de confusión, explotación indebida de la reputación ajena y aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.

⁴⁰⁰ Descritas en el punto 3 del Capítulo 2 de la presente tesis.

⁴⁰¹ La comida gourmet, en particular la cocina molecular, requiere inversión de tiempo y dinero en la producción de nuevos platillos.

⁴⁰² Como se puede imaginar, varios restaurantes de comida *gourmet* logran atraer clientes en base a sus platillos inusuales. La copia de éstos generaría entonces que la reputación como innovador se pierda rápidamente.

Conclusiones

1. Formalmente, para determinar cuándo una obra es original, el INDECOPI indica que emplea la teoría de la personalidad, es decir, considera original aquella creación que refleje la impronta de la personalidad, singularidad o individualidad del autor. Sin embargo, de la revisión de casos, detectamos que, en los hechos, al momento de resolver un caso, para descubrir si una obra es original, el INDECOPI emplea la teoría de la novedad objetiva relativa. Según esta teoría, para que una obra sea original no necesita ser absolutamente diferente a obras preexistentes, solo que posea algunas diferencias con otra creación, tal como sucede en el caso de las obras derivadas.
2. Es innegable el impacto de los Derechos de Autor en la economía de los países en relación con aportes al PBI, fomento de empleo y cantidad de importaciones y exportaciones de bienes culturales, tanto en aquellas naciones en vías de desarrollo como en los países desarrollados. No obstante lo anterior, es bastante cuestionable que el Derecho de Autor cumpla con uno de sus objetivos principales: fomentar la innovación, es decir, la creación de obras. Así lo revelan los estudios que se han realizado en el área de Derechos de Autor y en un área que comparte sus características: el Derecho de Patentes.
3. Para fomentar el desarrollo gastronómico de nuestro país, consideramos necesario que el Estado genere algún tipo de registro donde se puedan incorporar los ingredientes y recetas tradicionales de cada región, pues esto constituye el primer paso para que las comidas típicas no se pierdan con el paso del tiempo. Adicionalmente, consideramos que este registro también ayudará a formar una “ciencia básica culinaria”, sobre la cual los chefs realicen mejoras, adaptaciones, fusiones, etc. a las recetas tradicionales.
4. Desde el punto de vista filosófico, nos encontramos en desacuerdo con los argumentos de que la gastronomía no puede ser un arte o que debe

ser relegada a un arte menor. A nuestro modo de ver, la comida diaria cumple una función nutricional, pero eso no significa que la comida en general no tenga, al menos en teoría, potencial artístico. Así como no cualquier dibujo o escultura es necesariamente percibido como arte, es posible la existencia de trabajo culinario artístico y no artístico dependiendo de si deleita o no los sentidos.

5. Los platillos tradicionales, al margen de si estimulan o no los sentidos, no pueden ser protegidos por el Derecho de Autor debido a que su origen es ancestral o colectivo, pero no individual. En tal sentido, como ya forman parte del patrimonio de nuestro país, no pueden ser considerados originales de acuerdo a lo establecido por el Precedente de Observancia Obligatoria contenido en la Resolución No. 286-1998/TPI-INDECOPI. La comida *gourmet* cumple con deleitar los sentidos y, en principio, no es resultado de un proceso ancestral; sin embargo, no todas las actividades involucradas en la comida gourmet (procedimiento de preparación, combinación de ingredientes y presentación del platillo) son susceptibles de protección por el Derecho de Autor.
6. En lo que se refiere a procedimientos de preparación de la comida *gourmet*, incluso los muy elaborados y complejos como los de la cocina molecular, en sí mismos, no pueden ser protegidos por el Derecho de Autor, pues el artículo 9 del Decreto Legislativo 822 no permite proteger procedimientos. Diferente será la situación si se describe en un libro los procesos de elaboración, pues en este caso, se podría proteger esta específica explicación contenida en el libro (es decir, forma de expresión), pero cualquier persona podría escribir su propia descripción del mismo procedimiento.
7. Por su parte, en la combinación de ingredientes de la comida *gourmet*, haciendo un símil con las bases de datos (cuyo contenido no necesariamente es original), es teóricamente posible que se combinen o escojan ingredientes que reflejen la singularidad del chef; sin embargo,

consideramos que puede llegar a ser muy difícil que el INDECOPI reconozca esta situación, pues la propia naturaleza cambiante de la cocina, en particular de la cocina peruana, hace difícil imaginar un platillo que cumpla con este requisito.

8. En cuanto a la presentación de la comida *gourmet*, existen muchas recomendaciones en libros y *blogs* sobre la forma en que los platillos deben ser presentados en la mesa, por lo tanto, son empleadas por muchos cocineros y difícilmente reflejarían la singularidad o individualidad de un chef. Posiblemente, las presentaciones con mayor posibilidad de ser consideradas originales serán aquellas que tengan una forma escultórica, pues se aproximarían a un tipo de arte más conocido.
9. Además de la producción de platillos, las recetas son otro producto de la creación gastronómica. Normalmente, desde el punto de vista de la doctrina y la jurisprudencia extranjera, no se consideran originales a las recetas de cocina argumentándose que constituyen instrucciones simples que solo requieren habilidad manual para su ejecución. No obstante lo anterior, encontramos que sí es posible que la receta en sí misma sea expresada en forma original, por ejemplo, si reviste la forma de un poema, una canción o una historieta gráfica.
10. En lo que se refiere al alcance de la protección de las recetas de cocina, cuando una receta es expresada en forma original (como poema, gráfico, canción, etc.), pero el platillo contenido en la receta en sí mismo no lo es, el autor de esta receta podría impedir que éstas se reproduzcan sin su autorización, pero no podría evitar que se preparen los patillos descritos. Ello debido a que el platillo no es original y a que el artículo 9 de la Ley de Derechos de Autor excluye de la protección de las obras científicas (como las recetas) el contenido ideológico o técnico, es decir, permite libremente el aprovechamiento de técnicas, procedimientos y demás ideas. Asimismo, el autor tampoco podrá impedir que alguien copie las instrucciones de la receta y realice otro

poema, otro gráfico, etc. pues, como ya se mencionó, el contenido (el platillo) no reviste originalidad.

11. Si además de expresarse la receta de manera original, el platillo descrito también lo fuera, el artículo 9 de la Ley de Derechos de Autor sería insuficiente para permitir la libre reproducción de la receta, porque en este caso el uso de la receta traería como consecuencia la reproducción de una obra protegida, que constituye un acto que solamente controlaría el autor del plato. En este mismo supuesto, si alguna persona realizara, a manera de receta, otro poema o ilustración de un platillo original, el creador del plato debería autorizarlo, ya que también se estaría realizando una reproducción de la obra (una obra derivada en este caso).
12. Existen varios posibles problemas respecto a proteger las creaciones culinarias, relacionados con el identificar al titular de los derechos, la afectación del dominio público y la creatividad, los derechos conexos y la efectividad de la protección. Estos problemas, aunados a la poca certeza sobre el estímulo de la innovación en los Derechos de Autor, hace poco recomendable emplear este tipo de protección.
13. Respecto a la titularidad, posiblemente el chef creador no será el principal beneficiado de los derechos patrimoniales, pues los derechos sobre sus recetas podrían terminar en manos de las empresas editoriales (impidiendo incluso que el mismo chef desarrolle los platillos originales descritos en el recetario, por ejemplo, para enseñarlo a sus aprendices). Por su parte, todos o algunos de los derechos patrimoniales sobre sus platillos podrían, eventualmente, ser apropiados por el dueño del restaurante donde labora el chef creador del platillo original, alegándose que fueron creados por encargo o bajo una relación laboral.
14. Respecto al dominio público, si se otorgan Derechos de Autor a los platillos de cocina, se generarían grandes dificultades para determinar qué platos deberían considerarse en el dominio público y cuáles no. Esto

se debe a que en la cocina *gourmet* hay una política general de compartir las recetas, siempre y cuando se brinde el crédito correspondiente al autor del platillo. En consecuencia, una gran cantidad de recetas de platillos y sus variaciones son de libre acceso, pudiendo ser utilizadas por cualquiera. Este hecho, unido a la imprecisión del Derecho de Autor respecto a la definición de la originalidad y al amplio plazo de protección de las obras, desincentivaría la creación de nuevos platillos y obras derivadas si se otorgaran derechos de autor sobre las creaciones gastronómicas.

15. Si se otorgan Derechos de Autor a las creaciones gastronómicas, consideramos que un chef que solamente prepara platillos, sin ser el autor de los mismos, y al margen de los permisos del autor, contaría con Derechos Conexos tal como los tiene el ejecutante de una canción. Esta comparación es lógica pues, si ante una misma creación musical las interpretaciones de los artistas no son idénticas, frente a una misma receta, por detallada que sea, la ejecución (ej. sazón) de cada cocinero es diferente. Incluso, habría que tomar en cuenta que, si existen derechos conexos sobre interpretaciones de canciones que ya ingresaron al dominio público; derechos conexos para los artistas de variedades y de circo (que no necesariamente ejecutan obras) y; derechos conexos para ejecutores de expresiones del folclore (que no constituyen obras), aunque no estemos de acuerdo con su conveniencia, no existe motivo para que no se reconozcan Derechos Conexos a quienes preparan platillos tradicionales.

16. Hacer efectiva la protección de los Derechos de Autor, denominada en inglés, *enforcement*, es siempre una tarea extremadamente complicada pues cualquier uso de una obra requiere la autorización del autor y el posible pago, salvo que dicha utilización se encuentre contemplada en algunas de las excepciones o límites legales. A lo anterior se suma la dificultad de determinar cuándo estamos ante una obra y también la existencia o no de plagio. Para el caso de las obras gastronómicas, consideramos que será difícil diferenciar una obra de otra ya que el

sentido del gusto es poco exacto. En consecuencia, la labor de determinar cuándo nos encontramos ante el plagio de un platillo y cuándo ante una obra derivada, será una tarea muy difícil y siempre polémica. Adicionalmente, debemos tomar en consideración que la sazón de cada cocinero tampoco es idéntica en todo momento y, si bien la tecnología algún día podría apoyar en la distinción de los sabores, es imposible saber cuándo ocurrirá.

Como consecuencia de todo lo anterior, comprobamos nuestra primera hipótesis. En efecto, algunos aspectos de las creaciones culinarias pueden ser considerados originales; sin embargo su protección a través de los Derechos de Autor, además de difícil, sería indeseable debido a que podría restringir la libertad de crear nuevos platillos, desincentivando la creación.

17. Sin perjuicio de lo mencionado, encontramos áreas relacionadas con la gastronomía que pueden beneficiarse de los Derechos de Autor, ya sea porque existen pocos obstáculos para que las autoridades las consideren obras o porque no hay una forma alternativa de protección dentro del Derecho de la Propiedad Intelectual. Entre estas áreas tenemos a la literatura gastronómica (especialmente, libros que cuentan el origen, utilización y características de algunos insumos), obras musicales (que podrían producirse y utilizarse para el restaurante), software (para videojuegos inspirados en comidas o aplicaciones para facilitar la labor de cocinar), fotografías (por ejemplo la moderna tendencia de retratar comida) y el diseño de restaurantes, vajillas o cubiertos (que también puede protegerse por la vía de diseños industriales y marcas tridimensionales, pero previo registro y cumpliendo sus requisitos propios).

18. Otra área que guarda importancia para la cadena productora en la industria gastronómica es la referida a los Secretos Empresariales, donde existen tres niveles de protección:

a) En el primero de ellos, el comerciante puede resguardar, por tiempo indefinido, cualquier información que considere valiosa, por ejemplo, recetas tradicionales o modernas;

b) Segundo, cuando el INDECOPI, en el marco de un procedimiento, solicita al empresario que revele información, el comerciante puede pedir que los datos se mantengan en reserva (sin acceso público), siempre y cuando cumplan con ser secretos, tenga un valor competitivo y el empresario haya realizado esfuerzos para mantener la confidencialidad. Consideramos que si en un procedimiento ante el INDECOPI se solicitara la confidencialidad de una receta, tradicional o no, probablemente sería concedida, salvo que ya hubiese sido publicada en un recetario o que se trate de un platillo muy elemental y conocido por todos;

c) El último nivel de protección ocurre cuando el comerciante ve comprometida su información secreta, por ejemplo una receta, y solicita sanciones por la vía de la competencia desleal a través de la modalidad de violación de secretos, pero el acceso a la información debe haber sido ilegítimo para que se aplique este supuesto.

19. Por el lado de las patentes, además de protegerse máquinas para producción de alimentos (o sus mejoras), en el caso de los procedimientos de cocina, si bien no pueden protegerse vía Derechos de Autor, sí cabe la posibilidad de protegerlos a través de patentes de procedimiento, siempre que cumplan con los requisitos de novedad, nivel inventivo y aplicación industrial.

20. En la protección de las formas, (aspecto de vajillas, cubiertos edificios, etc.) el mecanismo ideal es el de las marcas tridimensionales, siempre que el creador cuente con los recursos para el registro y el signo cumpla con los requisitos pertinentes, especialmente el de distintividad. En caso se posean recursos para el registro, pero no se cumpla con la distintividad, es una opción recurrir al sistema de diseños industriales si es que el diseño que se pretende proteger es novedoso y cumple con una apariencia particular. Si los costos de un registro no son manejables

y la forma cumple con ser original, la opción a seguir es utilizar los Derechos de Autor pues no exige registro. En todos estos casos siempre debe tomarse en cuenta las prohibiciones que mantiene la coherencia entre cada sistema.

21. La estimulación múltiple de los sentidos (*Sensory Branding*) ya se está abriendo paso en la alta cocina del mundo, por lo menos en el empleo de colores y sonidos, donde se está experimentando con vajilla que cambia de color o representando sonidos asociados con las comidas. En consecuencia, las marcas basadas en colores y las marcas sonoras guardan importancia para el sector gastronómico. Por su parte, el resto de los signos distintivos no tradicionales (marca gustativa, olfativa y táctil) enfrentan severos desafíos al intentar ser inscritos: falta de distintividad (por ejemplo por ser descriptivos-funcionales) o imposibilidad de ser representados gráficamente.
22. Las marcas de certificación pueden ser muy útiles para homologar nuestra industria gastronómica, pues uno de sus puntos débiles es la calidad dispareja en los servicios de restaurantes en condiciones sanitarias, tecnológicas, etc. En tal sentido, para efectos de promover la gastronomía, marcas de certificación podrían ser otorgadas a los restaurantes por el Estado (representado por el INDECOPI), pero conjuntamente con el sector privado que representa a la industria (por ejemplo la Sociedad Peruana de Gastronomía- APEGA)
23. La mayoría de denominaciones de origen peruanas están vinculadas con alimentos, con lo cual nuestra gastronomía se beneficia de este mecanismo ya que puede marcar diferencias con las de los otros países cuando ofrecen sus productos en el competitivo mercado internacional. En efecto, de acuerdo a las últimas noticias, en Perú se han incrementado el valor y la cantidad de exportaciones de productos que constituyen denominaciones de origen. Asimismo, pensando en la importancia del turismo gastronómico para el Perú, los centros de

producción bien podrían convertirse en zonas para visitar y degustar nuestros productos.

24. En el ámbito de la competencia desleal, es una circunstancia cercana al sector gastronómico la existencia de confusión y el aprovechamiento indebido de la reputación ajena. En tal sentido, los restaurantes deben estar muy atentos al uso por parte de terceros de sus signos distintivos y creaciones (técnicas y estéticas) así como elementos afines que puedan configurar *trade dress*.

25. En el ámbito de la competencia desleal también existe la posibilidad de denunciar el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno. Si bien el uso de esta figura no ha estado exenta de críticas por la dificultad de diferenciar cuándo la conducta es amparada por el derecho a la libre imitación de iniciativas empresariales y cuándo un comportamiento desleal, consideramos que es un mecanismo de defensa que deben tener en cuenta los empresarios afectados, siempre y cuando este aprovechamiento sea contrario a la *par conditio concurrentium* y a la competencia por eficiencia.

Como consecuencia de lo antes mencionado, comprobamos nuestra segunda hipótesis: la industria gastronómica tiene forma de beneficiarse de las herramientas que otorga la Propiedad Intelectual y la Represión de la Competencia Desleal.

Bibliografía

Textos y presentaciones

ACURIO, Gastón. Ponencia presentada en “Cocina peruana, Identidad Nacional y Desarrollo Social”. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 3 de noviembre de 2010.

ABELLO RESTREPO, Silvia. “El futuro de las denominaciones de origen en la Comunidad Andina”. Simposio de Denominaciones de Origen. Lima, Perú, [recurso electrónico]. 11 y 12 de enero de 2006.

AGÜERO Miñano, Maritza. “¿En que se parece el ceviche a la Mona Lisa? Breves apuntes sobre la incidencia de los derechos de autor en las obras de arte y en las creaciones culinarias”. En: Revista Jurídica del Perú No. 94. Diciembre 2008.

ANÓNIMO. “Maestros de la Pintura. Van Gogh 2”. Tomo III. No. 17 Editorial Anesa, Editorial Noguer y Editorial Rizzoli. 1973.

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y Marysol FERREYROS CASTAÑEDA. “El nuevo Derecho de autor en el Perú”. Lima: Editorial Monterrico S.A. 1996

ARELLANO MARKETING. “El aporte económico y social de la gastronomía en el Perú”. Lima. [recurso electrónico]. Setiembre 2009.

AVOLIO, Beatrice y otros. “Propuesta para el desarrollo de la gastronomía peruana”. Lima: Pearson Educación: PUCP. CENTRUM, 2008.

BERCOVITZ, Alberto. “Los requisitos positivos de la patentabilidad en el derecho alemán”. Madrid: Sáez. 1969.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, Rodrigo y otros. “Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual” Editorial Tecnos. Madrid. Tercera edición, 2007.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, Rodrigo “Manual de Propiedad Intelectual”. Tirant Lo Blanch. Valencia. Segunda edición, 2003.

BOYD, Steven S. “Deriving Originality In Derivative Works: Considering The Quantum Of Originality Needed To Attain Copyright Protection In A Derivative Work”. Santa Clara Law Review. 2000

BROUSSARD, J. Austin. “An Intellectual Property Food Fight: Why Copyright Law Should Embrace Culinary Innovation” Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law. Spring, 2008.

BUAINAIN, Antônio Márcio (coordinador). “Estudio sobre la importancia económica de las industrias y actividades protegidas por el Derecho de Autor y los Derechos Conexos en los países del MERCOSUR y Chile” Universidad Estadual de Campiñas (UNICAMP) y la OMPI. Año 2001.

BUCCAFUSCO, Christopher J. “On The Legal Consequences Of Sauces: Should Thomas Keller's Recipes Be Per Se Copyrightable?” Yeshiva University. Cardozo Arts & Entertainment Law Journal. 2007.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y Carlos PATRÓN SALINAS. “El otro poder electoral: apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal”. En: Themis, No. 39, Lima 1999.

CHÁVEZ, Gena. “INDECOPI suma esfuerzos al servicio del mercado” (diapositivas). INDECOPI. Lima. [recurso electrónico]. s/a

COLE, Julio H. “Patentes y copyrights: costos y beneficios”. Eseade. Base de datos E-libro. 2002.

COUSINS, John y otros. “Molecular gastronomy: basis for a new culinary movement or modern day alchemy?” International Journal of Contemporary Hospitality Management. [recurso electrónico]. s/a

COVADONGA TORRE MARÍA, Marina. “¿Es la gastronomía un arte?” Hospitalidad ESDAI; Tomo 12, 2007.

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, 2009.

DICUM, Gregory. “Heads Up. Food of the Andes by the Golden Gate”. The *New York Times*. Travel. New York. [recurso electrónico]. 23 de agosto de 2009.

ESPIN ALBA, Isabel. “La originalidad en la protección de las obras fotográficas”. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor, Tomo XX, 1999.

EZCURRA RIVERO, Huáscar y Christian CHÁVEZ VERÁSTEGUI. “La cláusula general prohibitiva” En: El Derecho de la Competencia Desleal. Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima 2007.

FAUCHART, Emmanuelle y Eric A. VON HIPPEL. “Norms-Based Intellectual Property Systems: The Case of French Chefs”. MIT Sloan School of Management, Working Paper 4576-06. [recurso electrónico]. January, 2006.

FERNÁNDEZ –NÓVOA, Carlos; José Manuel OTERO LASTRES y Manuel BOTANA AGRA. “Manual de la Propiedad Industrial”. Marcial Pons: Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. “Reflexiones preliminares sobre la ley de competencia desleal”. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XIV (1991-92).

FERREYROS Castañeda, Marysol. “La etérea aspiración del plagio: la originalidad.” En: Revista Jurídica del Perú No. 86, abril 2008.

GALARZA, Daniela. "José Andrés, Ferrán Adrià and Juan Mari Arzak on Ideas of today, foods of tomorrow". Eater National. [recurso electrónico]. 4 de enero de 2011.

GELLES CANER, Jan-David. "Patentes de invención, nuevas tecnologías y la apropiación privada del conocimiento público". Documento de trabajo 251, octubre, 2006.

GOLDEN, Robert B. "Trade Dress--The Forgotten Trademark Right". [recurso electrónico]. s/a

JALIFE DAHER, Mauricio. "El uso virtual de marcas y la marca virtual". [recurso electrónico]. s/a

KORSMEYER, Carolyn "Making Sense of Taste: Food and Philosophy". Cornell University. [recurso electrónico]. 1999.

KRESALJA, Baldo. "La registrabilidad de las marcas auditivas, olfativas y las constituidas por color único en la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones". En: Themis No. 42, Lima 2001.

LESSIG, Lawrence. "Cultura libre: cómo los grandes medios están usando la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad" [recurso electrónico]. Traducción: Antonio Córdova. 2004.

LIPSZYC, Delia. "Derechos de autor y derechos conexos", Unesco-Cerlalc-Zavalía, Buenos Aires, 1993.

LINDSTROM, Martin. "Compradicción (buy-ology). Verdades y mentiras de por qué las personas compran". Editorial Norma. Bogotá. Traducido por Adriana Arias de Hassan. 2009.

LITTRELL, Ryan. "Toward a Stricter Originality Standard for Copyright Law". Boston College Law Review, December, 2001.

LLOBREGAT HURTADO, María Luisa. “Temas de Propiedad Industrial”. Madrid: La Ley. 2007

LLOBREGAT HURTADO, María Luisa. “Caracterización jurídica de las marcas olfativas como problema abierto”. En: Revista de Derecho Mercantil 227, enero-marzo. Madrid 1998.

MASSAGUER, José. “Comentario a la Ley de Competencia Desleal”. Madrid: Civitas. 1999.

MCCARTHY, J. Thomas. “Trademarks and unfair competition” New York : Clark Boardman Callaghan, Vol 1. § 8.01[2], at 8-5 to 8-8. 1992.

MCLAUGHLIN, Katy. “That melon tenderloin looks awfully familiar...”. The Wall Street Journal on line. [recurso electrónico]. June 24, 2006.

MENÉNDEZ, Aurelio. “La Competencia Desleal”. Madrid: Civitas. 1988.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto. “La protección jurídica del fabricante de bases de datos: derecho sui generis y competencia desleal”. [recurso electrónico]. Enero 2005.

MINISTERIO DE CULTURA. “Contribuciones de las Industrias Culturales al PBI”. Perú. [recurso electrónico]. s/a

MONTEAGUDO, Montiano. “La protección de la marca renombrada”. Civitas, Madrid, 1995.

MONTEAGUDO, Montiano. “El riesgo de confusión en derecho de marcas y en derecho contra la competencia desleal”. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XV. 1993.

MONTEAGUDO, Montiano. “La imitación confusoria de productos (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1997 y de 17 de julio de 1997)”. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XVIII. 1997.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. “La Marca Colectiva, La Marca de Certificación o de Garantía: Características, Principales Requisitos de Constitución, Titularidad y Uso. Estudio de Casos”. Taller de la OMPI sobre Signos Distintivos como herramientas de competitividad empresarial. [recurso electrónico]. Febrero 2006.

OTERO LASTRES, José Manuel. “La originalidad de las obras plásticas y las nuevas tecnologías”. En: Revista Jurídica del Perú No. 86. Abril 2008.

OTERO LASTRES, José Manuel. “Concepto de marca en la Decisión 344 y en la Ley Peruana aprobada por Decreto Legislativo 823 del 23 de abril de 1996”. En: Revista Jurídica del Perú, año XLVII, abril –junio 1997.

PERELMAN, Michael. “The Political Economy of Intellectual Property”. Monthlyreview. Vol 54, No. 8, enero 2003.

PÉREZ SUÁREZ, Marlen C. “El trade dress. Un acercamiento a su figura”. Oficina Cubana de la Propiedad Intelectual (OCPI) [recurso electrónico]. 2010.

PORTELLANO DIEZ, Pedro. “La imitación en el derecho de la competencia desleal”. Madrid: Civitas, 1995.

POSNER, Richard y William M. LANDES. “The Economic Structure of Intellectual Property Law”. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003.

POSNER, Richard A. y William M. LANDES. “An Economic Analysis of Copyright Law”. The University of Chicago Press. The Journal of Legal Studies, Vol. 18, No. 2, Junio, 1989.

PROMPERU. “I Censo de Franquicias Peruanas 2009” [recurso electrónico].s/a

RAMOS NÚÑEZ, Carlos. “Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento (y cómo sustentar expedientes)”. Gaceta Jurídica. Lima. Tercera Edición, 2005.

RAUSTIALA, Kal y Christopher SPRIGMAN. “The Piracy Paradox: innovation and intellectual property in fashion design”. Virginia Law Review. No. 8. Vol. 92. Diciembre 2006. Reproducido en el Anuario Andino de Derechos Intelectuales. Año III. No. 3. Lima 2007.

RAVENTÓS, Fernando. “Gastronomía & Derecho. Régimen jurídico de la gastronomía en el Perú.” En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales No.5, Lima 2009.

REAL MÁRQUEZ, Montserrat. “El requisito de la originalidad en los derechos de autor”. Portal internacional de la Universidad de Alicante sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Sociedad de la Información. [recurso electrónico]. Diciembre 2001

REYTBLOT, Julia. “Is originality in copyright law a question of law or a question of fact: the fact solution”. Cardozo Arts & Entertainment Law Journal. Yeshiva University, 1999.

RODGERS, Svetlana. “Technological innovation supporting different food production philosophies in the food service sectors”. International Journal of Contemporary Hospitality Management, Vol. 20, Issue 1, 2008.

RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel y Fernando BONDÍA ROMÁN. “Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual”. Cívitas. Madrid, 1997.

RØNNING, Debbie. “Taste, smell and sound – Future Trademarks?” [recurso electrónico]. s/a

ROSENTHAL KWALL, Roberta. "Copyright In Context: Institute For Intellectual Property & Information Law Symposium: Originality In Context". Houston Law Review Symposium 2007.

SCHIANTARELLI, Juan Pablo. "El Decreto Legislativo No. 1044 y el conflicto de competencial al interior del Indecopi en torno a los actos de competencia desleal relacionados con la propiedad industrial". En: Revista Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica, Lima. Tomo 176, julio 2008.

SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA, ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL y OFICINA EUROPEA DE PATENTES. "Manual para el examen de solicitudes de patentes de invención en las oficinas de Propiedad Industrial de los países de la Comunidad Andina". [recurso electrónico]. 2004

SHAW, Steven A. "The merit of preservation: Further tales of culinary plagiarism". [recurso electrónico]. s/a

SIWEK, Stephen E. of ECONOMISTS INCORPORATED and THE INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY ALLIANCE (IIPA). "The economic contribution of Copyright Based Industries in USA". OMPI. Año 2004.

SOLER MASOTA, Paz "La protección de las ideas por Derecho de autor" Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXII, 2001.

STIERAND, Marc y Paul LYNCH. "The art of creating culinary innovations". Tourism & Hospitality Research, Vol. 8 Issue 4, Oct. 2008.

STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino. "La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados". En: Revista Themis, No. 54, Lima 2007.

THE HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION. "Originality". Harvard Law Review. May, 2002

TORRANCE, Andrew W. y Bill TOMLINSON. "Patent expertise and the regress of useful arts" Southern Illinois University Law Journal, vol. 33, 2009.

VALDERRAMA, Mariano. "El boom de la cocina peruana". [recurso electrónico]. s/a

VALERO, Martín. "Obras fotográficas y meras fotografías". Tirant Lo Blanch, Valencia 2000.

VELEIRO REBOREDO, Belén. "Mercado y Competencia". El Derecho Editores: Madrid. 2010.

VERSTEEG, Russ. "Rethinking Originality" William & Mary Law Review. Spring, 1993.

WEINSTEIN Cayuela, José. "Derecho de autor: un desafío para la creación y el desarrollo" Santiago de Chile: LOM: Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, 2004.

Normas, Resoluciones y Expedientes:

Decreto Legislativo No. 822
Decreto Legislativo No. 1044
Decreto Legislativo No. 1075
Decreto Legislativo No. 1034
Decreto Ley 26122
Ley 28131
Decisión 351
Decisión 486
Decisión 608
Lanham Act.

Expediente No. 006-2003/CLC
Expediente No. 001-2008/CCD
Expediente No. 017-2009/CCD
Expediente No. 001810-2008/CDA.
Expediente No.096-2007/CCD
Expediente No. 663-96-ODA

Expediente No. 165-2008/CCD
Expediente No. 400-2007/ODA
Expediente No. 576-2005/ODA
Expediente No. 971-2003/ODA
Expediente No. 565-2002/ODA
Expediente No. 279-2009/CCD
Expediente No. 849-2000/ODA
Expediente No. 001-2004-INC3/CLC
Expediente No. 1538-2005/ODA
Expediente No. 167-2007/CCD
Expediente No. 181-2009/CCD
Expediente No. 32-2002/CCD
Expediente No. 254368-1994/OIN
Expediente No. 104-2004/CCD.
Expediente No. 383-1998/OIN
Expediente No. 305-2006/OIN
Expediente No. 343572-2008/DSD
Expediente No. 386236-2009/DSD
Expediente No. 407400-2009/DSD

Resolución No. 914-2002/TPI-INDECOPI
Resolución No. 455-2004/TDC-INDECOPI
Resolución No. 13-2009/CDA-INDECOPI
Resolución No. 286-1998/TPI- INDECOPI
Resolución No. 0184-2008/TPI-INDECOPI
Resolución No. 1095-2002/TPI-INDECOPI
Resolución No.171-2011/SC1-INDECOPI
Resolución No. 192-2009/SC1-INDECOPI
Resolución No. 570-2008/TDC-INDECOPI
Resolución No.102-2007/ TDC-INDECOPI
Resolución No. 0296-2011/SC1-INDECOPI
Resolución No. 3167-2010/SC1-INDECOPI
Resolución No. 2003-2010/SC1-INDECOPI
Resolución No. 0080-2009/SC1-INDECOPI
Resolución No. 0063-2009/SC1-INDECOPI
Resolución No. 1091-2005/TDC-INDECOPI
Resolución No.101-2007/ TDC-INDECOPI

Proceso 24-IP-2009 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
Proceso 70-IP-2008 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

U.S. Patent Application No. 20060081619.
U.S. Patent 20080206420
Solicitud de patente EP1806033.

Publications International, Limited, Plaintiff/Counterdefendant-Appellant, v. Meredith Corporation, Defendant/Counterplaintiff-Appellee. Nos. 95-3485, 95-3530. United States Court Of Appeals For The Seventh Circuit. 88 F.3d 473; 1996 U.S.

Barbara Lynn Lambing, Plaintiff-Appellant, v. Godiva Chocolatier, Defendant-Appellee. No. 97-5697. United States Court of Appeals for the Sixth Circuit. 1998 U.S.

Two Pesos, Inc. vs. Taco Cabana, Inc., 505 U.S. 763, 773, 112 S. Ct. 2753, 120 L. Ed. 2d. 615. Supreme Court of USA. No. 91-971 (1992)

Powerful Katinka, Inc. v. McFarland, 2007 WL 2064059 (S.D.N.Y. 2007) (No. 07 CV 6036).

Buffets, Inc. v. Klinke, 73 F.3d 965, 968 (9th Cir. 1996).

Magistro v. Lou, Inc., 703 N.W.2d 887 (Nebraska. 2005).

Sentencia No. 0563 de Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 7 de Junio de 1995. Madrid, España.

Tribunal Supremo Sala I de lo Civil. Sentencia 37/2005, de 3 de febrero de 2005 en la Villa de Madrid, España

STC AP de Barcelona del 17 de noviembre de 2009

Enlaces

http://www.rpp.com.pe/2009-08-26-los-mejores-chef-en-cena-benefica-por-biblioteca-de-escuela-pachacutec-noticia_204275.html

<http://elcomercio.pe/noticia/448787/restaurantes-fast-food-sobresalen-sistema-franquicias>

http://www.michaelhoppengallery.com/artist,show,1,96,0,0,0,0,0,0,alfred_eisens_taedt.html

<http://www.nuevayorkturismo.com/kissing-the-war-goodbye/>

<http://www.squidoo.com/unconditionalsurrender>

<http://blog.trailerpark.cz/2009/03/08/watchmen-uvodni-titulky/>

http://enredos.blogspot.com/2004_04_01_archive.html

<http://www.psicodiagnosis.es/areaespecializada/instrumentosdeevaluacion/testdelacasa/04f9119bae0d57301/d001.html>

<http://www.vangoghmuseum.nl/vgm/index.jsp?lang=en>

<http://www.ite.educacion.es/w3/eos/MaterialesEducativos/mem2006/impresionismo/img/05/trigo1.jpg>

<http://news.bbc.co.uk/2/hi/8415597.stm>

http://portal.unesco.org/culture/en/files/30850/11467401723cultural_stat_es.pdf/cultural_stat_es.pdf

http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/NOT/NOT_DetallarNoticia.aspx?PFL=0&NOT=182

www.businessdictionary.com/definition/trillion.html

<http://elcomercio.pe/EdicionImpresa/Html/2006-04-23/impEconomia0493860.html>

http://www.aeronoticias.com.pe/noticiero/index.php?Itemid=66&catid=13:13&id=11257:colegio-de-sociologos-del-peru-elaborara-mapa-de-rutas-gastronomicas-&option=com_content&view=article

<http://elcomercio.pe/gastronomia/629885/noticia-primera-exposicion-arte-100-comestible-esta-londres>

<http://elcomercio.pe/gastronomia/691278/noticia-cocina-divertida-humorista-espanol-ilustro-dos-guias-inexpertos-artes-culinarias>

<http://comunidad.terra.es/blogs/versoscomestibles/default.aspx>

<http://gastronomiaenverso.blogspot.com/2006/12/las-sopas-de-ajo.html>

http://www.consumer.es/web/es/alimentacion/en_la_cocina/trucos_y_secretos/2007/10/11/48527.php

<http://elcomercio.pe/noticia/637567/todos-gustos-pruebe-cuy-picante-papa-chaufa-amazonico>

<http://elcomercio.pe/gastronomia/708757/noticia-cebipisco-fusion-100-peruana>

<http://elcomercio.pe/gastronomia/717076/noticia-pizzas-sabor-peruano-desde-cecina-hasta-rocoto-relleno>

<http://elcomercio.pe/gastronomia/677788/noticia-helados-peruanos-le-gustaria-probar-uno-tallarines-huancaína>

<http://elcomercio.pe/gastronomia/701465/noticia-exotico-restaurante-estadounidense-vendera-tacos-leon>

<http://elcomercio.pe/gastronomia/715722/noticia-vino-polvo-sazonador-comidas-que-viene-conquistando-mercados>

<http://elcomercio.pe/noticia/633225/chefs-experimentan-flores-comestibles-ecuador>

<http://www.directoalpaladar.com/cultura-gastronomica/flores-en-la-cocina>

<http://labuenavidagourmetdemaren.blogspot.com/2010/09/las-nuevas-tendencias-gastronomicas.html>

http://www.delafee.com/index.php?cPath=48_57&page=ediblegold

<http://www.elcriticogourmet.com/?p=211>

<http://elcomercio.pe/gastronomia/713538/noticia-postre-interactivo-dia-amor>

<http://recetasparamishijos.blogspot.com/2010/08/mad-artists-tea-party-la-primera.html>

<http://www.odditycentral.com/pics/cutest-snacks-ever.html>

<http://www.chercabulasmindbox.com/2009/09/creative-food-art.html>

<http://www.foodandwine.com/articles/new-era-of-the-recipe-burglar>

http://www.institutodelperu.org.pe/descargas/Eventos/Conferencias/2009sep-microseguros/aporte_de_la_gastronomia_en_el_per.pdf

<http://elcomercio.pe/gastronomia/722554/noticia-libros-peruanos-se-consagraron-oscar-gastronomia>

<http://elcomercio.pe/gastronomia/683723/noticia-salchimix-carritos-sangucheros-ya-tienen-juego-facebook>

<http://www.playfirst.com/game/dinerdash>

<http://www.zylom.com/latam/juegos-online-gratis/cake-mania/?sgid=2246>

<http://peru21.pe/noticia/718548/google-ahora-trae-recetas-cocina>

<http://elcomercio.pe/tecnologia/690806/noticia-estas-son-mejores-aplicaciones-iphone-ayudarnos-cocina>

<http://elcomercio.pe/gastronomia/704327/noticia-problemas-cocinar-sepa-como-combinar-sus-ingredientes>

http://www.flickr.com/groups/i_ate_this/

<http://skinnygourmet.blogspot.com/2008/02/what-is-food-porn.html>

<http://elcomercio.pe/noticia/481440/porn-food-nueva-manera-ver-comida>

<http://www.foodporn.net/blueberry-cake/>

<http://solorecetas.com/del-mar-a-tu-mesa-cubierto-de-coral/992#more-992>

<http://www.cocinaria.com/2007/08/22/puzzles-con-platos-para-aperitivos/>

<http://www.internetopina.com/296/un-restaurante-encima-de-un-arbol-un-diseno-original-y-espectacular-de-arquitectura.html>

<http://elcomercio.pe/gastronomia/465663/noticia-laboratorio-cocina-conozca-tecnicas-gastronomia-molecular>

<http://www.wordiq.com/definition/Sadza>

http://www.wipo.int/sme/es/case_studies/algorithm.html

<http://gwataboy.blogspot.com/2007/12/9-december-2007.html>

<http://www.muyinteresante.es/la-freidora-que-frie-sin-aceite>

<http://elcomercio.pe/gastronomia/690310/noticia-imprimir-comida-posible-prototipo-creado-cientificos>

<http://elcomercio.pe/gastronomia/707237/noticia-ahora-alimentos-no-solo-se-comen-se-inhalan>

<http://elcomercio.pe/gastronomia/675033/noticia-maquina-hacer-pan-arroz-casero-arrasa-japon>

<http://elcomercio.pe/gastronomia/688536/noticia-disney-magia-acaba-registrar-patente-torta-interactiva>

http://store.yankodesign.com/elevate-utensils-multicolor-6?___SID=U

<http://store.yankodesign.com/home-and-office/kitchen-dining/bowlboard>

<http://www.gruponeva.es/blog/noticia/3319/green-house-usb-memory-sticks-las-tarjetas-de-memoria-usb-en-forma-de-jugosa-hamburguesa-hot-dog-con-mostaza-rica-pizza-y-sandwich-de-carne-con-lechuga-y-huevo.html>

<http://store.yankodesign.com/home-and-office/kitchen-dining/kill-time-gun-mug>

<http://store.yankodesign.com/home-and-office/kitchen-dining/ninja-shuriken-magnet>

<http://store.yankodesign.com/taste-explosion-salt-and-pepper-shakers-by-thabto>

http://www.emprendedores.pe/site/index.php?option=com_content&view=article&id=36%3Agaston-acurio-discurso-de-orden-de-gaston-acurio-en-la-universidad-del-pacifico&catid=25%3Aarticulo&Itemid=29

http://www.signature-line.com/02_ContourBottle/02_ContourBottle.html

<http://www.gastronomiaycia.com/2008/08/03/latas-de-diseno-para-vino/>

<http://elcomercio.pe/gastronomia/694698/noticia-sueno-golosos-eje-tematico-este-hotel-comida>

<http://elcomercio.pe/tecnologia/480019/noticia-llega-al-peru-tecnologia-3d-sin-lentes-marketing-olfativo-realidad-aumentada>

http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2009/01/article_0003.html

http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2006/05/article_0001.html

<http://elcomercio.pe/gastronomia/704863/noticia-multisensorial-vajillas-audiovisuales-madrid-fusion>

http://www.kimcreativestar.com/Portfolio/Cures_for_Boredom/Entries/2011/1/1_PANTONE_CHIP_COOKIES!.html

<http://peru21.pe/noticia/836681/denominaciones-permiten-exportar-mas>

http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/14/jer/guias_informativas/do_sep.pdf

http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=11&JER=377

http://www.exportando-peru.com/Tips-Exportador/1337/9/Cafe_de_Machu_Picchu_obtiene_certificacion-.html

<http://www.andina.com.pe/Espanol/Noticia.aspx?Id=yBWbO1qiJoY=>

<http://tragosybebidas.com/t/pisco/>

<http://www.pymex.pe/noticias/134-productos-estrella/7741-ceramica-de-chulucanas.html>

http://findarticles.com/p/articles/mi_m3190/is_n4_v27/ai_13396297/

<http://www.complexip.com/resources/patent-and-trademark-library/>

<http://www.nytimes.com/2008/04/19/nyregion/19suit.html>

<http://www.brandsoftheworld.com/logo/kfc-logo>

<http://sentencias.juridicas.com/docs/00213501.html>

http://institutomercadoycompetencia.com/publicaciones/aprovechamiento_indebido.pdf

[http://www.abanlex.com/2010/08/elle-vs-cuore-e-interviu-stc-ap-barcelona-de-17112009/?](http://www.abanlex.com/2010/08/elle-vs-cuore-e-interviu-stc-ap-barcelona-de-17112009/)

Anexos

Anexo 1: Maraví Contreras, Alfredo. Entrevista telefónica a Jan-David Gelles Caner. 12 de noviembre del 2010.

Anexo 2: Consultas vía correo electrónico realizadas al restaurante elBulli en noviembre de 2010. Brindó respuesta el chef Marc Cuspinera, quien se ocupa de los negocios de imagen y consultoría vinculados a dicho restaurante.



Entrevista telefónica al profesor Jan-David Gelles Caner

Profesor del Departamento de Economía de la PUCP y de la Maestría en derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia

Entrevistador: Alfredo Maraví Contreras

Fecha: 12/11/2010

Hora: 11:00am

Transcripción

1. Desde el punto de vista de la economía, ¿qué defectos tiene el actual sistema de Derecho de Autor como elemento promotor del desarrollo económico y de la innovación?

Hay un excesivo periodo de protección. Se protege la obra durante toda la vida del autor más 70 años. Lo que se debe buscar es una protección mínima, lo suficiente para que se logre incentivar la creación de obras.

2. ¿Qué recomendaciones daría para el defecto que ha señalado?

Es necesario reducir el plazo de protección. Esta reducción debería ser realizada de acuerdo a cada tipo de obra. La misma solución debería darse en el área de Patentes, que tiene un problema análogo al Derecho de Autor.

3. ¿El Derecho de Autor debería desaparecer?

En un contexto que se basa en las competencias y derechos, hay que reducir el plazo de protección de los derechos. Mientras más extensa la protección, las corporaciones titulares de los derechos se benefician más, se favorece su monopolio.

Sin embargo, sí se podría pensar en un sistema operativo libre y alternativo (no basado en competencia y derechos) para la protección de las obras.

☆ Marc Cuspiner mcuspi@elbulli.com para usuario

[mostrar detalles](#) 09/11/10

[Responder](#)

No se muestran las imágenes.

[Mostrar las imágenes a continuación](#) - [Mostrar siempre imágenes de mcuspi@elbulli.com](#)

Apreciado Alfredo

en primer lugar gracias en nombre del equipo de elBulli por creer en nuestro trabajo.

le mando las respuestas a su cuestionario.

Le ruego nos haga llegar un ejemplar del trabajo para poder incluirlo en el archivo de elbulli Taller

elBulliCarmen
 c/ carmen 15 ent 2
 08001 Barcelona

Atentament
 Marc Cuspiner



chef@elbulli.com
www.elbulli.com

No debe de haber prejuicios, si creas una nueva receta, técnica o un nuevo concepto es para la evolución de la cocina.

es inevitable que, a la que encuentran eco nuevas elaboraciones y técnicas, éstas se difundan en otros restaurantes, sobre todo teniendo en cuenta que, gracias a los congresos gastronómicos, los cocineros divulgamos nuestros "secretos", que no son tales, para beneficio de todo el sector.

La manera que utilizamos normalmente para la difusión y el conocimiento de una nueva técnica, elaboración o concepto utilizado, es dando a conocerlo en los certámenes, demostraciones, o congresos de cocina, o también con la publicación de la receta en libros, revistas...

No hay un mecanismo para su protección ya que no se pueden patentar las recetas de cocina propiamente, se puede registrar como propiedad intelectual, con protección sobre la redacción del texto y la manera de explicar cómo se llega a la receta final, registrándose como obra literaria, otra cosa es en el mundo de la industria alimentaria, que se registra como Patente Química, con unos requisitos específicos de aplicación, inventiva y novedad.

Artículo 10. Obras y Títulos originales.

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

Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza.

De: Alfredo Maraví Contreras [mailto:maravi.a@pucp.pe]

Enviado el: sábado, 06 de noviembre de 2010 1:20

Para: taller@elbulli.com

Asunto: Entrevista al chef Ferran Adrià

Estimado Chef Ferran Adrià,

Le saluda Alfredo Maraví, soy profesor en Derecho de la Propiedad Intelectual en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Me encuentro investigando las características jurídicas de la industria gastronómica. Estoy en la búsqueda del mejor mecanismo para proteger las recetas y platillos.

La investigación me ha generado varias dudas sobre el funcionamiento de la industria y me gustaría hacerle unas preguntas, las cuales espero pueda responder por e-mail (adjunto las preguntas al final del e-mail).

Disculpe si lo he importunado, pero hay oportunidades ante las cuales vale la pena arriesgarse.

Muy agradecido por su gentil atención

Atentamente,

Alfredo Maraví Contreras
Profesor Tiempo Completo
Departamento de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
Cel: 997460135

Preguntas

1. ¿Cómo reconocen entre los chefs que un platillo pertenece a un chef determinado? o ¿incluso que pertenece a un país determinado?
2. ¿Qué mecanismo utilizan los chefs o cocineros para proteger sus creaciones?, ¿las mantienen en secreto?, ¿hacen conocidas las marcas de sus restaurantes para que el resto de la industria les reconozca su autoría?
3. ¿Genera perjuicios la imitación de platillos o es parte del proceso mediante el cual la industria gastronómica incrementa su creatividad?
4. ¿Se pueden repetir los platillos o cada plato preparado es una creación nueva (por ejemplo debido a la sazón)?

