



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Comercial

LOS ACTIVOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ÁMBITO GASTRONÓMICO Y CULINARIO.

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Jorge Andrés Entrala Rivera.

Profesor Guía: Santiago Schuster Vergara.

Santiago de Chile

2018

AGRADECIMIENTOS.

Agradezco a todas las personas que aportaron de una u otra manera en la realización de esta investigación, también a todos aquellos que me brindaron su apoyo a lo largo de toda la etapa que me apronto a terminar, tanto en el ámbito personal como académico.

Quiero destacar el apoyo de mi familia, especialmente mis padres, que han sido un pilar fundamental para mi realización personal. No quiero dejar de mencionar a mis amistades, que me han ayudado tanto con sus consejos como con su apoyo.

Por último, mi más sincero agradecimiento a mi profesor guía, que con sus críticas y correcciones enfocaron y simplificaron enormemente mi investigación.

A todos ellos, muchas gracias.

RESUMEN.

La presente investigación intenta dilucidar las fórmulas de protección a la propiedad intelectual, dentro del ámbito gastronómico y culinario, analizando normativa nacional e internacional, jurisprudencia y doctrina chilena y comparada. Nace la necesidad de investigar este tema, en virtud de la negativa que da la Ley de Propiedad Intelectual a la protección de las recetas; uno de los bienes más importantes para los emprendimientos culinarios.

Para cumplir los objetivos de esta investigación se revisará la situación tanto en lo que concierne a la Propiedad Industrial, como al Derecho de Autor, e incluso se analizarán materias afines a ellas que tienen relevancia en los emprendimientos culinarios.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I. ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL	8
1. CUESTIONES PREVIAS A CONSIDERAR: EL OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.	8
2. LA IDEA: ¿ES UN OBJETO PROTEGIBLE POR EL DERECHO DE AUTOR?	15
CAPÍTULO II. LA GASTRONOMÍA COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL	21
1. LA POSIBILIDAD DE PROTECCIÓN DE LAS RECETAS EN EL DERECHO DE AUTOR.....	21
2. LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN DEL ARTE CULINARIO EN LA ACTUALIDAD.....	23
CAPITULO III. ACTIVOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ÁMBITO GASTRONÓMICO.	29
1. ACERCAMIENTOS AL CONCEPTO DE ACTIVOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: SU RELACIÓN CON EL CAPITAL INTELECTUAL	29
2. ACTIVOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LOS EMPRENDIMIENTOS CULINARIOS	31
CAPITULO IV. FÓRMULAS DE PROTECCIÓN A LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ÁMBITO GASTRONÓMICO	34
1. CUESTIONES RELEVANTES A CONSIDERAR.....	34
2. PROTECCIÓN DENTRO DEL SISTEMA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL	35
A. Marcas de productos o servicios	36
a. <u>Las Marcas no tradicionales</u>	41
a. <u>La marca tridimensional</u>	45
b. <u>Marcas Auditivas</u>	49
c. <u>Marcas Olfativas</u>	51

d. <u>Marcas gustativas</u>	53
b. <u>Ventajas y desventajas de las marcas no tradicionales</u>	57
c. <u>Otro caso de protección de la propiedad industrial: Los dibujos industriales</u>	59
3. PROCEDIMIENTO PARA EL REGISTRO DE MARCAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO	60
4. PROTECCIÓN DENTRO DEL SISTEMA DE DERECHO DE AUTOR	64
a. Obras literarias	64
b. Diseños que constituyan obras	70
c. Dibujos e ilustraciones.....	77
d. Obras musicales.....	78
e. Forma arquitectónica	79
f. Software	85
g. Fotografía	86
5. CONCLUSIONES DEL USO DEL DERECHO DE AUTOR	88
<u>CAPITULO V. OTRAS FÓRMULAS DE PROTECCIÓN</u>	91
1. SOBRE LA COMPETENCIA DESLEAL. SU RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE LOS ACTIVOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, Y LOS EMPRENDIMIENTOS EN TORNO A ÉL	91
2. EL TRADE DRESS. ACERCAMIENTOS A SU CONCEPTO	93
3. CASOS PARADIGMÁTICOS DE DEFENSA DEL TRADE DRESS, EN EL ÁMBITO CULINARIO ...	96
<u>CONCLUSIONES</u>	102
<u>BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN</u>	110

INTRODUCCIÓN.

Esta investigación tendrá como propósito encontrar las diversas fórmulas de protección que existen hoy en día en el ordenamiento jurídico nacional, para proteger los diversos activos de propiedad intelectual que se presentan en el ámbito culinario, y los diversos emprendimientos que se desarrollan en torno a él.

Surge desde la incertidumbre generada en parte del ámbito culinario, por la exclusión del ámbito de protección del ordenamiento jurídico de las *recetas*, en relación con la protección de obras intelectuales. Ese hecho genera incertezas con respecto a qué maneras podrán servir para proteger los derechos de propiedad intelectual, si uno de los principales activos del rubro –como lo son las recetas- no son objeto de protección.

En virtud de lo recién señalado, es que veremos los motivos de por qué las recetas no encuentran protección en la propiedad intelectual, revisando las causas que determinan que las ideas no se protejan en esta materia, sin dejar pasar ciertos argumentos que defienden la creencia de que las ideas sí deberían ser protegidas por las normas de propiedad intelectual.

Por su parte, el presente trabajo pretenderá dotar de ciertas soluciones jurídicas, para aquellos que se desarrollan económicamente dentro del ámbito estudiado, es decir, intentaremos dilucidar los diversos activos de propiedad intelectual que se encuentran en los emprendimientos relacionados al ámbito culinario y gastronómico, y posteriormente, señalaremos las distintas vías y cursos de acción existentes para proteger o defender el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual.

La metodología utilizada se basará principalmente en un análisis normativo y doctrinario sobre el tema objeto de esta investigación, vislumbrando las fórmulas de protección jurídica en el Derecho de Autor como en la Propiedad

Industrial, pero, por otra parte, intentaremos encontrar respuestas de índole cultural y filosóficas al por qué existe este sentimiento de desprotección en el ámbito culinario.

De igual manera, a lo largo de esta investigación se desarrollarán ciertos conceptos modernos que permitirían desarrollar una evolución hacia la incorporación de nuevos tipos de marcas protegibles en el campo jurídico.

CAPÍTULO I. ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

1. CUESTIONES PREVIAS QUE CONSIDERAR: EL OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

Como ya se ha expresado, esta investigación pretende otorgar protección de la propiedad intelectual a aquellas obras relacionadas a lo que denominaremos como “*Arte Culinario*” y todo lo que a él le rodea. No obstante, no podemos dar ese paso sin antes preguntarnos qué es lo que protege la Propiedad Intelectual.

En este sentido, el Acuerdo sobre los Aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Anexo 1C del Tratado de la Organización Mundial del Comercio (OMC), nos da claras luces sobre lo que se comprenderá por Propiedad Intelectual, y, en definitiva, qué es lo que protege.

En el Artículo 1 del mismo cuerpo legal, se menciona que *“la expresión “propiedad intelectual” abarca todas las categorías de propiedad intelectual que son objeto de las secciones 1 a 7 de la Parte II”*. En aquellas secciones, se manifiestan como inmersas dentro del ámbito de la propiedad intelectual *“al derecho de autor y los derechos conexos, así como a los derechos sobre las marcas de fábrica o de comercio, las indicaciones geográficas, los dibujos y modelos industriales, las invenciones y los esquemas de trazado de los circuitos integrados y a la protección de la información no divulgada”*¹.

A su vez, el Convenio de Estocolmo de 1967, parte en su Artículo 1° con diferentes conceptos de relevancia, en donde el N° VIII define específicamente a

¹ El Acuerdo sobre los ADPIC es el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994.

la Propiedad intelectual, expresando que hace referencia a los derechos relativos a las obras literarias, artísticas y científicas; a las interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión; a las invenciones en todos los campos de la actividad humana; a los descubrimientos científicos; a los dibujos y modelos industriales; a las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales; y a la protección contra la competencia desleal, y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico.

De lo anterior, es posible inferir que tanto el Acuerdo sobre los Aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, como el Convenio de Estocolmo de 1967 aluden a lo que denominaremos un *Concepto Amplio* de Propiedad Intelectual. En este, consideraremos inmersas tanto las materias relacionadas al *Derecho de Autor*, como a las de la *Propiedad Industrial*.

En este sentido, la doctrina por su parte señala que si bien existen ordenamientos jurídicos que confunden la propiedad intelectual con el derecho de autor, hoy en día el concepto ha tendido a universalizarse, *“abarcando así los dos grandes sistemas (derecho de autor y propiedad industrial), sin perjuicio de que la “propiedad industrial” pueda dividirse, a su vez, en dos áreas: el derecho “inercial” por una parte y el derecho “marcarío” por la otra”*².

De esta forma, podemos conceptualizar a la Propiedad Intelectual, como un tipo de propiedad especial que recae sobre las producciones que nacen del esfuerzo, habilidad o destrezas propias del talento humano, en los campos de la ciencia, de la cultura, del arte, y de la industria, entendida ésta tanto en sus aspectos técnicos, tecnológicos y biotecnológicos, como en los comerciales.

² ANTEQUERA PARRILLI, Ricardo. *“Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos”*. Caracas. Edición, Escuela Nacional de la Judicatura, 2001. P. 4.

Lo recién expresado, viene en contraposición a lo que ocurre con algunos ordenamientos jurídicos que confunden los conceptos de Propiedad Intelectual, con el de Derecho de Autor, es decir, hacen sinónimos dos conceptos que, en realidad, tienen una relación de género a especie.

Con lo anterior ya clarificado, es imprescindible conceptualizar lo que vamos a entender por **“Arte Culinario”**. Utilizamos este concepto -sobretudo-, por la carga que representa la palabra *Arte* para la propiedad intelectual.

El *Arte Culinario*, no debe confundirse con la gastronomía. La última es la Ciencia que estudia la relación del ser humano, con su comida, su entorno y naturaleza. El Arte Culinario es una especie del género gastronomía, relacionado directamente con la creación de obras artísticas por intermedio de alimentos, siendo un proceso creativo de gran envergadura, y que logra provocar diversas sensaciones, más allá del simple gusto.

Sin embargo, más allá de esta precisión, las definiciones contenidas en los diccionarios para uno u otro concepto, no nos ayudan en esta tarea de ayudar a elevar la apreciación social que se tiene sobre la gastronomía y específicamente, el Arte Culinario, puesto que prácticamente definen estos conceptos como el acto mismo de comer, es decir, el proceso biológico de ingerir alimentos para nutrirse, sin ninguna carga cultural, intelectual o artística de fondo.

En este sentido, el diccionario de la Real Academia Española contiene dos acepciones para el concepto de gastronomía, a saber:

- 1) Arte de preparar una buena comida; y
- 2) Afición a comer regaladamente.

Sin dudas ambos conceptos parecen pobres a la luz del conocimiento y desarrollo actual de la gastronomía.

Esta situación parece ser resabio de épocas pretéritas, en donde incluso se catalogó el sentido del gusto en un grado inferior a los demás. Al respecto,

“Platón estableció los parámetros acerca de la distinción entre los sentidos. Consideró dignas del escalafón más alto a la vista y al oído. Estos sentidos funcionarían como ayudas sensoriales en el desarrollo de la sabiduría, asociándose a lo masculino, aunque pudieran éstos confundir, ya que nunca podrían remplazar la actividad intelectual. Por otra parte, los clasificados como sentidos inferiores: el tacto, el olfato y el gusto, fueron asociados a lo femenino y lo irracional, por su implicación de un desvío hacia el placer subjetivo y su interrupción del progreso al proceso intelectual y por ende hacia el conocimiento”³.

Reafirma esta concepción platónica del gusto, el autor **KORSMEYER**, quien manifiesta que *“incluso el disfrute gustativo más refinado sigue siendo un placer sensorial y, como tal, es inferior al placer intelectual que proporciona la vista o el oído. Por eso las artes que están relacionadas con la vista y el oído, son superiores a las artes que apelan a los sentidos inferiores como la perfumería o la cocina”⁴.*

De lo anterior pueden nacer las dudas que existen en el ambiente culinario respecto a si existe o no protección jurídica de la propiedad intelectual en su ámbito, basados en la histórica inferioridad que se le ha dado a lo relacionado con el gusto. Específicamente, elevar el sentido del gusto en su importancia, y equiparar su relevancia a la de los otros sentidos, desechando la concepción platónica del mismo, es el primer paso para entender que el Derecho de Autor podrá otorgar herramientas jurídicas de protección para aquellas personas que realicen obras culinarias originales de gran valor artístico.

Como bien hemos explicado, la gastronomía representa una ciencia interdisciplinaria muy amplia, por lo que convendrá acotar de cierta manera el

³ GARRIDO MORENO, Berta. La cocina y la experiencia culinaria como proceso artístico y creativo. 2012. En: Revista Creatividad y Sociedad. P. 7. [En Línea] <http://www.creatividadysociedad.com/articulos/19/La%20cocina%20y%20la%20experiencia%20culinaria.pdf> [Consulta: 23 octubre 2017].

⁴ Garrido Moreno, Berta. *Ibíd.* P. 8.

ámbito de ella que analizaremos en la presente investigación. Aquí nos preocuparemos de encontrar protección jurídica, dentro del ámbito de la propiedad intelectual a aquellas obras del Arte Culinario, y, además, a los diversos activos de propiedad intelectual que podemos encontrar alrededor del arte culinario en sí, como aquellos que se desarrollan en el marco de un emprendimiento relacionado con aquella materia, como por ejemplo un restaurante, una confitería, una pastelería, una chocolatería, entre otros. Sólo para efectos de esta investigación, les denominaremos *“emprendimientos culinarios”*.

Si bien, desarrollaremos en profundidad aquello en el Capítulo III, nos referimos a elementos como el diseño gráfico del restaurante, diseño en la confección de un plato, el diseño arquitectónico de un local, entre otros tantos.

Además, no podemos marginar de este estudio, otras áreas relacionadas al arte culinario que se encuentran protegidas por el Derecho de Autor, tales como las *compilaciones* de recetas, e incluso la receta como *obra literaria*.

Por último, analizaremos la protección que pudiere tener un emprendimiento culinario en el ámbito de la propiedad industrial, por ejemplo, en lo referente a las Marcas y Patentes de Invención.

Volviendo al eje central de este capítulo, precisaremos a grandes rasgos el objeto de estudio de la Propiedad Intelectual. En primer lugar, analizaremos el objeto protegible del Derecho de Autor, para luego revisar la situación de la propiedad industrial.

El objeto de protección del Derecho de Autor según el Convenio de Berna, son *“las obras literarias y artísticas, que comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de*

*expresión*⁵. También deben considerarse aquellos autores de obras fruto de adaptaciones.

A modo de complemento *“El Convenio deja sentado el principio de la generalidad de la protección en beneficio de todas las producciones de las esferas literaria, científica o artística y, como un segundo criterio, estipula que, para la determinación de la obra protegida, no debe tenerse en cuenta ni su modo ni su forma de expresión.*⁶

En el mismo sentido, nuestro ordenamiento jurídico, que regula el Derecho de autor en la ley de Propiedad Intelectual 17.336, señala que le brindará protección a *“los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina”*⁷.

De lo anterior, parece posible desprender que el Derecho de Autor no incluye dentro del ámbito de su influencia a las recetas, teorías, procedimientos y sistemas, y todo lo que, siendo una simple repetición mecánica de pasos, no implique una acción de la inteligencia humana.

Sin embargo, encontramos una razón de texto que es aún más clara respecto al tema, nos referimos al segundo párrafo del artículo 9 del acuerdo sobre los ADPIC, el cual señala que *“La protección del derecho de autor abarcará las expresiones, pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”*⁸.

Por su parte, el artículo 3° de la ley N° 17.336, contiene una lista extensa y no taxativa de obras protegibles por el Derecho de Autor, que no conviene analizar

⁵ Art. 2 Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

⁶ Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)

⁷ Art. 1°. Ley N° 17.336. CHILE. Propiedad Intelectual; Derechos de Autor. Santiago, 02 de octubre de 1970.

⁸ El Acuerdo sobre los ADPIC es el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994.

por completo, pero sólo cabe destacar que se analizarán las relacionadas al arte culinario en el Capítulo IV de la presente investigación.

Cabe destacar de igual manera, que el Derecho de Autor no protegerá todas las obras que se encuentren dentro de los casos estipulados en el artículo al que se hizo referencia en el párrafo anterior, puesto que a su vez se le exige a la obra el cumplimiento del requisito de la *originalidad*.

ANTEQUERA define este concepto, señalando que *“La originalidad de las obras (o el de que están protegidas las obras cuando sean originales), aparece expresamente mencionado en muchas leyes nacionales y apunta a su individualidad (y no a la novedad stricto sensu , propia del derecho invencional), es decir, que el producto creativo, por su forma de expresión, debe tener características propias como para distinguirlo de cualquiera otro del mismo género, a diferencia de la copia, total o parcial, de la creación de otros (lo que tipificaría un plagio), sin una interpretación o sello personal; o de la simple técnica, que sólo requiere de la habilidad manual de la ejecución”*⁹.

A su turno, a través de la propiedad industrial podremos proteger *“las marcas, las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos y diseños industriales, los esquemas de trazado o topografías de circuitos integrados, indicaciones geográficas y denominaciones de origen y otros títulos de protección que la ley pueda establecer”*¹⁰.

Con respecto a aquello, cabe señalar que la propiedad industrial también podría brindar posibilidades de protección a los emprendimientos culinarios, lo que se analizará en extenso en el ya citado Capítulo IV.

Por último, si bien se busca analizar correctamente desde una perspectiva general los activos de propiedad intelectual presentes en los emprendimientos

⁹ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines. Colección de Propiedad Intelectual. Aisge y Reus. Madrid, 2007. Pág. 51.

¹⁰ Art. 1º. Ley 19.039. CHILE. Ley de Propiedad Industrial. Santiago, 9 de marzo de 2006.

culinarios, tanto en la propiedad industrial, como en el derecho de autor, se realizará un análisis más exhaustivo respecto a estas últimas, por la importancia que presenta para esta investigación la concepción artística que conlleva –en determinados casos- la creación culinaria.

2. LA IDEA: ¿ES UN OBJETO PROTEGIBLE POR EL DERECHO DE AUTOR?

Como ya se esbozó anteriormente, existen varias razones legales que justifican el hecho de que la idea no es un objeto protegible por el Derecho de Autor.

A saber, el Derecho de Autor no protege las ideas, sino que protege una *“forma de expresión original”* de una determinada idea, en otros términos, la mayoría de las ideas ya se encuentran usadas, pero cuando esta se expresa de una *forma* que conlleve *originalidad*, el derecho de autor viene a proteger esa *forma*, más no así, su *contenido*.

Muchos cuentos, series, películas, cortometrajes, novelas, poemas parten de una misma raíz o lugar común. Que corriente es ver la típica historia de dos enamorados que no son correspondidos, y que luego de superar muchos obstáculos logran estar juntos, casi al terminar la historia. Planteándolo de esta manera, sería lógico pensar que esa historia no merece ninguna protección, ya que no contiene nada de novedoso, pero lo cierto es que la gran parte de esas historias si son protegidas, y es precisamente porque en la forma de expresión de esa idea primigenia encuentran la originalidad exigida por el Derecho de Autor.

En esta misma línea, encontramos lo dicho por doña **DELIA LIPSZYC**, quién sostiene que *“una misma idea, una misma investigación, un mismo tema son*

retomados infinidad de veces. En su desarrollo, cada autor aporta la impronta de su personalidad, su individualidad. En ocasiones el resultado es altamente enriquecedor, en otras trivial, pero lo que permite que cada generación impulse el lento avance de la civilización es la posibilidad de trabajar sobre lo existente, de proseguir el camino sin tener que rehacerlo”¹¹.

En relación con lo anterior se manifiesta la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), acuñando algo de especial relevancia, puesto que reconociendo que las ideas no son protegibles por la Propiedad Intelectual por regla general, si les reconoce protección cuando se trata de *invenciones*, dentro del ámbito de la propiedad industrial. *“Esas nuevas soluciones son ideas, y como tales pueden ser objeto de protección; en la protección de las invenciones que se contempla en la normativa de patentes no se exige que la invención quede representada de forma física. Por consiguiente, la protección que se concede a los inventores viene a ser una protección contra toda utilización de la invención sin la debida autorización de su propietario”¹² [Énfasis añadido].* Sin embargo, el mismo organismo es quién manifiesta claras diferencias con la protección de las Obras en el Derecho de autor, siendo la más relevante la referente al plazo de protección, que en el ámbito de las patentes es notablemente más corto que en el Derecho de Autor, puesto que en las primeras es de 10 años desde el registro, mientras que, en el segundo caso, es de 70 años desde la muerte del creador de la obra.

Sin embargo, existen autores que intentan dar un vuelco a lo recién expuesto, buscando brindarles protección jurídica a las ideas dentro de la Propiedad Intelectual, y específicamente en el Derecho de autor. En esta línea, gran valor tiene el trabajo realizado por don **RAFAEL SÁNCHEZ ARISTI**¹³, en el

¹¹ LIPSZYC, Delia. “Derecho de Autor y derechos conexos”, Buenos Aires, Unesco/Cerlalc/Zavalía, 1993, p. 62.

¹² Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). “Principios básicos del Derecho de Autor y los Derechos Conexos”. P. 5.

¹³ Profesor Titular interino de Derecho Civil, Universidad Rey Juan Carlos.

artículo titulado “Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual”. En el mencionado trabajo, el autor elabora una serie de argumentos de todo tipo para justificar su tesis, respondiendo a los principios clásicos del derecho de autor, y como estos pueden no estar tan alejados de una protección jurídica a las ideas.

Comienza criticando la dicotomía entre *formas versus ideas*, manifestando que “*a mi parecer resulta poco recomendable el mantenimiento a ultranza de la dicotomía forma-ideas, como si nos hallásemos ante dos nociones absolutamente inconciliables. El proceso de creación de una obra consiste, en la mayoría de los casos, en un progresivo avance a través de diversas etapas en las que los abstractos materiales iniciales van dejando paso a un resultado final concreto. El proceso de perfilación de una idea también. Hay ideas poco definidas igual que hay obras excesivamente simples. Hay ideas elaboradas del mismo modo en que hay obras formalmente complejas (...) pero ello ocurrirá tanto en el terreno de la expresión (forma) como en el de los contenidos (ideas)*”¹⁴.

Consideramos de gran lucidez lo mencionado en el párrafo recién citado, ya que el autor pretende poner el acento en todo el proceso creativo de una obra y no sólo en el resultado, el cual es claramente – y por razones obvias - el punto final de una obra que fue previamente concebida y planeada en su realización por el creador.

Para sustentar su opinión, Sánchez Aristi sale al paso de gran parte de la doctrina que alude a la idea como un mero pensamiento, “*que no ha salido todavía de nuestra mente*”, o que “*no puede recibir protección alguna por parte de la ley, ni tampoco la necesita*”¹⁵. El autor enfatiza al respecto en que no hay que caer en confusiones, y señala que “*claro que la idea que no haya sido expresada -en el sentido de plasmada o materializada a través de un soporte tangible intangible-*

¹⁴ SANCHEZ ARISTI, Rafael. En “Las Ideas Como Objeto Protegible Por La Propiedad Intelectual”. Artículo publicado en pe. i. Revista de Propiedad Intelectual, n.º 4, enero-abril de 2000, pp. 33-34.

¹⁵ AMAT LLARI, “La distinción entre idea y forma en el derecho de autor en España”, en *La protección de las ideas*, ALAI, Sitges, 1992, p. 109.

carecerá de aptitudes para recibir protección, pero enfatizar este extremo puede conducir a soslayar la evidencia de que tampoco la forma expresiva de una obra recibirá protección en tanto permanezca meramente concebida o atisbada en la mente de su autor”¹⁶.

En este punto, reconoce la importancia que tiene la materialización de la obra en un determinado soporte, principalmente porque permite tener mayor certeza sobre los derechos de una obra, pero es claro en señalar que no es pertinente enfatizar extremadamente aquello, puesto que consecencialmente traería consigo que la forma de expresión tampoco sería protegida mientras permanezca en el fuero interno del creador. De esta manera, se intenta dar un vuelco a uno de los típicos argumentos planteados para explicar por qué la idea no tiene protección, que radica en que no se puede comprobar su originalidad porque no ha sido plasmada o materializada en un soporte, ya que esa misma situación sucede respecto a las formas de expresión, las cuales tampoco se protegen si no son materializadas, por lo que no parece ser una respuesta específica para explicar el por qué las ideas no son objeto de protección en el derecho de autor.

En este mismo sentido, otro de los argumentos expuestos por el profesor, tiene relación con el objeto de protección del Derecho de Autor, manifestando que *“la cuestión que nos ocupa debería dejar de relacionarse con el objeto del derecho de autor -las ideas no lo son, la forma expresiva sí-, para pasar a englobarse en el ámbito del contenido del derecho de autor -se protege contra la explotación inconsentida de todo fruto del esfuerzo intelectual ajeno, merezca recibir la consideración de ‘forma’ o de ‘idea’”¹⁷.*

En otras palabras, el autor busca priorizar la protección al esfuerzo intelectual de una persona, por sobre la forma de expresión de la misma, ya que de lo contrario se podría proteger a personas que, sin realizar alguna labor

¹⁶ SANCHEZ ARISTI, Rafael. Ibid. p. 27

¹⁷ SANCHEZ ARISTI, Rafael. Ibid. p. 28.

intelectual creativa, fijen una idea que no les pertenece mediante alguna forma de expresión, y pasen a ser ellos los poseedores de los derechos de esa obra, por sobre quienes la concibieron intelectualmente, pero que no la fijaron materialmente en un soporte. Centra su atención en la labor creativa, que si bien suele ser de quien la fija materialmente, podría no ser así y reflejar el aprovechamiento de un esfuerzo intelectual ajeno, que no va de la mano con el ideal de justicia que el Derecho persigue.

En nuestra opinión, no deja de tener sentido lo planteado por el autor, sin embargo, las razones de seguridad o certeza jurídica parecieran justificar la desprotección de las ideas dentro del ámbito del Derecho de Autor. En otros términos, la protección de una *forma* y no del *contenido* otorga una mayor certeza jurídica, aunque reconocemos que en ocasiones provoca que se pasen por alto claros aprovechamientos a la labor intelectual de otras personas, sólo por no haber sido exteriorizada en los términos que la mayoría de los ordenamientos jurídicos exigen.

Nos gustaría realizar un análisis más acabado del trabajo de Sánchez Arísti, quién incorpora muchos más elementos para la discusión que los recién descritos, pero para los efectos de esta investigación nos deja en claro que la marginación de las ideas en el Derecho de Autor no es algo que aún esté completamente zanjado.

No obstante, la presente investigación tiene como finalidad otorgar protección al ámbito culinario bajo la regulación jurídica actual, que entiende la *idea* como un mero pensamiento que no recibirá protección mientras no sea exteriorizado, es decir, iremos descubriendo que si bien una idea o procedimiento, -que en el ámbito estudiado comprendería a las recetas- no recibe protección, de igual manera los emprendimientos culinarios podrán proteger sus activos de propiedad intelectual. Pensar lo contrario, sería creer que el único activo de

propiedad intelectual que posee un emprendedor culinario serían sus recetas, lo que no tiene ninguna relación con la realidad.

CAPÍTULO II. LA GASTRONOMÍA COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

1. LA POSIBILIDAD DE PROTECCIÓN DE LAS RECETAS EN EL DERECHO DE AUTOR.

La cuestión por tratar en este punto es la referente a la supuesta desprotección del ámbito gastronómico en la protección otorgada por la propiedad intelectual, en otras palabras, se han creado alrededor del ámbito de la gastronomía una serie de mitos tendientes a manifestar que la propiedad intelectual no los protege, y que la cocina es una especie de territorio virgen en donde la legislación nada tiene que decir.

Al respecto, qué duda cabe de que uno de los elementos más relevantes –si no el más- para un trabajador gastronómico; entendiendo por tales a los chefs, cocineros, reposteros, bartenders, entre tantos otros, son sus recetas, y si estas no son un objeto protegible por la normativa de la propiedad intelectual, es comprensible (aunque erróneo) el sentimiento de desprotección de su rubro. Pero ¿realmente podemos subsumir todo lo relativo a la creación culinaria a una simple repetición de pasos? De responder afirmativamente, ninguna duda cabría de que la propiedad intelectual nada tiene que decir al respecto, sin embargo, de responder negativamente a tal pregunta, debemos encontrar otros objetos protegibles, o, dicho de otra manera, distintos activos de propiedad intelectual que nos permitan dar una solución jurídica a la problemática suscitada.

Una opinión muy generalizada dentro del rubro estudiado es que con respecto a las recetas carecería de sentido protegerlas, puesto que históricamente se han ido transmitiendo de boca en boca; de generación en generación, y esta misma retroalimentación es la que permite el desarrollo en la materia. Sostienen

que toda persona aprendió de otra para poder aprender a crear preparaciones culinarias, y que la protección de las recetas iría contra el libre tránsito de la información, lo que no permitiría el óptimo desarrollo de la actividad.

Creemos que, si bien puede ser cierto lo anterior, no es un argumento jurídico que pueda justificar el por qué no se protegen las recetas, ya que esta misma retroalimentación la vemos en las distintas disciplinas que componen el ámbito de aplicación de la legislación de Derecho de Autor. Al respecto, qué duda cabe de la influencia de “The Beatles” en tantos grupos musicales del mundo entero, o la influencia de los maestros de la pintura en las corrientes artísticas, como Juan Gris en el Cubismo, o Salvador Dalí en el surrealismo, por ejemplo, quienes de igual manera contaron con protección a la propiedad intelectual, por más que recibieran influencias de otros referentes.

En definitiva, la desprotección de las recetas es una especificidad de la desprotección genérica que existe para con las ideas, en donde el ordenamiento jurídico opta por no proteger los procedimientos o repetición mecánica de pasos, y subsume a las recetas en aquella categoría.

La receta es una repetición de ingredientes y procedimientos, pero injusto sería creer que ese es todo el trabajo que podría realizar un cocinero en la preparación de un determinado plato o creación culinaria en general. Es precisamente esto lo que iremos dilucidando a lo largo de este trabajo, los diversos activos de propiedad intelectual presentes en el ámbito de los emprendimientos culinarios, y cómo podemos protegerlos según el ordenamiento jurídico actual, despreocupándonos de intentar brindar protección jurídica a las *ideas* dentro de la propiedad intelectual, como único mecanismo de resguardo.

Cabe destacar que las recetas podrán ser protegidas cuando cuenten con una forma de expresión original, pero en este caso lo que se protegerá será esa

forma de expresión, y no su contenido, por lo que no podremos evitar que otra persona prepare un plato siguiendo la misma receta.

A modo de ejemplificación, cualquiera podría preparar un caldillo de congrio, siguiendo la oda que Pablo Neruda le dedicó al mismo y sobre aquello no habría nada fuera del marco legal, sin embargo, la forma de expresión de esa oda si está protegida, ya que está fundada en una obra del intelecto humano, cargada del manto de originalidad que la norma exige, por lo cual no podrá ser utilizada sin el consentimiento del titular de los derechos sobre la obra.

Ahora, si bien cualquiera puede cocinar lo que en una receta se indica, en ocasiones, elaborarlas con una forma de expresión original puede ser de gran ayuda, ya que permite relacionar una determinada receta con un determinado chef, lo que le ayuda a afamar su nombre y aumentar su prestigio dentro del rubro. A pesar de que se ahondará más profusamente sobre el tema en el capítulo siguiente, estos activos de propiedad intelectual poseen gran valor hoy en día. El éxito de un chef, o cualquier otro profesional culinario, va en directa relación con el prestigio que el mismo alcance.

2. LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN DEL ARTE CULINARIO EN LA ACTUALIDAD.

Al principio de este trabajo, planteamos la idea de que la *concepción platónica* del gusto pudo repercutir en la merma de la concepción social que se tiene para con la gastronomía, la cocinería, y el *arte culinario* en específico. Sin embargo, la historia se ha ido encargando de darle una mejor posición a la materia, hasta el día de hoy en que realmente existen verdaderas obras de artes disfrazadas de un plato de comida.

En este sentido, la historiadora francesa **JOAN DEJEAN** nos señala que *“Durante la segunda mitad del siglo XVII comenzó a explorarse una nueva ciencia que mucho más tarde se llamaría gastronomía. Como resultado de este proceso, cocinar y comer dejaron de considerarse una simple necesidad para convertirse en un terreno donde la sofisticación resultaba posible y deseable”*¹⁸. En otros términos, se dejó de cocinar y comer como parte de un simple proceso alimentario, para que pasara a ser un espacio en donde la elaboración, creatividad e innovación encontraran cabida.

Con relación a aquello, **BERTA GARRIDO MORENO** elabora un completo estudio de la evolución histórica que la gastronomía ha tenido. La autora se cuestiona el momento en que la cocina deja de ser algo rutinario, para convertirse en algo creativo, y señala que *“desde la ya mencionada publicación francesa de El cocinero francés de François Pierre de La Varenne, publicado en 1651 y Las delicias de campaña de Nicolás Bonnefons, publicado en 1654, junto con los cambios culturales y políticos promovidos por Luís XIV, la comida y la cocina medieval sufrieron una intensa transformación. Esto ocurrió no sólo en su país de origen (Francia), sino que influyó al resto de países europeos. A consecuencia de esta crisis apareció lo que conocemos como “alta cocina/haute cuisine”*¹⁹.

Continúa señalando que *“La cocina francesa se convirtió en imagen de la innovación y la sofisticación culinaria. Ya no solamente se prestaba una atención especial a la elaboración de la comida, sino que además la forma de presentarla y cómo servirla empezaron a tomar importancia. Pero fue realmente la “Nouvelle cuisine” lo que revolucionaría la cocina, en un país donde el comer significaba mucho más que un acto fisiológico y donde ya en la Revolución Francesa hubiera quien elevara la cocina a la categoría de bellas artes”*²⁰.

¹⁸ DEJEAN, J. La esencia del estilo. Historia de la moda y el lujo contemporáneo. Nerea. San Sebastián, 1998. P. 101.

¹⁹ GARRIDO MORENO, Berta. Ibíd. P. 12.

²⁰ Ibídem.

Tomando en cuenta lo anterior, es claro el desarrollo que ha tenido la creación culinaria hasta el día de hoy, en donde existen cocineros que realmente merecen ser llamados artistas. Como ejemplos podemos mencionar a Ferran Adrià, Heston Blumenthal y Homaro Cantu, entre otros, que han llevado la creación culinaria al sitial de las artes. Ellos han intentado ir más allá de la relación sensorial sólo con el gusto, para incorporar todos los sentidos en una experiencia culinaria.

La última gran revolución del ámbito culinario comenzó a gestarse en los primeros años de la década de 1970, en donde encontró origen el movimiento culinario de la *Nouvelle cuisine*, “que tenía como propósito resolver una preocupación por la dietética”²¹. Lo que inicialmente partió como un movimiento preocupado por la nutrición, fue derivando en un movimiento mucho más amplio.

Se plantea que “*El término Nouvelle Cuisine denomina a una nueva forma de cocinar los productos basada en la creatividad y la imaginación, que respeta los sabores originales empleando salsas ligeras, además de importar y mezclar sabores de todo el mundo. La nueva cocina muestra un especial interés por las texturas de los alimentos, al respetarlos y potenciarlos. Por último, la cuidada presentación de los platos se muestra como la característica más reconocible de esta corriente culinaria*”²².

En relación al origen del movimiento, podemos destacar que “*Este movimiento cultural-gastronómico fue iniciado por dos críticos famosos de la época, Christian Millau y Henri Gault, quienes más tarde manifestaron todo su saber en una de las guías gastronómicas y revistas más importantes (Gault-Millau). Los chefs que practicaron esta nueva corriente gastronómica fueron*

²¹ AUTOR ANÓNIMO. Nouvelle Cuisine. 2012. [En Línea]. [Http://unmundoenlamesa.weebly.com/nouvelle-cuisine.html](http://unmundoenlamesa.weebly.com/nouvelle-cuisine.html) [Consulta: 23 octubre 2017]

²² Ibídem.

Guérard, Chapel, Troisgros, Senderens, Outhier, Vergé, Haeblerlin, siendo el máximo exponente de la nueva cocina francesa Paul Bocuse. En la actualidad el mayor exponente de la Nueva Cocina es el español Ferrán Adriá, cuya creatividad e innovación no tiene límites, y parece ser que la alta cocina española está tomando ventaja a la francesa según los mejores gourmets y críticos culinarios de todo el mundo”²³. El movimiento al que hacemos referencia ha logrado renovar la cocina, y ha permitido la existencia de una mayor creatividad por parte de los creadores culinarios, lo que ha derivado en una sorprendente evolución de la alta cocina, donde “el chef empezó a ser conocido por los comensales, y comenzó a ser visto como un verdadero creador, un artista culinario”²⁴.

El punto destacable de lo recién expuesto es la mayor valoración de los creadores culinarios que ha traído consigo el movimiento de la alta cocina, en donde la valoración de un chef se hace por su obra, su plato, su presentación y su preparación. *“En conclusión, el cocinero pasó de ser un técnico de la cocina a ser un artista culinario, lo que implica que domina el oficio para poder desarrollar platos auténticos”.*

El chef español Ferran Adriá –para muchos el mejor chef del mundo-, es un fiel reflejo de lo que venimos expresando. Al respecto se señala que *“Ferran y todo su equipo, estaban de acuerdo en llegar más lejos e investigar nuevos métodos de conmover y emocionar al comensal a través de la comida, introduciendo intereses que iban mucho más allá de las cuestiones fisiológicas. Ferran y su equipo incluyeron en sus reflexiones un sexto sentido”²⁵.*

Este Sexto sentido lo describieron como una *“Cualidad que se basa en provocar emociones en nuestra cocina, recurriendo a la ironía, la provocación, los recuerdos de la infancia, la descontextualización, etcétera, con el fin de incluir un*

²³ *Ibíd.*

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ GARRIDO MORENO, Berta. *Ibíd.* P. 15

nuevo componente en la gastronomía: el intelecto, es decir, la capacidad de disfrutar de la cocina no solo con el paladar sino también con la inteligencia...- hacer reflexionar al comensal- se convierte en cierto modo en un objetivo en sí”²⁶.

Basándonos en lo que hemos venido mencionando, se vuelve evidente que hoy en día hay ciertas creaciones culinarias que son mucho más que una repetición de pasos y mezcla de ingredientes, puesto que la labor culinaria en la actualidad lleva consigo una serie de elementos para lograr el resultado deseado, y en donde la originalidad exigida por el Derecho de Autor se encuentra fácilmente.

A raíz de lo señalado a lo largo de este apartado, resulta aún más clarificador el hecho de que una obra de carácter culinario pueda tener protección por el Derecho de Autor, ya que no parece prudente negar la relevancia que tiene el intelecto en determinadas creaciones gastronómicas.

Precisamente por ello, es que dejaremos de lado los cuestionamientos que pueda haber al respecto, y aseguramos con total convicción que una obra artística pueda exteriorizarse por intermedio de un plato de comida, de una obra de repostería, de un postre, o a través de cualquier creación culinaria, y no por ello carecerá de protección jurídica.

En la actualidad se ve un gran acercamiento entre chefs y el arte en general. El ya nombrado chef español Ferran Adriá fue invitado en el año 2007 a hacerse cargo del pabellón G de la *documenta*, sin duda, una de las exposiciones de arte contemporáneo más importantes del mundo, que se lleva a cabo en Kassel, Alemania, cada 5 años. Aquello no es ninguna casualidad, basta realizar una breve revisión de su obra para comprender la magnitud artística que lleva consigo.

²⁶ WEBER-LAMBERDIÈRE, M. Ferran Adriá. *El mago de elBulli*. Aguilar. Madrid., 2010. P. 143

Sin embargo, su presentación no estuvo exenta de críticas, de quienes lo consideraban incluso como un “intruso” dentro de la exposición. A pesar de aquello, su presentación fue exitosa.

CAPITULO III. ACTIVOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ÁMBITO GASTRONÓMICO.

1. ACERCAMIENTOS AL CONCEPTO DE ACTIVOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: SU RELACIÓN CON EL CAPITAL INTELECTUAL.

Para lograr nuestro objetivo de encontrar fórmulas de protección a la propiedad intelectual en el ámbito gastronómico, debemos vislumbrar los activos de propiedad intelectual presentes en la materia. Para ello es necesario acercarnos al concepto de *Activo de Propiedad Intelectual*.

Los activos de Propiedad Intelectual son parte del *Capital Intelectual* de las empresas, que se define “*como el conjunto de Activos Intangibles de una organización que, pese a no estar reflejados en los estados contables tradicionales, en la actualidad genera valor o tiene potencial de generarlo en el futuro*”²⁷.

Hacia 1969, John Kenneth Galbraith, famoso economista estadounidense de origen canadiense, acuñó su concepto de Capital Intelectual. “*El sugirió que capital intelectual significa acción intelectual más que mero conocimiento o puro intelecto. Así, el capital intelectual se puede considerar tanto una forma de creación de valor como un activo en su sentido tradicional*”²⁸.

Una función fundamental de la protección a la propiedad intelectual es el hecho de que transforma los activos intangibles en derechos de propiedad exclusivos por un determinado plazo de tiempo. Aquello cobra especial relevancia en la actualidad, puesto que muchas empresas basan la mayor parte de su activo en capital intelectual, muy por sobre el activo fijo o realizable. Lo anterior es común en aquellas empresas en donde predomina la *innovación*, donde la *marca* posee

²⁷ ROOS, Johan. Capital Intelectual: el valor intangible de la empresa. Editorial Paidós. 2001. P. 58

²⁸ *Ibíd.* P. 17

una gran fama y reconocimiento, o también, aquellas en que es esencial algún *secreto industrial*, entre otras.

Sólo a modo de ilustración, veremos la siguiente tabla, elaborada con datos de hace más de dos décadas atrás, y en donde ya se demostraba la importancia del capital intelectual en una empresa²⁹:

Tabla 1.1 Valor de mercado y activos (en miles de millones de dólares).

<i>Compañía</i>	<i>Valor de mercado</i>	<i>Ingresos</i>	<i>Beneficios</i>	<i>Activos netos</i>	<i>«Valor oculto»</i>
General					
Electric	169	79	7,3	31	138 (82%)
Coca-Cola	148	19	3,5	6	142 (96%)
Exxon	125	119	7,5	43	82 (66%)
Microsoft	119	9	2,2	7	112 (94%)
Intel	113	21	5,2	17	96 (85%)

Resulta clarificadora esta gráfica para comprender la importancia que tienen los activos de propiedad intelectual. Una marca, o una determinada patente de invención pueden ser fundamentales para el éxito de una empresa, sin embargo, no siempre se les da la importancia que merecen.

En resumidas cuentas, de ninguna forma se pretende restar la importancia que en un emprendimiento culinario deba tener el sabor de las preparaciones, el diseño de sus platos, el desempeño de quienes preparan la comida, la simpatía de quienes atienden, la belleza o amenidad del local, ni los múltiples factores que se deben considerar para obtener éxito, sólo manifestamos que dentro de los demás factores deben considerarse aquellos en los que se protege la propiedad industrial.

²⁹ Publicada por la Revista Fortune, en su lista anual Fortune 500, el 28 de Abril de 1997. Tomada de: Johan Roos, *Ibid.* P. 14.

2. ACTIVOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LOS EMPRENDIMIENTOS CULINARIOS.

En el anterior apartado revisamos lo importante que son los activos de propiedad intelectual en cualquier emprendimiento en la actualidad, y obviamente en el arte culinario y los emprendimientos desarrollados en torno a él, como los restaurantes, confiterías, pastelerías, y tantos otros, no se encuentran ajenos a esta realidad.

A lo que a este trabajo le compete, podemos vislumbrar que en el ámbito gastronómico existen diversos activos de propiedad intelectual susceptibles de ser protegidos, y con ello, transformarlos en capital intelectual de un emprendimiento culinario, tales como:

- a. Marcas;
- b. Secretos Industriales;
- c. Diseño visual de los platos y recetas;
- d. Compilaciones de recetas;
- e. Forma de expresión de las recetas;
- f. Diseño arquitectónico y mobiliario de los restaurantes;
- g. Diseño de la indumentaria;
- h. Fotografía culinaria.

La necesidad que existe hoy en día de aprovechar los activos de propiedad intelectual de un emprendimiento culinario nace del gran crecimiento económico que ha tenido este rubro dentro de las últimas décadas. Quizá hace algunos años bastaba con ofrecer comida en un lugar medianamente acogedor para lograr tener éxito, pero claramente ello ya no es suficiente en la actualidad.

Desde los últimos lustros del siglo pasado, se ha extendido de manera increíblemente rápida la oferta de emprendimientos culinarios, así, si hace 25 años

nos conformábamos con tener algunas opciones para poder ir a algún restaurante, o bien, con tener un restaurante chino, peruano o japonés en la ciudad, hoy en día existen cientos de ofertas dentro de cada uno de ellos, por lo que la competencia se vuelve cada día más compleja.

Lo anterior se justifica en cierta medida, en el poco tiempo libre que existe actualmente, por lo cual se ha disminuido considerablemente el tiempo dedicado a cocinar, y se normaliza cada día más la opción de comer fuera de nuestros hogares. Si en los días laborales, buscamos opciones cerca de nuestros lugares de trabajo dentro del poco tiempo que tenemos para alimentarnos, los fines de semana se busca aprovechar de la mejor manera posible el tiempo libre con nuestros seres queridos, por lo cual se omite en muchos casos la posibilidad de cocinar en los hogares, y se incluye dentro de los panoramas y salidas familiares, comer en algún restaurante.

A raíz de lo mencionado anteriormente, los emprendimientos del ámbito culinario deben esforzarse en poder llamar la atención de la clientela, que ante la magnitud de oferta existente hoy en día no suele perdonar los errores cometidos en el cumplimiento del servicio por el cual están pagando. Por su parte, si logramos cautivar a la clientela con un buen servicio, será necesario que ellos nos puedan recordar o recomendar, para lo cual será necesario esforzarnos en encontrar la manera de hacerle más simple este proceso a los clientes, en donde una correcta y precisa utilización de las fórmulas que nos brinda la propiedad industrial, como por ejemplo las utilizaciones de marcas, cobran especial relevancia.

En virtud de que profundizaremos el tema de las marcas posteriormente, a grandes rasgos corresponde señalar que, por intermedio de aquellas, cumpliremos el objetivo de que una vez que logramos cautivar al público con alguno de nuestros platos de comida, este pueda asociarlo inmediatamente a determinados símbolos, o nombres, que posibiliten recordarlo de manera más simple.

Lo anterior puede lograrse registrando algún tipo de marca para el emprendimiento culinario en general, y también para cada plato, preparación o servicio en particular. En otras palabras, además de relacionar un cierto símbolo, nombre o imagen con el emprendimiento en sí, como el restaurante, pub, pastelería, chocolatería o cualquier otro, también podremos registrar alguna marca para cierta y determinada obra culinaria, lo que trae grandes beneficios cuando esa preparación es uno de los principales activos del negocio, y es precisamente esa preparación la que se pretende que sea recordada y posible de recomendar.

A su turno, a través del Derecho de Autor será posible proteger las obras culinarias cuando representen una creación original, ya sea en el ámbito artístico o literario, como por ejemplo el diseño de una determinada preparación, en la que además de ser un alimento, logra evocar diversas sensaciones en la clientela a través de todos los sentidos, como por ejemplo lo que ocurre visualmente cuando nos encontramos ante una preparación que tiene un diseño claramente original.

En resumen y a modo de ejemplificación, si nos encontramos en la situación del restaurante de mariscos registrado con la marca “La Almeja Gourmet”, en el cuál el 80% de sus ventas se originan por un plato en específico que se elabora con mariscos de todas las partes del mundo y con los cuales se realiza un diseño artístico que recrea la imagen de un hermoso árbol, además del nombre del restaurante sería prudente registrar el nombre de ese plato en específico, para que no pueda ser usado por otro negocio de la competencia, lo que corresponde a una protección que nos brinda la propiedad industrial.

Por su parte, también será posible proteger la obra artística y original que representa la imagen y el diseño del árbol, para que así no pueda ser imitada por la competencia, lo cual es posible con la protección brindada por el Derecho de Autor.

CAPÍTULO IV. FÓRMULAS DE PROTECCIÓN A LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN ÁMBITO CULINARIO.

1. CUESTIONES RELEVANTES QUE CONSIDERAR.

Con todo lo anteriormente expuesto, es posible comenzar a explorar sobre el tema específico de esta investigación, es decir, sobre las formulas en concreto que nos brinda nuestro ordenamiento jurídico para la protección de los activos de propiedad intelectual dentro del ámbito concerniente al arte culinario, y los diversos emprendimientos surgidos en torno a él, con la plena certeza de que –en la mayoría de los casos- una de las soluciones por sí sola no logrará brindar una total protección jurídica a los emprendimientos culinarios, pero que en su conjunto, permiten dotar de gran protección a sus activos de propiedad intelectual.

Conviene tener en cuenta que, si bien el objeto de esta investigación es descubrir los activos de propiedad intelectual dentro del ámbito específico de esta investigación, las fórmulas que se describirán no son creadas específicamente para ello, sino que, para las obras literarias, científicas y artísticas en general, o bien para los emprendimientos o negocios en general. En otros términos, deberemos encontrar la manera de relacionar los activos de propiedad intelectual del ámbito culinario, con las figuras e instituciones que nos brinda tanto la protección de la propiedad industrial como la del derecho de autor, por ejemplo, aunque no se enumere una preparación culinaria como una posible obra artística, o una receta como una obra literaria, si cumple con los requisitos de ser una obra del intelecto humano, acompañada de la originalidad necesaria, podrá ser susceptible de protección de derecho de autor.

Por su parte, para el registro de Marcas, Patentes de invención, Diseños industriales, y los demás objetos protegidos de la propiedad industrial, no cabe ninguna duda que los emprendimientos culinarios siguen la regla general, y será posible el registro de ellos como en cualquier otro emprendimiento.

Para comprender la manera en la que se protegerán estos derechos, debemos tener presente que *“Doctrinariamente, existen dos sistemas: uno que obliga a los autores a someterse a diversas formalidades, sin cuyo cumplimiento el autor no goza de protección legal (cumplimiento de formalidades tales como el registro de la obra, depósito, cláusula de reserva de derechos, etc.), y otra que protege el autor en forma automática, desde el momento de la creación de la obra, esto es, sin exigir el cumplimiento de ninguna formalidad”*³⁰.

2. PROTECCIÓN DENTRO DEL SISTEMA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL.

A través de este sistema, se pueden proteger *“las marcas, las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos y diseños industriales, los esquemas de trazado o topografías de circuitos integrados, indicaciones geográficas y denominaciones de origen y otros títulos de protección que la ley pueda establecer”*³¹.

Para efectos de esta investigación y del rubro en específico sobre el cual se desarrolla, consideramos de mayor relevancia la utilización de las marcas, lo que explica la mayor extensión en su tratamiento en comparación a los demás objetos protegibles de la Propiedad Industrial, sin embargo, los

³⁰ HERRERA SIERPE, Dina. Propiedad intelectual, derechos de autor: Ley no. 17.336 y sus modificaciones. Editorial Jurídica de Chile, 1999. P. 12.

³¹ Art. 1º. Ley 19.039. CHILE. Ley de Propiedad Industrial. Santiago, 9 de Marzo de 2006.

emprendimientos relacionados al ámbito culinario han crecido tanto en el último tiempo, que en ocasiones también podrían ser útiles las demás formas de protección, es decir, todo dependerá del negocio en específico, y sus activos y necesidades particulares.

Dentro de los puntos en contra de la protección brindada por la propiedad industrial, en comparación al derecho de autor, encontramos que el plazo de protección es de sólo 10 años desde el registro, mucho menos de los 70 años *post mortem* que otorga el segundo, aunque en la realidad, considerarlo como un corto plazo es una cuestión de apreciación subjetiva, ya que para alguien puede ser suficiente aquella protección si pretende ir renovando su *dibujo corporativo*, cada cierto tiempo. Con todo, el artículo 62 bis de la ley 19.039, sobre propiedad industrial, hace subsistir la posible protección que podría tener el diseño o dibujo industrial por el Derecho de Autor, si es que se ajustare a sus requisitos.

a) Marcas de productos o servicios.

Con el concepto de *Marcas*, -contenidas en el Título II, de la ley 19.039 sobre Propiedad Industrial-, asociamos a elementos tales como el nombre, signo gráfico, frases de propaganda o lemas institucionales (asociados a una determinada marca), capaces de distinguir un producto, establecimiento industrial o comercial, o bien un determinado servicio.

Puede ocurrir entonces que un trabajador del ámbito gastronómico registre una Marca para su beneficio, como, por ejemplo, el *nombre* de un restaurante, el *nombre* de un plato determinado que no quiera que se venda en otros negocios de la competencia bajo la misma denominación, una *frase* que

identifique un determinado negocio, o un *signo gráfico*. Así evita conflictos como, por ejemplo, que una creación culinaria bautizada con un nombre distintivo se pueda utilizar con el mismo nombre por otras personas, por más que como ya sabemos, puedan llevar a cabo la realización de la misma receta.

En resumidas cuentas, podemos destacar dentro de las ventajas del registro de una marca las siguientes:

- a. Registrar una marca dota de protección jurídica a su titular, y garantiza el derecho exclusivo a utilizarla para identificar bienes o servicios por un lapso de 10 años, que podrán renovarse indefinidamente.
- b. Para que un tercero pueda usar una marca que no posee, deberá contar con el respectivo contrato de licencia, por lo cual, una vez registrada una marca, depende de la voluntad de su titular quién podrá utilizarla.
- c. A través del registro de una marca se encuentra protección ante los competidores desleales que pretendan utilizar signos distintivos similares, existiendo diversas acciones para su protección tanto en el ámbito civil como penal, e incluso cuenta con acciones de oposición y nulidad al registro de marcas cuando estas sean similares o idénticas a las propias.

Para lograr dotar con estas ventajas nuestros activos de propiedad intelectual, deberemos cumplir ciertos requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico. Mientras 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 gráficamente”*³². Dentro de estos elementos, encontramos uno de vital relevancia: La función diferenciadora de la marca.

³² MARAVÍ CONTRERAS, Alfredo. *Ibíd.* P. 97.

Para gran parte de la doctrina esta función es la principal función de la marca, por ejemplo, Juan Castro García sostiene que *“La principal función de la marca consiste en permitir que en el mercado se puedan diferenciar entre sí productos o servicios”*³³. Persigue el objetivo de diferenciar los productos o servicios que son similares para los consumidores, de manera que podrá elegir dentro de ellos el que realmente prefiera. La diferenciación radica principalmente en relación con el origen de los productos o servicios.

Cabe resaltar la idea de que la diferenciación que hagan los consumidores entre distintos productos y servicios dependerá en gran medida de la percepción que sus sentidos le proporcionen, según las características de cada individuo.

Tradicionalmente se le ha dado mayor relevancia al sentido de la vista, que sin dudas es la que presenta menores complejidades para su representación. En este sentido el Artículo 19 de la ley 19.996 es clarificador en lo recién mencionado, ya que estipula que *“bajo la denominación de marca comercial, se comprende todo signo que sea susceptible de representación gráfica capaz de distinguir en el mercado productos, servicios o establecimientos industriales o comerciales. Tales signos podrán consistir en palabras, incluidos los nombres de personas, letras, números, elementos figurativos tales como imágenes, gráficos, símbolos, combinaciones de colores, así como también, cualquier combinación de estos signos”*. Se desprende claramente que la vista es el sentido al que se le atribuye principalmente la capacidad de lograr distinguir las marcas de los productos o servicios.

A mayor abundamiento, Castro García sostiene que *“la representación de un signo puede hacerse de diversas maneras dependiendo del signo que se desee representar. El signo tradicional, que se expresa por medio de palabras, líneas o*

³³ CASTRO, GARCÍA. Juan David. Las Marcas No Tradicionales (Non Traditional Trademarks). Universidad Externado de Colombia. La Propiedad Inmaterial, No. 16, p. 297-325, noviembre 2012. Pp. 297 - 325. P. 298.

gráficos se puede representar fácilmente a través de una descripción escrita acompañada eventualmente de dibujos o fotografías”³⁴.

Sin intentar despreciar en ningún caso al sentido de la vista, y con la certeza de que es el que permite de manera más simple representar e identificar una marca por parte de los consumidores, se ha ido dando paso a una concepción más amplia en la manera de representar las marcas comerciales. En este sentido es donde se erige de manera importante el concepto de *Marketing Sensorial*.

El **Marketing Sensorial** nace como una especialización del Marketing en general, el cual tiene como propósito estimular la intención de compra de los consumidores. Tradicionalmente este estímulo se realizó a través de la vista, sin embargo, las condiciones actuales del mercado exigen una mayor amplitud en la manera en que se estimula el consumo. *“El marketing sensorial es entonces aquel tipo de marketing en donde el estímulo al comprador no es simplemente visual sino también olfativo, gustativo, sonoro y táctil”³⁵.* Cafeterías con un olor especial, o una puerta de un restaurant que emita un sonido característico de bienvenida, son parte de este tipo de campañas de marketing que considera que *“un consumidor tiene mayor inclinación a gastar más dinero en un lugar en donde él se siente bien, estimulado por un olor, una música o un ambiente agradable”³⁶*

En este sentido, se avizora que las marcas no tradicionales irán cobrando cada vez mayor relevancia. Sostiene el experto en Neuromarketing Martin Lindstrom, 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*

³⁴ CASTRO GARCÍA, Juan David. *Ibíd.* P. 299.

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ FILSER, Marc. “Le marketing sensorial. La quête de l’intégration théorique et manageriale”, en *Revue française de marketing*, 2003.

*sensorial de la marca)*³⁷, que utiliza los sentidos para relacionarse con los clientes a un nivel emocional. Así, *“las marcas pueden crear relaciones emocionales en la mente de los consumidores apelando a sus sentidos. Este también genera experiencias certeras, sentimientos, pensamientos para crear una imagen positiva en la mente del consumidor y hacerle sentir una opinión asertiva de la marca”*³⁸. Un ejemplo simple y claro de lo que estamos hablando son las panaderías, que las relacionamos a un aroma específico, que lo distingue del resto, y en nuestro fuero interno genera emociones particulares con aquella marca.

Un caso icónico dentro del concepto de marketing sensorial, lo constituye el restaurant bonaerense *Te Mataré Ramírez*, el cual toma *“como esencia de su identidad el erotismo, su propuesta es lo suficientemente sólida como para generar una experiencia única y absolutamente memorable. Podemos comenzar con su carta que posee un menú afrodisíaco basado en sabores gourmet mediterráneos con nombres alusivos formulados bajo la forma de verso erótico. Esta carta es acompañada desde la ambientación, con una estética de cabaret con luz tenue sugerente. A su vez, a esta propuesta le suman el servicio adicional de distintas actividades artísticas para los comensales como títeres, teatro, música; siempre relacionados con la temática erótica. Con lo que completan una muy original propuesta desde los pilares de su identidad que marca una singular experiencia en el recuerdo de sus visitantes”*³⁹.

³⁷ Ibídem.

³⁸ TODO MARKETING. ¿Qué es el Sensory Branding? 2006. [En línea] <http://www.todomktblog.com/2013/07/sensory-branding.html> [Consulta: 23 octubre 2017].

³⁹ CABRERA, Sandra. Marketing gastronómico. La experiencia de convertir el momento del consumo en un recuerdo memorable. En: Cuadernos del Centro de Estudios de Diseño y Comunicación N°45: “Transformaciones en la comunicación, el arte y la cultura a partir del desarrollo y consolidación de nuevas tecnologías”. Año XIII, Vol. 45, septiembre 2013, Buenos Aires, Argentina. [En línea]. http://fido.palermo.edu/servicios_dyc/publicacionesdc/vista/detalle_articulo.php?id_articulo=8790&id_libro=421 [Consulta: 23 octubre 2017].

En relación con lo que hemos venido hablando, encontramos ejemplos claros de la importancia que puede tener una marca en el éxito económico de un emprendimiento relacionado con el ámbito gastronómico. Yendo al caso más burdo, pero a su vez clarificador, encontramos la situación de la cadena de comida rápida *Mc'donalds*, quienes tienen como uno de sus principales activos de propiedad intelectual su característico logo, lo cual sin lugar a duda es uno de los principales activos de la empresa en general.

Sin embargo, no en todos los casos nos resulta tan fácil identificar una marca como ocurre con los logos de una empresa, sino que en ocasiones la tarea de apreciar en un determinado elemento la distinción exigida será más compleja, debido a diversos factores que dependerán del tipo de marca de la cual estemos hablando. Para entender lo recién expresado, es necesario primeramente acercarnos al concepto de *Marca no tradicional*.

i. Las Marcas no tradicionales.

Las marcas de productos o servicios pueden clasificarse según la naturaleza del signo en:

- Tradicionales: tales como palabras, letras, imágenes y sus combinaciones; y
- No tradicionales: como las marcas tridimensionales, de color único, sonoro, gustativo, táctil y olfativo.

Las marcas no tradicionales han surgido como mecanismo para cautivar al público en un mercado cada vez más competitivo, y para lograr distinguirse de la competencia, dando paso a que los demás sentidos -aparte de la vista- sean

capacitados para distinguir una marca de manera precisa. *“Esta clasificación ha surgido ante la necesidad de las empresas de buscar nuevas formas de comercialización y publicidad, que les permita competir en un mundo con una competencia en constante crecimiento”*⁴⁰

En relación con lo anterior, la OMPI señala que *“los signos no visibles, en particular las marcas gustativas y las olfativas, están aún muy lejos de tener una aceptación general. No obstante, si pensamos en la rápida evolución de las técnicas de mercadotecnia creativa, el aumento del número de solicitudes de registro de estos signos es sólo cuestión de tiempo. Con la labor del SCT⁴¹ y la entrada en vigor del Tratado de Singapur, los sectores interesados en las marcas –fundamentalmente, los propietarios de marcas y las autoridades encargadas del registro– estarán mejor preparados para afrontar los problemas jurídicos y administrativos que rodean a este tipo de marcas”*⁴².

Respecto a la recepción de las marcas no tradicionales en los ordenamientos jurídicos de los estados del mundo, podemos decir que van obteniendo cada vez mayor aceptación, y han sido reconocidas en importantes instancias. Como uno de los principales avances en esta materia tenemos el ejemplo del Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas, adoptado por los Estados Miembros de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en Singapur, el 27 de marzo de 2006, el que tiene como objetivo crear un marco internacional de armonización de los trámites en el registro de marcas en el mundo.

⁴⁰ ARIANA LIZANO SOTO Y ANÜSKA Pal Antillón. 2013. Nuevas modalidades de marcas: olfativas, táctiles y gustativas. Viabilidad, utilidad y efectos jurídicos en Costa Rica. Tesis para optar por el Grado de Licenciatura en Derecho. San José, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. P.76.

⁴¹ Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas.

⁴² OMPI. Marcas no tradicionales – Entra en vigor el Tratado de Singapur. 2009. [En línea] http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2009/01/article_0002.html [Consulta: 23 noviembre 2017].

El mismo objetivo de armonización en el Derecho de Marcas tenía un tratado anterior de la OMPI, conocido como el **Trademark Law Treaty** (En adelante: TLT), celebrado en Ginebra el año 1994, pero a diferencia del tratado de Singapur, excluía expresamente del ámbito de protección del derecho marcario a las marcas no tradicionales, seguramente porque en aquella época no alcanzaban la importancia que hoy en día tienen. El TLT preveía en su Artículo 2° que:

Marcas a las que se aplica el Tratado

1) *[Naturaleza de las marcas]*

a) *El presente Tratado **se aplicará a las marcas que consistan en signos visibles**, bien entendido que sólo las Partes Contratantes que acepten el registro de marcas tridimensionales estarán obligadas a aplicar el presente Tratado a dichas marcas.*

b) *El presente Tratado **no se aplicará a los hologramas ni a las marcas que no consistan en signos visibles, en particular las marcas sonoras y las marcas olfativas**. [Énfasis añadido]*

Nuestro ordenamiento jurídico en tanto se encuentra bastante atrasado en esta materia, y en general no acepta el uso de las marcas no tradicionales (no acepta las marcas tridimensionales; hologramas; signos animados o de multimedia; marcas de posición; olfativas; gustativas y táctiles). En el derecho comparado existen muchos ejemplos de países que aceptan este tipo de marcas, como, por ejemplo –y sin ir más lejos- los países miembros de la comunidad andina (Perú, Ecuador, Bolivia y Colombia), se encuentran bastante avanzados en el uso de estas. Su Régimen común de Propiedad Industrial,

conocido como **Decisión 486**, recoge expresamente algunas de las marcas no tradicionales en su artículo 134, el que estipula lo siguiente:

Podrán constituir marcas, entre otros, los siguientes signos:

- a) Las palabras o combinación de palabras;
- b) Las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos;
- c) Los sonidos y los olores;
- d) Las letras y los números;
- e) Un color delimitado por una forma, o una combinación de colores;
- f) La forma de los productos, sus envases o envolturas;
- g) Cualquier combinación de los signos o medios indicados en los apartados anteriores⁴³.

Cabe hacer presente que esta lista no es taxativa, por lo cual también podrían llegar a constituirse como marcas alguna de las no mencionadas en este artículo, como por ejemplo las marcas gustativas. Como es de suponer, los requisitos de distinción; y de la representación gráfica de la marca son ineludibles, siendo en estos casos, por razones obvias, más difíciles de cumplir.

Finalmente, posee gran relevancia el **Reglamento (UE) 2015/2424 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 De diciembre de 2015**⁴⁴, en donde en el número (9) se señala que *“a fin de permitir una mayor flexibilidad y garantizar al mismo tiempo una mayor seguridad jurídica en cuanto a los medios de representación de marcas, el requisito de representación gráfica debe suprimirse de la definición de marca de la Unión. Se debe permitir que un signo*

⁴³ DECISION 486. Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Comisión de la comunidad andina.

⁴⁴ Parlamento Europeo y del Consejo. Reglamento (UE) 2015/2424 Del de 16 De diciembre de 2015. [En línea] <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/eu/eu214es.pdf> [Consulta: 23 octubre 2017]

se represente de cualquier forma que se considere adecuada usando la tecnología generalmente disponible, y no necesariamente por medios gráficos, siempre que la representación sea clara, precisa, autosuficiente, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva”. **[Énfasis Añadido].**

Lo anterior, debe considerarse un gran avance en la materia, puesto que la representación gráfica de ciertas marcas, como las gustativas, u olfativas, tienen como principal dificultad precisamente la representación que de ellas pueda hacerse para obtener su registro. Así las cosas, esta nueva norma del Parlamento Europeo, permite obtener la representación de las marcas por otros medios tecnológicos (no gráficos), actuales o futuros, con lo que se abre una puerta para un posible registro de las diversas marcas no tradicionales.

A continuación, trataremos algunas de las marcas no tradicionales, con clara prioridad en aquellas que se relacionan directamente al ámbito culinario, considerando que un análisis acabado de cada una de ellas escapa de los objetivos de esta investigación.

a. La marca tridimensional.

Dentro de todas las marcas no tradicionales que hemos mencionado, la marca tridimensional es la más aceptada dentro de los diversos ordenamientos jurídicos del mundo y las oficinas de registro. Sin embargo, en comparación con otros tipos de marcas más tradicionales, las marcas tridimensionales están infrautilizadas en el comercio y son objeto de un número muy pequeño de solicitudes.

A grandes rasgos, podemos definir la marca tridimensional como *“un signo visible que se puede utilizar para diferenciar en el mercado*

*tanto la forma de los productos como la de sus empaques*⁴⁵. El rasgo principal entonces, será la capacidad distintiva que posea la forma del producto o su envase.

El registro de ellas nos ayuda para que nuestros competidores no puedan hacer uso de la forma del producto (o parte de ellos), o de los envases del producto, y así evitar que el consumidor se pueda confundir en la elección. En relación con la función diferenciadora de la marca, resulta una lógica consecuencia que el etiquetado y el envase de los productos queden bajo su ámbito, considerando que en un gran número de casos el consumidor debe elegir el producto en supermercados en donde existen múltiples opciones, por lo que el aspecto exterior cobra una importancia fundamental.

Es conveniente advertir que, en muchas ocasiones se prefiere obtener la protección por medio de la marca tridimensional, *“como una manera de evitar el recurrir a la protección otorgada por otros mecanismos legales como el derecho de autor, la protección a los diseños industriales o la protección a las invenciones por vía de patentes”*⁴⁶. Claramente lo recién manifestado, aplica sólo en aquellos ordenamientos jurídicos que están abiertos al uso de marcas no tradicionales, el que no es el caso del Derecho Chileno, que aún sigue sosteniendo un enfoque tradicional.

Ahora, si comparamos la protección brindada por la marca tridimensional, con aquella brindada por el Derecho de autor o diseño industrial, encontramos que *“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*

⁴⁵ CASTRO, GARCÍA. Juan David. *Ibíd.* P. 304.

⁴⁶ *Ibíd.*

que un empresario debería preferir si cuenta con los medios para registrarlo”⁴⁷.

Aterrizando lo que hemos venido sosteniendo al ámbito específico de esta investigación, vemos que sería perfectamente posible que elementos como el diseño de un restaurant, la vajilla utilizada, los cubiertos, o alcuzas, por ejemplo, sean protegidas como marcas tridimensionales. Esto es, sin perjuicio de que el titular de derechos pueda proteger el producto o servicio por intermedio de las otras vías existentes, como es el derecho de autor o el diseño industrial, para lo cual deberán cumplirse los requisitos exigidos para cada una de ellas.

A continuación, mostraremos algunos elementos que podrían protegerse como marca tridimensional.

- Marcas tridimensionales de empaque:



⁴⁷ MARAVI CONTRERAS, Alfredo. *Ibíd.* P. 128.

A continuación, podemos ver a la izquierda el empaque de chocolates de la marca TOBLERONE, y a la derecha la representación gráfica acompañada en la solicitud de registro⁴⁸.



- Marcas tridimensionales de producto:

En la siguiente imagen, vemos la marca tridimensional de las galletas Oreo⁴⁹.



⁴⁸ Registro USPTO N° 1879972.

⁴⁹ Registro OAMI N° 8566176.

b. Marcas auditivas.

Internacionalmente las marcas sonoras, se reconocen desde la segunda mitad del siglo XX aproximadamente. La Oficina de Marcas y Patentes de los Estados Unidos de América (USPTO), alrededor de 1950 registró la combinación de tres notas en particular para los servicios en las radios que oportunamente pasaron a ser símbolo para identificar las marcas.

Jurídicamente hablando, este tipo de marcas a pesar de encontrarse dentro de la categoría de *no tradicionales*, posee hoy en día un alto porcentaje de posibilidades de éxito en la solicitud de registro. No caben dudas de la capacidad que tiene una composición musical para lograr distinguirse de la competencia, y tampoco existen mayores complejidades para realizar la representación gráfica de ella, que generalmente es representada en un pentagrama en que se indique la melodía, ritmo y armonía, y si se trata de sonidos no musicales se puede utilizar un diagrama de frecuencias. El Reglamento de la Ley N° 17.336 en su artículo 10 letra e) exige además de lo anterior, que se acompañe un registro sonoro de la marca solicitada. A modo de ejemplo, la marca sonora "*Pascua Feliz Para Todos*" de la Multitienda Falabella, solicitud N°715.104, fue representada gráficamente a través de su melodía de la siguiente manera:



Cabe preguntarse en qué medida el uso de marcas sonoras encuentra cabida en el ámbito gastronómico, y las posibilidades dependerán del caso específico y de la creatividad de quienes quieran sacar provecho de sus activos de propiedad intelectual. Por ejemplo, se podría registrar por esta vía un sonido que emita la puerta al ingresar al restaurante, o la melodía que acompaña a un spot del mismo, o un sonido que emita un timbre ubicado en las mesas para realizar un pedido o llamar al garzón, entre otros.

Incluso, existen ciertas personas que han dado un paso más allá en la creatividad para la presentación de una obra culinaria, como es el caso del chef vasco Juan Mari Arzak, quién en el evento llamado “Madrid Fusión” del año 2011, sorprendió al público con la presentación de una novedosa vajilla audiovisual, que ofrece al comensal la presentación de imágenes tales como olas del mar, o fuego, acompañadas de sonidos relacionados, como el crepitar de las brasas del fuego, o el reventar de las olas⁵⁰.

Finalmente, conviene advertir que, si la marca sonora constituye una obra musical, podrá protegerse a través de la vía del Derecho de

⁵⁰ El mismo Juan Mari Arzak ya había sorprendido en el uso de las marcas sensoriales en el mismo evento del año 2010, con el uso de una vajilla de porcelana capaz de iluminarse con el peso y el calor de los alimentos, en esta ocasión el plato se iluminaba por zonas, a medida que el cubierto se iba acercando a la comida.

Autor, lo que trae consigo ciertos beneficios, como el hecho de que no sea necesario el registro y que los plazos de protección sean considerablemente mayores.

c. Marcas olfativas.

Son aquellas que están constituidas por aromas o fragancias, los que deben ser tan característicos y distintivos que no pueden confundirse o asociarse con otros. En ciertos países del mundo se permite el registro de este tipo de marcas, definiéndolas como *“aquellas que consisten en un aroma, olor, perfume que distingue un producto o servicio”*⁵¹. En el último tiempo se ha visto un aumento considerable del uso de los olores como técnicas de marketing, sin embargo, el registro de marcas olfativas aún es escaso y polémico con relación a los requisitos que deben exigirse para su registro.

Ciertos autores creen que, es perfectamente posible que un olor pueda distinguir productos o servicios, mientras otros, sostienen que sólo es posible que los estímulos olfativos actúen a través del **SECONDARY MEANING**⁵², es decir, que sólo a través de su uso es posible que el olor sirva para distinguir determinados servicios o productos.

Bien sabemos que las oficinas de registro de patentes y marcas, deben oponerse al registro cuando ellas contienen términos genéricos o bien descriptivos, o siendo de uso corriente para designar o nombrar los

⁵¹ INAPI. Nuevos tipos de Marcas. [En línea] http://www.inapi.cl/portal/institucional/600/articles-1771_marcas_pdf.pdf. P.5. [Consulta: 23 octubre 2017].

⁵² El **secondary meaning**, o en nuestro idioma, la **distintividad sobrevenida**, podemos entenderla como aquellos elementos que otorgan distintividad, a una marca que originariamente carecía de ella por haber sido genérica o descriptiva.

productos. Como excepción a dicha prohibición, está el caso de los términos que, si bien son genéricos o descriptivos, han conseguido un carácter distintivo, es decir el **Secondary Meaning**. El fundamento de dicha prohibición *“no es otro que impedir que una persona monopolice (recordar que las marcas confieren derechos exclusivos sobre su uso) términos genéricos o bien descriptivos, términos que son de uso corriente para designar o nombrar los productos”*⁵³.

Existen ciertas dificultades relacionadas a que, en ocasiones existirá la duda de si el olor puede efectivamente ser una marca, o sólo es un aspecto funcional, con lo cual no podría registrarse. Por ejemplo, el agradable aroma de algunos desinfectantes ¿Posee el carácter distintivo, o sólo existe para ocultar el desagradable olor que trae realmente el desinfectante?

Con respecto a la representación gráfica de este tipo de marcas, se han probado distintas opciones, pero todas con escaso éxito. Una de las posibilidades es una descripción con palabras, pero se corre el riesgo de que no pueda ser clara, precisa y objetiva. Podría pensarse en que la representación gráfica se haga a través de la composición química del producto, pero en este caso la fórmula definirá al producto, y no al olor.

No obstante, en relación al anterior párrafo recordemos lo señalado en el Reglamento (UE) 2015/2424 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 De Diciembre de 2015⁵⁴, en donde en el número (9) se señala en relación a los medios de representación de marcas, que el requisito de la representación gráfica debe suprimirse de la definición

⁵³ Patentes y Marcas. La distintividad sobrevenida: El registro de marcas genéricas o descriptivas. 2016. [En línea] <http://www.patentes-y-marcas.com/blog/la-distintividad-sobrevenida-el-registro-de-marcas-genericas-o-descriptivas> [Consulta 23 octubre 2017].

⁵⁴ Parlamento Europeo y del Consejo. *Ibíd.* 2016. [En línea] <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/eu/eu214es.pdf> [Consulta: 23 octubre 2017]

de marca de la Unión, debiendo permitirse que su representación se haga por cualquier medio disponible según los avances tecnológicos de la época, y no necesariamente por medios gráficos, siempre que la representación sea clara, precisa, autosuficiente, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva.

Como ya lo anticipamos, son registros muy escasos, en donde uno de los primeros fue el de la compañía Clark en 1990, en los Estados Unidos, en donde se buscaba proteger un hilo para coser y bordado, cuyo olor se describió como *“una fragancia de alto impacto, fresca, floral, muy intensa, evocativa de capullos de plumería⁵⁵”*.

Otro de los ejemplos que podemos destacar, es el de una empresa holandesa, respecto del registro expirado de la marca comunitaria N° 000428870, del titular Vennootschap onder Firma Senta Aromatic Marketing, para identificar Pelotas de tenis con la siguiente descripción: La marca consiste en el olor del césped recién cortado aplicado al producto⁵⁶.

d. Marcas gustativas.

Las marcas gustativas son aquellas constituidas por los signos percibidos por el sentido del gusto. Sin dudas es uno de los tipos de marcas menos exploradas dentro de las marcas no tradicionales y una de *“las menos aceptadas entre las marcas no tradicionales en las*

⁵⁵ MORENO, Víctor. Llegan las marcas con olor. 2016. [En Línea] <http://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2016/03/08/56df27d046163f713d8b45fd.html> [Consulta 23 octubre 2017]

⁵⁶ CASCO, Elena. Marcas auditivas, gustativas, olfativas y de Certificación 2014. [En Línea] <https://prezi.com/vednmwa7yvtw/marcas-auditivas-gustativas-olfativas-y-de> [Consulta: 23 octubre 2017].

*diferentes legislaciones*⁵⁷, principalmente, por las dificultades prácticas que conlleva la representación gráfica en el registro de ellas, pero que en virtud de la velocidad con que avanza la tecnología, y la constante innovación de la industria gastronómica, conviene tener presente en el análisis.

La gran mayoría de los países del mundo se muestran contrarios al registro de las marcas gustativas, *“sin embargo, países como Hungría, Letonia, Lituania, Polonia, Serbia y Montenegro, Estados Unidos, Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela han indicado que si están anuentes a proteger este tipo de marcas”*⁵⁸.

En los países en que se admite el registro de ese tipo de marcas sensoriales *“el solicitante presenta una representación de la marca consistente en dos elementos, a saber, una indicación en la solicitud del tipo de marca y una descripción escrita en la que se describen las características del sabor”*⁵⁹. En estos casos, *“el registro de las marcas gustativas se refieren a un sabor que sea distintivo en relación a un producto y servicio”*⁶⁰. Sin embargo, hasta el momento sólo se han permitido registros de marcas gustativas de manera muy excepcional.

Con relación a la solicitud de registro de una marca gustativa, la representación de ese tipo de marca consistirá –de momento- en una descripción escrita del gusto. Surge la duda de si las oficinas de registro deberían exigir una muestra del sabor que se pretende registrar como requisito para ello, lo que presenta ciertas dificultades, puesto que el gusto de los sabores generalmente va desapareciendo con el paso del

⁵⁷ ARIANA LIZANO SOTO Y ANÜSKA Pal Antillón. *Ibíd.* P.88

⁵⁸ *Ibíd.* P. 120.

⁵⁹ CASTRO, GARCÍA. Juan David. *Ibíd.* P. 313.

⁶⁰ INAPI. Nuevos tipos de Marcas. [En línea] http://www.inapi.cl/portal/institucional/600/articles-1771_marcas_pdf.pdf P.5. [Consulta: 23 octubre 2017].

tiempo, no obstante, no es descabellado presumir que el avance tecnológico podría ayudar en un futuro a una mejor representación de las marcas gustativas.

Aun en consideración de lo anterior, actualmente resulta muy complejo el registro de este tipo de marcas. En primer lugar, debido a la naturaleza del sentido del gusto, resulta obvio que esta marca sólo podría ser utilizada para productos y no para servicios, por la intangibilidad de estos últimos.

En segundo lugar, no sería conveniente que se utilice la marca gustativa en productos que se consuman, como líquidos y comida, puesto que la marca se confundiría con el producto en sí. Esta dificultad surge de la imposibilidad de poder separar el sabor (que pretendemos como marca gustativa) y el producto, dado que el sabor es inherente a los productos. Lo anterior trae como consecuencia que el aporte del carácter distintivo a un producto por la vía de un componente gustativo no sea fácil, *“la principal razón es que es condición necesaria que exista independencia entre el signo y el elemento gustativo”*⁶¹.

Por su parte, en los productos que no se consuman, el sabor podría ser simplemente funcional y, por lo tanto, carecer de las características requeridas para ser una marca. Como ejemplo de aquello, encontramos el sabor que traen algunos medicamentos, el cual existe sólo para esconder los desagradables gustos que pueden tener.

Por su parte, la representación gráfica en este tipo de marcas posee las mismas dificultades que mencionamos para las marcas olfativas, pero con la misma precisión en relación al número 9 del

⁶¹ CASTRO, GARCÍA. Juan David. Ibíd. P. 313.

Reglamento (UE) 2015/2424 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 De diciembre de 2015.

Aunque de manera muy escasa, existe jurisprudencia relacionada a las marcas gustativas, como por ejemplo la pronunciada por la Corte de Apelaciones de París, el 3 de octubre del año 2003, en la que se solicitaba el registro del sabor a fresa para unos productos farmacéuticos, sentencia que de todas formas se manifestó contraria al registro de la marca gustativa. La Corte sostuvo que *“el sabor de fresa para productos farmacéuticos, veterinarios e higiénicos no puede ser registrado como marca gustativa puesto que la descripción no cumple con los requisitos de precisión y de objetividad necesarios. En efecto, el sabor de fresa no es constante y se modifica en función de la variedad de fresa considerada y de la madurez de la fruta. Dijo además que la precisión “aroma artificial” no es suficiente para dar a esta mención una significación única, pues muchos aromas de fresa también pueden ser sintetizados”*⁶².

Continuó el tribunal diciendo que la representación de una marca gustativa no puede ser precisa *“porque no existe un sabor de fresa sino sabores variables. (...) y no es objetiva, puesto que cada persona puede tener una percepción diferente. La percepción de un sabor puede depender de las personas, de las épocas, de las culturas”*⁶³.

En el mismo sentido, encontramos una solicitud realizada para proteger bebidas saborizadas no alcohólicas, en donde fue rechazada por la USPTO (Oficina de Registro de Patentes y Marcas de Estados Unidos), al considerarse que las marcas eran funcionales ya que comprendían una característica inherente de los productos que servía a

⁶² CASTRO, GARCÍA. Juan David. *Ibíd.* P. 313

⁶³ *Ibíd.*

un propósito utilitario. La USPTO respecto a su negativa señaló que la combinación de lavanda, menta, zacate de limón y tomillo es funcional porque los sabores frutales y de hierbas se le adhieren a las bebidas no alcohólicas para mejorar el sabor de las mismas, y de esta forma incrementar su consumo, así como para obtener beneficios en la salud.

A pesar de que la visión de este tribunal ha sido compartida en la mayoría de los casos en los que se ha solicitado este tipo de registro, existe un caso de una marca gustativa registrada con éxito, denominado “De Smaak Van Drop” (Solicitud N° BX625 97), por una empresa de la industria papelera, en Benelux⁶⁴, en donde se pretendía registrar una solicitud de marca gustativa referida al *“sabor de un licorice para productos de papel”*. En el referido caso, el requisito de representación gráfica se satisfizo mediante una descripción escrita del sabor, lo cual fue suficiente para la oficina de registro de marcas de Benelux. Lo paradójico de este caso es que, en la actualidad, a pesar del excepcional y exitoso registro, la marca referida se encuentra caduca.

ii. Ventajas y desventajas de las marcas no tradicionales.

Lo que hemos venido analizando en las páginas precedentes, tiene consecuencias positivas para la protección de nuestros activos de propiedad intelectual, pero también, existen elementos que hacen cuestionarnos

⁶⁴ **Benelux** es el nombre con que se conoce la unión aduanera y económica de Bélgica, los Países Bajos y Luxemburgo.

sobre lo favorable que sea su incorporación en nuestro ordenamiento jurídico, que hasta ahora, se muestra reacio a aceptar el registro de este tipo de marcas.

Es indesmentible que, en el último tiempo, se ha visto un rol más dinámico e influyente de estas marcas en el ámbito comercial, y no es difícil avizorar que a medida que el tiempo pase su uso se verá aumentado.

Las principales dificultades nacen por lo complejo que les resulta a las oficinas de registro, poder cumplir con los requisitos que las legislaciones exigen para el registro de marcas, principalmente porque, debido a la intangibilidad de algunas de ellas (como las gustativas u olfativas, por ejemplo), su representación se hace muy dificultosa. En este sentido, *“La presencia de marcas de posición, signos animados o de multimedia, hologramas, olfativas, gustativas y de texturas son menos frecuentes en la legislación comparada. Estos tipos de signos presentan desafíos especiales para las oficinas o registros de propiedad industrial, atendida la cuestión de la forma de representarlas en términos que puedan ser incorporadas de forma fácilmente aprehensibles en registros que puedan ser consultados por el público”*⁶⁵.

Sin embargo, 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 reforzada”*⁶⁶.

Las ventajas sustanciales que nos entrega el registro de marcas radican principalmente en su tiempo ilimitado de protección, lo que las diferencia radicalmente de las otras fórmulas de protección, que en el caso

⁶⁵ INAPI. Nuevos tipos de Marcas. P. 5.

⁶⁶ 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.

del Derecho de Autor son 70 años desde la muerte del autor, y en el diseño industrial son de 25 años desde la solicitud de registro.

Por lo tanto, si se llegase a incluir los nuevos tipos de signos distintivos, será necesario que la normativa legal se adapte a ella, con el fin de que se puedan suplir los vacíos que hagan posible su tramitación, registro y administración.

iii. Otro caso de protección de la propiedad industrial: Los dibujos industriales.

Dentro del concepto de *Dibujos industriales*⁶⁷, se comprende "*toda disposición, conjunto o combinación de figuras, líneas o colores que se desarrollen en un plano para su incorporación a un producto industrial con fines de ornamentación y que le otorguen, a ese producto, una apariencia nueva.*"⁶⁸

Los dibujos industriales al igual que los diseños industriales, tendrán protección sólo en relación con sus aspectos estéticos u ornamentales, dejando de lado los aspectos técnicos o funcionales que pudiere tener. En otras palabras, cuando hablamos de dibujos o diseños industriales, hacemos referencia "*al derecho que se otorga en un gran número de países, conforme a un sistema de registro concreto, para proteger las características ornamentales y no funcionales de los productos y que derivan de la actividad de diseñar*"⁶⁹.

De esta manera se protege, por ejemplo, un dibujo con el que se pretenda estampar los individuales, manteles, vestimentas de trabajo, cortinas y

⁶⁷ A diferencia del Diseño Industrial que es tridimensional, este es bidimensional.

⁶⁸ Art. 62°. Ley 19.039. CHILE. Ley de Propiedad Industrial. Santiago, 9 de marzo de 2006.

⁶⁹ INAPI. ¿Qué tienen en común los dibujos, y los diseños industriales? 2012. [En línea]. <http://www.inapiprojecta.cl/605/w3-article-1133.html> [Consulta: 23 octubre 2017].

cualquier otro elemento de un determinado negocio culinario. Podría darse el caso de que un dibujo se constituya como una imagen corporativa, para lo cual resultaría muy beneficioso adquirir derechos sobre aquel, para evitar que nuestros competidores imiten o repliquen dicha imagen, o cualquier otro activo de propiedad intelectual.

3. PROCEDIMIENTO PARA EL REGISTRO DE MARCAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

Para la protección de estos activos, se deberá iniciar un procedimiento ante el Instituto Nacional de Propiedad Intelectual (de aquí en adelante: INAPI), el cual consiste básicamente en tres etapas. En primer lugar, se lleva a cabo el ingreso y el examen de forma de la solicitud, luego, se deberá publicar un extracto de la solicitud en el Diario Oficial, para finalmente llevarse a cabo un examen de fondo de la solicitud.

Lo anterior se encuentra regulado en la ley 19.039 sobre Propiedad Industrial, la cual señala en su artículo 2 que *“cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, podrá gozar de los derechos de la propiedad industrial que garantiza la Constitución Política, debiendo obtener previamente el título de protección correspondiente de acuerdo con las disposiciones de esta ley”*. El título al que se hace referencia, lo podremos obtener mediante la ya mencionada solicitud de registro.

En la primera de las tres etapas, deberemos ingresar la solicitud en las dependencias de la INAPI, la cual *“debe contener protección para productos,*

*servicios, establecimientos comerciales, establecimientos industriales o frases de propaganda, establecido la o las clases para las que se solicita protección con la actividad específica dentro de la respectiva clase*⁷⁰. Aquello podrá llevarse a cabo tanto de manera presencial, en las dependencias de la oficina de la INAPI, como en línea a través de la página web de la misma institución.

Es pertinente señalar que, la presentación de la solicitud de manera presencial se lleva a cabo con un formulario, el que debe ingresarse con letra mecanografiada, y además se debe pagar un derecho inicial en algún Banco o Institución recaudadora de impuestos, en la cuenta única fiscal. Además, cabe destacar que esta solicitud puede ser presentada por un representante, para lo cual deberá presentarse el poder correspondiente, el cual también se exige cuando una persona natural comparece en representación de una persona jurídica.

Para las solicitudes vía internet, se deberá registrar previamente como usuario en la página web de la INAPI, y el pago del derecho inicial se realizará mediante una transacción electrónica.

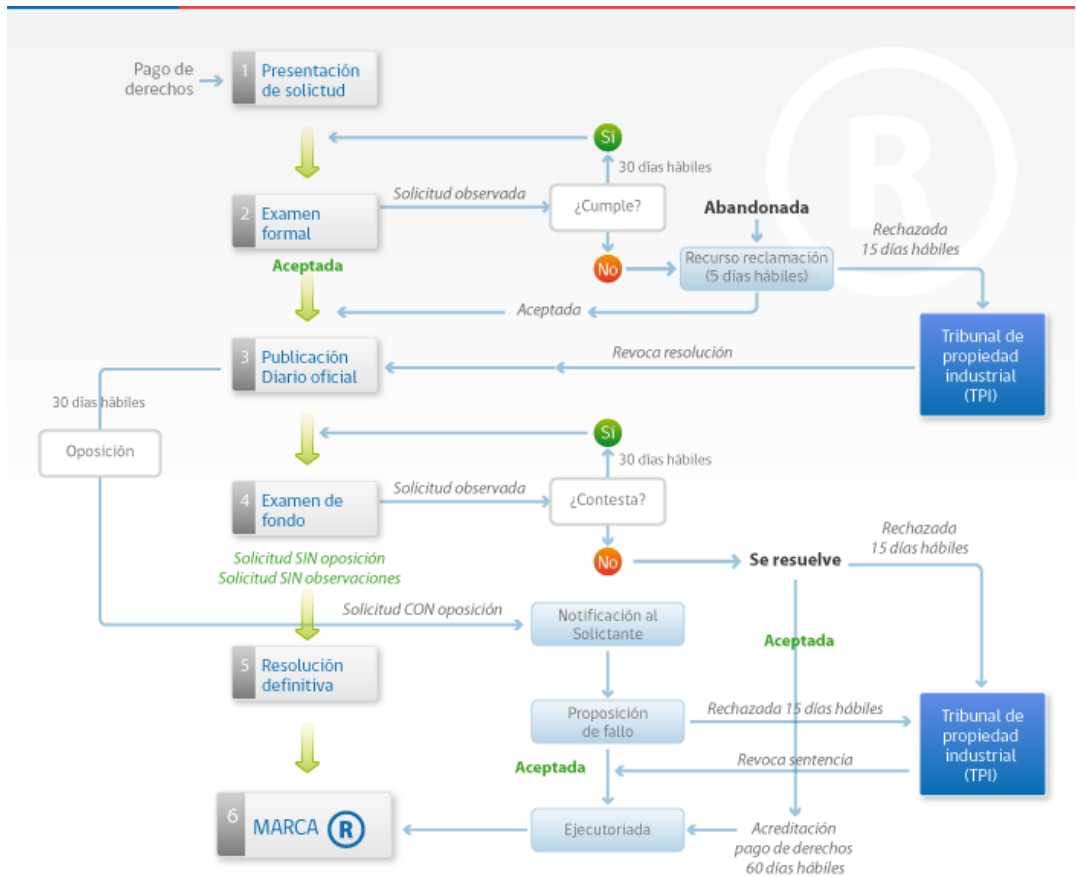
Una vez ingresada la solicitud, se realizará un examen formal de ella para ver si cumple o no los requisitos legales y reglamentarios. La solicitud podrá ser aceptada u observada. Si es aceptada a tramitación, se deberá requerir y pagar un extracto de ella para que sea publicada en el Diario Oficial en el plazo de 20 días hábiles, a contar de la aceptación del requerimiento, para dar la debida publicidad de la misma. La sanción para el incumplimiento de lo recién mencionado es que se tendrá por abandonada la solicitud de registro de marca por el sólo ministerio de la ley. Una vez publicado el extracto, comienza a contarse el plazo de 30 días hábiles que tienen los terceros para oponerse a la solicitud de registro.

⁷⁰ INAPI. Cómo registrar una marca. 2013. [En Línea]. <http://www.inapi.cl/portal/orientacion/602/w3-article-578.html> [Consulta: 23 octubre 2017]

Por su parte, si el conservador da cuenta de algún error u omisión de la solicitud en el examen formal, apercibirá al interesado para que corrija o aclare ciertos puntos dentro del plazo de 30 días. La sanción para el incumplimiento es que se tendrá por abandonada la solicitud.

Aceptada la solicitud o subsanados y aclarados los errores u omisiones, el Director Nacional de la INAPI realizará un examen de fondo de la solicitud, y luego pronunciará una Resolución definitiva en la que se aceptará o rechazará la marca. De ser aceptada, se deberá pagar y acreditar el pago de los derechos definitivos sobre la marca, dentro del plazo de 60 días desde la notificación de la resolución definitiva de aceptación. De ser rechazada, el interesado podrá apelar a la resolución dictada por el Director Nacional, ante el Tribunal de Propiedad Industrial, para lo cual será menester contar con el patrocinio de un abogado y realizar consignación.

Para una mayor claridad del procedimiento, es conveniente mirar con atención el siguiente esquema elaborado por la INAPI⁷¹.



⁷¹ INAPI. Como registrar una marca. 2013. [En Línea]. http://www.inapi.cl/portal/orientacion/602/articulos-578_diagrama.png. [Consulta: 23 octubre 2017]

4. PROTECCIÓN DENTRO DEL SISTEMA DE DERECHO DE AUTOR.

Con este sistema le brindamos protección a *“los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina”*⁷².

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 3° de la ley N° 17.336 por su parte, contiene una lista no taxativa de obras protegibles por el Derecho de Autor, la que en parte utilizaremos para clasificar el siguiente análisis. Sin embargo, es pertinente advertir que un análisis acabado de cada una de ellas escapa absolutamente de los objetivos de este trabajo.

a) Obras literarias.

Uno de los numerales del art. 3 de la ley n° 17.336, que tiene relación con la protección del ámbito gastronómico y culinario, son las contenidas en el numeral 1)⁷³, el cual estipula que *“serán protegidos por esta ley los libros, folletos, artículos y escritos, cualesquiera que sean su forma y naturaleza, incluidas las enciclopedias, guías, diccionarios, antologías y compilaciones de toda clase”*. Como vemos, este numeral ofrece protección a una amplia gama de obras literarias, que bien podrían ser *libros, artículos, poemas*, u otro tipo de escritos relacionados con la cultura gastronómica, técnicas culinarias, métodos de preparación, técnicas de emplatado, color o composición de platos, entre muchos otros

⁷² Art. 1°. Ley N° 17.336. CHILE. Propiedad Intelectual; Derechos de Autor. Santiago, 02 de octubre de 1970.

⁷³ Los libros, folletos, artículos y escritos, cualesquiera que sean su forma y naturaleza, incluidas las enciclopedias, guías, diccionarios, antologías y compilaciones de toda clase.

temas, siempre y cuando en su redacción se encontrase la originalidad exigida por el Derecho de autor.

Dentro de lo permitido en el mismo artículo, podríamos encontrar una determinada **compilación** de recetas, que si se dispone de una forma original, o con un factor en común distintivo, encontrarán protección jurídica. Las compilaciones se regulan específicamente en el artículo 24 de la Ley de Propiedad Intelectual, el cual señala que *“el derecho en la compilación corresponde al organizador, quien está obligado a obtener el consentimiento de los titulares del derecho de las obras utilizadas y a pagar la remuneración que por ellos se convenga, salvo que se consigne expresamente que tal autorización se concede a título gratuito”*⁷⁴.

Por su parte, como ya lo hemos manifestado, también podría ser protegible cualquier tipo de escrito, independiente de su contenido, que sea creado de una manera original, y represente una creación de la inteligencia humana.

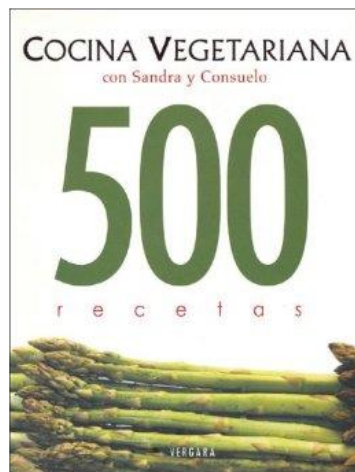
Cabe reiterar que la protección recaerá sobre la *forma de expresión*, y no sobre el *contenido* en sí, en otros términos, no se protegerán las recetas propiamente tales, sino la manera en que se escriben o disponen.

El beneficio que pudiese otorgar es que aunque no se logre proteger jurídicamente la idea de una receta de un determinado chef, si logrará obtener que se asocien las creaciones a su nombre, obteniendo un *reconocimiento*, que bien sabemos es un importante activo de propiedad intelectual.

Así las cosas, cobra especial relevancia la manera en la cual podremos alcanzar la originalidad que nos permita proteger nuestras obras por la vía del derecho de autor. Esto, como venimos diciendo, se exige en la forma de

⁷⁴ Art. 24. Ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual. CHILE.

expresión de la obra y no en su contenido, lo que quiere decir que el autor deberá elaborar sus creaciones intentando reflejar su personalidad, y una forma original de expresión. Ejemplos hay muchos, tales como los dos libros que se muestran a continuación, el de la izquierda⁷⁵ presenta quinientas recetas prácticas, elaboradas por dos expertas culinarias—y asistidas por nutricionistas y médicos especialistas— en donde introducen el tema del vegetarianismo desde la perspectiva de una nutrición adecuada, balanceada y deliciosa. El libro de la derecha elabora una **compilación** de recetas (que también se encuentra en el numeral 1 del art. 3), y que encuentra su originalidad en la manera en que dispone las recetas, las que las divide por continentes y países, para dar la impresión de que se hace un recorrido por toda la gastronomía del mundo en poco más de 100 páginas.



Para terminar de explicitar la cercanía que tiene el ámbito gastronómico con el derecho de autor, no podemos dejar de mencionar una obra que engloba gran parte de lo que esta investigación pretende

⁷⁵ CONSUELO BEDOYA, SANDRA FIGUEROA. Cocina vegetariana con Sandra y Consuelo: 500 Recetas Ediciones B, 2006.

reflejar, puesto que logra conectar directamente el ámbito culinario con el arte. Hablamos del libro-recetario ***Epopéya de las comidas y las bebidas de Chile***, en donde el chef chileno **JUAN PABLO MELLADO**, toma los relatos culinarios de Pablo de Rokha, quién tenía una gran afición por cocinar y comer, y en su libro relata los sabores y las sensaciones que le provocaban, por ejemplo, un costillar de chanco con ajo, una empanada o una sandía en el verano. Sensaciones plasmadas en poemas, los que Mellado tradujo en recetas para esta nueva edición de este libro escrito hace más de medio siglo, y que en esta nueva versión viene con recetas e ilustraciones. En esto vemos una adaptación de una obra (que es protegido por el Derecho de Autor), revestida de la necesaria originalidad, pero recordando la obra originaria, a través de –entre otras cosas- respetar los nombres dados por Pablo de Rokha a las preparaciones.

Cabe destacar que del numeral en revisión, no debe desprenderse que sólo los libros son objetos de protección, puesto que es susceptible de ser protegida toda obra literaria. En este punto, -en el que estamos hablando de las recetas propiamente tal, y las maneras de revestirlas para obtener protección-, tomaremos la clasificación realizada por don Alfredo Maraví⁷⁶, quién plantea que existen dos supuestos, a saber:

⁷⁶ MARAVÍ CONTRERAS, Alfredo. Tesis de Magíster: “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”. P. 74 – 77. Pontificia Universidad Católica del Perú.

(i) Que la receta sea original en su forma, pero no en su contenido.

Este supuesto hace referencia a cuando una receta presente la originalidad exigida por el Derecho de Autor, en su forma de expresión, pudiendo ser por ejemplo escrita en forma de poema u oda, o también correspondería a este supuesto, la realización de una ilustración original para ella.

En este supuesto, en el que lo original no es la creación culinaria en sí, si no su forma de expresión, el titular de los derechos de autor podrá impedir que la obra sea copiada, y además tendrá los derechos morales y patrimoniales que la ley de Propiedad Intelectual otorga, pero obviamente, resulta irrisorio pretender que no se pueda copiar la creación culinaria en sí, incluso si se realiza con fines comerciales. En definitiva, resulta natural que si alguien compra un libro, compilación, o ilustraciones de recetas sea para realizarlas, sino no existiría motivación alguna para adquirir uno de estos ejemplares.

Es igualmente importante considerar, que el titular de los derechos sobre la forma original, tampoco podrá impedir que otra persona elabore otro poema, oda, ilustración, o como sea que se presente la originalidad, en base a la misma receta, puesto que el contenido no es el que reviste la originalidad que el Derecho de autor protege.

(ii) Que la receta sea original tanto en su forma, como en su contenido.

En este apartado, analizaremos la situación referida a cuando tanto la forma como el contenido de la receta sean originales, en otras palabras, cuando la preparación del plato también fuere original, en donde ya no podemos considerar como libre el uso de la receta, puesto que como ya sabemos, nuestro ordenamiento jurídico no avala el hecho de que un contenido original sea reproducido sin autorización del autor, sino que sólo, permite que una técnica, procedimiento, o en otras palabras, una idea, sea ejecutada libremente.

Para comprender mejor lo señalado en el párrafo precedente, imaginemos un manual que describe como realizar dibujos utilizando la técnica de la tinta china, específicamente del estilo Sumi-e, en la que con simples trazos se representan formas, y en donde para ejemplificar dicha técnica se usa una de las obras del artista japonés Shozo Sato. En este caso, y al igual que en el punto anterior, el adquirente del manual no podría fotocopiarlo libremente; pero sí sería perfectamente posible que aplique dicha técnica o procedimiento para desarrollar una obra original propia, pero no tiene permitido realizar una copia de la obra de Shozo Sato, porque sólo aquel autor, es quién posee los derechos de reproducción de su obra.

Misma situación ocurriría en el caso que una receta sea original en su forma de expresión, y donde el platillo descrito sea original. Esto, porque el resultado final de la utilización de la receta se confundiría con un acto de reproducción de una obra.

Lógicamente, como ocurre con cualquier tipo de obra dentro del Derecho de Autor, lo recién mencionado tiene como excepciones cuando

dicha preparación se realice sin fines de lucro, en el ámbito doméstico, o con fines educativos, por ejemplo. Si se pretendiere elaborar dicha preparación con fines comerciales, el creador de la obra original debería autorizarlo, en virtud de que sería una reproducción de su obra.

b) Diseños que constituyan Obras.

En este apartado encontramos una amplia gama de posibilidades de lograr la protección buscada, ya que podremos proteger por la vía del Derecho de Autor todo diseño original que represente la personalidad del autor.

Ejemplos existen muchos, pero dentro de ellos podemos mencionar el diseño de la vajilla, como la imagen que se muestra a continuación⁷⁷:



⁷⁷ DIMEIC. 2014. [En Línea] <http://www.dimeic.com/wp-content/uploads/2013/03/dise%C3%B1o-de-lo-cotidiano-vajillas-01.jpg> [Consulta: 23 octubre 2017]

También podemos proteger de esta manera el diseño original de los cubiertos utilizados en un restaurante o negocio similar, como vemos en la siguiente fotografía⁷⁸:



Este tipo de obras puede ayudarnos a dotar de un estilo especial nuestro negocio, logrando distinguirlo de otros de la competencia, y cooperando en que la experiencia culinaria sea totalmente novedosa.

En este mismo sentido, pertinente es mencionar el trabajo del ya citado chef español **JUAN MARI ARZAK**, quien en conjunto con la marca **PHILLIPS**, elaboraron un proyecto creativo utilizando gastronomía multisensorial, diseño y tecnología. Concretamente, el resultado ha sido una serie de porcelana, dividida en 3: Eclipse lunar (bol), Fama (plato largo) y Tapa de Luz (plato para servir). Esta reacciona iluminándose cuando la

⁷⁸ HOME DEPOT. 2016. [En Línea]: <https://www.homedepot.com/p/Ginkgo-Pineapple-4-Piece-Hostess-Set-24031/203352303> [Consulta: 24 octubre 2017]

comida se coloca sobre el plato en forma sólida o líquida. El resultado de este trabajo podemos apreciarlo en las siguientes fotografías⁷⁹:

1. Eclipse Lunar (Bol):



2. Fama (Plato largo):



⁷⁹ MUNDO ARK. La Marca Philips Y El Chef Juan Manuel Arzak Llevan La Experticia De La Gastronomía A Un Nivel Multi-Sensorial. 2015. [En Línea] <http://www.mundoark.com.pe/2014/01/objeto-la-marca-philips-y-el-chef-juan.html> [Consulta: 23 octubre 17].

3. **Set completo:** Eclipse lunar (bol), Fama (plato largo) y Tapa de Luz (plato para servir).



i. Diseño visual de platos y otras obras culinarias.

Una de las maneras más propicias que encontramos para proteger una obra culinaria en sí, es la del diseño visual con que se presenten. Sin embargo, hay que tratar de manera cuidadosa este apartado, ya que podría llegar a ser confuso determinar cuáles obras serán subsumibles bajo esta protección.

Debemos recordar que la obra será protegible cuando refleje la individualidad del chef, y no será protegible cuando sea una simple repetición de procedimientos o técnicas. Lo anterior es especialmente relevante, ya que de esta manera podemos diferenciar de mejor forma qué creaciones constituirán obras.

Primeramente, deberemos desechar inmediatamente del ámbito de protección, aquellas preparaciones o platos de uso cotidiano, que fundamentalmente se preocupan de la abundancia de los platos y del sabor, al igual que dichos platos que forman parte de

la cultura o folklore de un país. Por otra parte, en la comida *gourmet* además de preocuparse de los sabores, se tiene especial atención en la presentación de los mismos, por lo cual el aspecto visual cobra vital relevancia.

Existe amplia literatura sobre las técnicas de composición de los platos utilizadas en la alta cocina, como por ejemplo podemos mencionar las siguientes formas de composición básica⁸⁰:

- I. **Composición Simétrica.** Equilibrio bilateral y proporcional entre las partes del plato, con un equilibrio entre el peso de los diferentes componentes. Transmite una sensación de orden y armonía procedente de la misma Naturaleza.



- II. **Composición Rítmica.** Repetición de elementos principales con alternancia de otros menos importantes. Crea un efecto dinámico y estimulante, que capta mucho la atención

⁸⁰ Directo Al Paladar. Emplatado y presentación de platos. 2009. [En línea] <http://www.directoalpaladar.com/otros/emplatado-y-presentacion-de-platos> [Consulta: 23 octubre 2017]



- III. Composición triangular o piramidal.** Jugamos con las alturas, formando una pirámide en el plato, o bien un triángulo en plano.



- IV. Composición circular o lineal,** respecto a un punto central, disponemos los elementos de forma circular u ovalada, creando un efecto de dinamismo muy interesante.



Es evidente que este tipo de composiciones en el diseño de los platos no es susceptible de protección por la vía del Derecho de Autor, puesto que son técnicas no originales, que no representan la individualidad del autor, y que son utilizadas por una gran cantidad de cocineros.

Creemos que las obras culinarias con mayores posibilidades de ser protegibles por el derecho de autor son las obras de naturaleza escultórica, las que son comúnmente observadas en la pastelería, pero que también es posible encontrarlas en otro tipo de preparaciones.

A modo de ejemplificación podemos ver la siguiente imagen de una escultura hecha con alimentos presentada en un festival de gastronomía china en Nanjing, capital de la provincia oriental china de Jiangsu⁸¹.



⁸¹ COCINATIS. 10 esculturas comestibles (y muy divertidas). 2015. [En Línea] http://www.cocinatis.com/cocinillas/esculturas-comestibles-muy-divertidas_2015061457da8e6c0cf2f66f47e298f7.html [Consulta: 23 octubre 2017].

Continuando con los ejemplos, veremos uno proveniente de la pastelería, en donde es mucho más común ver obras del tipo escultóricas⁸².



c) Dibujos e ilustraciones.

Este tipo de obras se encuentra recogido en el numeral 11 del Art. 3 de la ley 17.336, y es una manera propicia para proteger ciertos activos de propiedad intelectual.

Con el propósito de ejemplificar lo recién planteado, podemos ver en la siguiente imagen⁸³, en donde una receta totalmente simple en su

⁸² Rincón Abstracto. 20 increíbles y creativas esculturas en tortas. 2011. [En Línea] <http://www.rinconabstracto.com/2011/07/20-increibles-y-creativas-esculturas-en.html> [Consulta: 23 octubre 2017]

⁸³ Cartoon Cooking. Batido Antiagujetas. 2014. [En Línea] <http://cartooncooking.blogspot.cl>. [Consulta: 23 octubre 2017].

elaboración y contenido es presentada originalmente en una ilustración gráfica, la cual pasa a ser una obra protegible por el Derecho de Autor, por su enorme originalidad.



d) Obras musicales.

Bien sabemos que en todos los restaurantes o negocios relacionados suele utilizarse música para ambientar el lugar, por lo que perfectamente podrían ser usadas creaciones musicales propias para ello, y así evitar el pago de los Derechos de Autor y Derechos Conexos de los

autores de las obras. De esta manera podríamos aportar a que la experiencia culinaria sea totalmente única y novedosa.

No debemos confundir lo recién mencionado, con lo descrito en el apartado 2.1.1 letra b, en donde hablábamos de la protección de las marcas auditivas, puesto que, dicha protección pertenece al campo de la propiedad industrial, y las obras musicales, forman parte del Derecho de Autor, sin embargo, es posible utilizar ambos mecanismos en pro de la protección de los activos de propiedad intelectual en los emprendimientos del ámbito culinario y/o gastronómico.

e) Forma Arquitectónica.

Dentro del numeral 9)⁸⁴ del mismo artículo 3, también podríamos encontrar fórmulas de protección jurídica a posibles activos de propiedad intelectual en el rubro analizado. Imaginemos la situación de un empresario gastronómico que crea un determinado restaurante, con una **forma arquitectónica** única, distintiva y original, como por ejemplo un castillo a escala inspirado en un estilo clásico, que pretenda replicar en otras filiales, y que no sea copiado por sus competidores.

Para lograr dicho objetivo, es menester proteger la forma arquitectónica del local, que si bien, es protegida por el derecho de autor, presenta una particularidad respecto a los requisitos que debe cumplir la obra para merecer la protección que brinda la ley 17.336.

Al respecto, el artículo 72 del mismo cuerpo legal, dispone que debe inscribirse en el Registro de Propiedad Intelectual los derechos de

⁸⁴ Los proyectos, bocetos y maquetas arquitectónicas y los sistemas de elaboración de mapas.

autor y aquellos conexos que la propia ley establece, y conforme al artículo 75, para el caso de las obras de pintura, dibujo, escultura, ingeniería y **arquitectura**, bastará el croquis, fotografías, o planos del original, necesarios para su identificación, debiendo proceder en la forma establecida en los artículos 19 y 20 del Reglamento de la Ley 17.336. No obstante, ello se ha entendido como un medio para obtener una importante prueba de la existencia de la obra, más no como requisito para dotar de protección una obra artística, puesto que, ella comienza con la sola creación.

En nuestro país, se dio lugar a un caso muy relevante, caratulado **INVERSIONES EL MAÑÍO LIMITADA / HUILO HUILO DESARROLLO TURÍSTICO LIMITADA**, ROL: C-29892-2010, seguida ante el 4° Juzgado Civil de Santiago⁸⁵, en donde se vertieron importantes argumentos al respecto.

En dicho procedimiento, la parte demandante (Inversiones El Mañío), demandó a Huilo Huilo, por el supuesto uso indebido de su marca **“BAOBAB RESTAURANT/LOUNGE”**, inscrita en el Registro de la Conservaduría de Marcas de la INAPI, bajo el N° 802962, desde el 05 de diciembre de 2017, en la clase 43, que *“comprende principalmente los servicios que consisten en preparar alimentos y bebidas para el consumo, prestados por personas o establecimientos, así como los servicios de alojamiento, albergue y abastecimiento de comida en hoteles, pensiones u otros establecimientos que proporcionen hospedaje temporal”*⁸⁶.

Basan su demanda, en que la parte demandada, tenía en funcionamiento un hotel denominado **“BAOBAB”**, ubicado en la Reserva

⁸⁵ 4° Juzgado Civil de Santiago, 08.10.2012, C-29892-2010, “Inversiones El Mañío Limitada / Huilo Huilo Desarrollo Turístico Limitada”.

⁸⁶ WIPO. Clasificación de Niza: Lista de clases con notas explicativas [En línea] <http://www.wipo.int/classifications/nivilo/nice/esnot.htm> [Consulta 23 octubre 2017].

Biológica Huilo Huilo, en la Región de Los Lagos, comuna de Panguipulli, el que haría un uso sin consentimiento de la marca Baobab, en la prestación de servicios hoteleros, gastronómicos y de bar. Alegaba la parte demandante que *“resulta evidente que, si existe otro establecimiento con el nombre de Baobab, el usuario del servicio se verá inducido a todo tipo de confusiones y errores (...) creará, con justa razón, que este es el mismo, o sucursal del otro denominado “Baobab Restaurant/Lounge”.*

Incluso señalan, que la incompatibilidad de ambas marcas en el ámbito comercial ha sido reconocida por la INAPI, puesto que los demandados intentaron registrar la marca Baobab en la clase 43, en solicitud N° 787571, y en la cual la INAPI acogió la oposición de El Mañío, considerando que *“el signo pedido, coincide desde el punto de vista gráfico y fonético en forma idéntica con el elemento Baobab”.*

En tanto, la parte demandada, argumenta que Huilo Huilo Desarrollo Turístico Limitada, es una empresa dedicada a la prestación de servicios en el ámbito turístico más amplio, y en dicho contexto administra la Reserva Biológica Huilo Huilo y sus distintas instalaciones, y dada la naturaleza de los convenios vigentes, aún no recibe utilidad alguna por dicha administración. Dentro de las múltiples instalaciones, se encontraba el citado hotel Baobab.

Complementa su argumentación, citando el artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual que estipula *“los derechos que, **por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos (...)**”.* Además, menciona el artículo 4 que expresa *“el título de la obra forma parte de ella, y deberá ser siempre mencionado junto con el nombre del autor, cuando aquella sea utilizada públicamente”.* En ese contexto, es donde señalan que el nombre

Baobab nació con la creación de la obra, la cual fue concebida en el año 2004, tres años antes que Inversiones El Mañío intentara el registro de la marca “Baobab Restaurant/Lounge”, en el año 2007, por lo cual la utilización del nombre de la obra sólo viene a cumplir lo estipulado en el citado artículo 4 de la ley de propiedad intelectual. Además, Huilo Huilo Desarrollo Turístico Limitada, registró la marca Baobab en la clase 39, que entre otros rubros contiene el de Agencia de Turismo, servicios de agencia de viajes, visitas turísticas, acompañamiento de viajeros, Asesorías, consultas e informaciones, en materia de turismo y viajes.

Complementa señalando que, el ámbito de protección de una marca y otra es diverso, y que la combinación de los elementos de una y otra marca, a saber, Baobab Restaurant/Lounge vs. Hotel Baobab, entregan una clara procedencia de las mismas, sin que los consumidores se vean expuestos a errores o confusiones.

Finaliza señalando que la ley privilegia al verdadero creador de la obra, lo que corrobora el artículo 3 del reglamento de la ley 19.039, así el uso del Hotel Baobab se remonta al año 2004, es decir, es anterior a la inscripción de la marca de la demandante.

El 4° Juzgado Civil de Santiago, decide en su sentencia de 1ª instancia, acoger la demanda de Inversiones El Mañío, argumentando que no resulta plausible sostener que la demandada solo administre el Hotel Baobab por cuenta de terceros, puesto que uno de sus socios es, precisamente, el autor intelectual de tal obra. Además, sostiene que no está en discusión la autoría de la obra, ni la concepción ni inspiración de ella, tampoco la época en que se materializó, sino que la única controversia se plantea en torno al nombre que se utiliza para denominarla y promocionarla, el que ya se encuentra inscrito a nombre de la demandante.

Para complementar su decisión, el juzgado cita el artículo 72 de la Ley 17.336, el que estipula que deberán inscribirse los derechos de autor que la propia ley establece, y conforme al artículo 75, para el caso de las obras de arquitectura (entre otras), es necesaria la inscripción de croquis o planos del original necesarios para su identificación, cuestión que no acreditó la parte demandada. Por otro lado, señala que lo que se discute es la utilización de la marca en la clase 43, y nada relevante tiene que la demandada tenga inscrita la marca en la clase 39, puesto que ha quedado demostrado en virtud de la prueba testimonial y de abundante prueba documental, que se prestaban servicios contenidos en la clase 43, como los de restaurant y bar. Por esos motivos, es que se condena a Huilo Huilo, a dejar de utilizar la marca en disputa.

Cerca de dos años después, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en causa N° 8457-2012⁸⁷, emite sentencia de segunda instancia, transformándose en una importante jurisprudencia en la materia.

Primeramente, en los N° 4°) y 8°), deja establecido que efectivamente el nombre del hotel, como obra arquitectónica es BAOBAB, pasando por alto el hecho de no haber sido inscrita en el registro de propiedad intelectual como tal, puesto que aquello no sería necesario en aquellas obras que gozan de un reconocimiento público y notorio, como es el caso.

Sin embargo en los N° 6°) y 7°), a pesar de establecer que efectivamente Huilo Huilo utilizaba el nombre comercial de BAOBAB, para el giro de hotelería, el cual forma parte de la clase 43, se señala que Inversiones El Mañío no tendría la titularidad para toda la clase 43, sino que

⁸⁷ Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, Quinta Sala, Inversiones El Mañío Limitada / Huilo Huilo Desarrollo Turístico Limitada, 20.03.2014, N° 8457-2012 (Civil).

“únicamente para el giro de Bar y Restaurant, y entendiendo que el título le fue concedido con protección al conjunto; esto es, a todas las palabras que integran su marca, no pudiendo considerarse cada una de ellas como individualmente protegidas y con derecho aislado a oponerse que otra persona las pueda usar. De esta manera, lo que la hace única, distintiva y distinguible es precisamente el conjunto armónico de ellas, y no las palabras individualmente consideradas”. Lo anterior, en virtud de la limitación establecida por el artículo 26 del Reglamento de la ley 19.039.

Debido a lo señalado previamente, se declara que los recurridos no podrán impedir que el demandado use un nombre comercial, no registrado como marca, para ofrecer sus servicios hoteleros.

Respecto al uso de la marca en los servicios de Bar y restaurant, la Ilustrísima Corte deja establecido que el demandado no podrá utilizarla, por cuanto, *“pese a ser signos visibles no idénticos y una tener una protección al conjunto, sí existe un riesgo de eventual confusión marcaria entre unos y otros atendidos especialmente por el carácter genérico que tiene la marca del actor en la cual integra el giro como parte de la marca”*⁸⁸.

Finalmente, a pesar de que el demandante (“Inv. El Mañío Ltda.”) Dedujo recurso de Casación en contra del fallo de la Illtma. Corte de Santiago, las partes finalmente arribaron a un acuerdo, mediante el cual la parte demandada de autos pagó la suma de \$35.150.000, sin reconocer ningún tipo de responsabilidad, con lo cual Inversiones El Mañío se desistió de su Recurso, y Huilo Huilo Desarrollo Turístico Limitada se hizo dueño de la Marca BAOBAB RESTAURANTE/LOUNGE, N° registro 802.962.

Para concluir este apartado, y sólo a modo anecdótico, Huilo Huilo años después decidió cambiarle el nombre a su hotel, para rendirle un

⁸⁸ *Ibíd.*

homenaje al bosque que lo rodea. En la actualidad, se llama “Hotel Nothofagus”, la misma denominación científica que reciben los árboles con cuya madera fue construido: raulí, coigüe, roble y lenga⁸⁹.

f) Software.

El software es otro de los activos de propiedad intelectual que podemos proteger a través de la vía del derecho de autor. Conceptualmente hablando *“el software -en sentido estricto- es todo programa o aplicación programado para realizar tareas específicas”⁹⁰*. En otras palabras, *“para que un ordenador funcione tiene que programarse, es decir, se le debe dar una serie de instrucciones en un lenguaje que los ordenadores comprendan. A estos programas nos referimos como Software”⁹¹*.

La ley 17.336 que regula esta materia en nuestro país lo recoge expresamente en el numeral 16 del ya tantas veces mencionado Art. 3. Ejemplos relacionados al ámbito gastronómico o culinario hay muchos, entre ellos podemos mencionar:

- a. **G-food⁹²**: Es un Software especializado en Venta, Administración y Gestión para Restaurantes, Cafeterías, Comida Rápida, Pub y Delivery. Permite gestionar la atención a clientes a través de POS de garzón y

⁸⁹ DIARIO EL RANCO. El Hotel Baobab de la Reserva Biológica Huilo Huilo cambia de nombre: ahora se llamará Nothofagus [En línea] <http://www.diarioelranco.cl/?p=90716> [Consulta: 23 octubre 2017].

⁹⁰ ALEGSA, Leandro. 2010. Diccionario de informática y tecnología. [En línea]. <http://www.alegsa.com.ar/Dic/software.php> [Consulta: 23 octubre 2017].

⁹¹ IPR – Helpdesk. Derechos de autor del software [En línea]. http://www10.ujaen.es/sites/default/files/users/otri/propiedad-industrial/2010_Derechos_Autor_Software.pdf P.2. [Consulta: 23 octubre 2017]

⁹² <http://www.g-food.cl/>

Tablet desde la comanda hasta el pago del documento comercial (boleta y factura).

- b. **Restô A14**⁹³: Software de similares características, que permite manejar toda la gestión administrativa de restaurantes, cafetería, bares, etc.
- c. **Hellofood**⁹⁴: Aplicación para celulares y tablets destinada a ofrecer por parte de los restaurantes su servicio *delivery*, y que para los clientes simplifica de manera considerable el proceso de pedir comida a domicilio.
- d. **PedidosYa**⁹⁵: Aplicación y página web, de las mismas características de la anterior, enfocada en la simplificación del proceso de encargar comida desde la casa.

g) Fotografía.

En este apartado hablamos tanto de las fotografías que merecen protección por derechos de autor, y a través de los Derechos Conexos. Bien sabemos que en el último tiempo ha surgido a gran nivel la moda de retratar o fotografiar los platos de comidas, y posteriormente compartirlo a través de redes sociales como Instagram o Facebook.

Se relaciona directamente a lo anterior la corriente denominada **“Food Porn”**, que en palabras simples imita el estilo de fotografía de la

⁹³ <http://www.resto.cl/>

⁹⁴ <http://hellofood.com.mx/>

⁹⁵ <http://www.pedidosya.cl/>

industria pornográfica, al retratar la comida desde ángulos muy cercanos para mostrarla provocativa. *“La mayoría corresponde a platos provocativos, ya sea por su presentación o por su capacidad para tentarnos a base de calorías o grasas. Un placer culpable ante el que sentimos un deseo similar al sexual, con signos físicos muy similares: una mayor salivación, más bombeo de sangre por nuestro cuerpo o la dilatación de la pupila son signos inequívocos de que lo que hay en el plato está despertando nuestros más bajos instintos gastronómicos”*⁹⁶.

A continuación, veremos unas imágenes que representan lo que hemos venido hablando:



⁹⁶ SÁNCHEZ, Javier. “Food Porn”, comida Clasificada XXX. 2013. [En línea].
<https://es.tendencias.yahoo.com/blogs/0%C3%ADdo-cocina/food-porn-comida-clasificada-xxx-163507541.html> [Consulta: 23 octubre 2017].



Si bien con la protección que tienen las fotografías en el derecho de autor, no podemos impedir que intenten imitar la creación culinaria, sí logramos que el público pueda tener una referencia gráfica de las preparaciones, y, además, podemos conseguir que el estilo del creador culinario se refleje de manera más popular, por vías como, por ejemplo, de las redes sociales. Es decir, si bien un platillo está restringido a un cierto número de gente, a través de la fotografía podemos conseguir amplificar el deseo del público por nuestros platillos, con lo que se transforma en un importante instrumento para llamar a más personas a un restaurante.

5. CONCLUSIONES DEL USO DEL DERECHO DE AUTOR.

En conclusión, amparados por las normas generales del Derecho de Autor, podremos encontrar protección para los activos de propiedad intelectual presentes en los emprendimientos culinarios, no de manera completamente directa, pero sí efectiva. Sólo hay que analizar completamente las situaciones

específicas y descubrir qué activos de propiedad intelectual tenemos en cada uno de los diversos emprendimientos culinarios.

A diferencia de lo que ocurre con la propiedad industrial, en donde deberemos registrar nuestros activos intelectuales para poder ser titulares de los derechos que de ellos emanan, para así evitar el uso por terceros, en el Derecho de Autor no será necesario el registro para gozar de la respectiva protección jurídica de la obra, ya que los derechos sobre ella nacerán automáticamente junto a ella, y se radicarán en el autor (o autores) de la obra.

El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas en su artículo 5, numeral 2), con relación a los derechos de autor, estipula que *“el goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra”*.

A raíz de ello, debemos entender que el Derecho de Autor protege aquellos derechos que, por el sólo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina. Dicho de otra manera, una vez nacida la obra no debemos realizar ningún registro para contar con protección jurídica, a diferencia de lo que ocurre en la Propiedad Industrial, por lo cual, apenas sea vulnerado alguno de los derechos del autor de una obra, será posible acudir a la justicia para que resuelva la referida transgresión.

En el mismo sentido, nuestra legislación nacional sigue esta tendencia jurídica, puesto que *“elimina las formalidades para la adquisición de los derechos de autor, modificando, con ello, sustancialmente, el Decreto Ley N° 345, que fue nuestra ley autoral hasta el año 1970 y cuyo artículo 1° consagraba el sistema*

contrario, expresando: “La propiedad intelectual se constituye por su inscripción en el Registro que se llevará en la Biblioteca Nacional...”⁹⁷

Sin embargo, la ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual también contempla en su artículo 72 la posibilidad de Registro. Al respecto señala el artículo que *“En el Registro de la Propiedad Intelectual deberán inscribirse los derechos de autor y los derechos conexos que esta ley establece”*.

Este registro no será necesario para marcar el nacimiento de la protección - puesto que esto sucedió con la creación de la obra-, pero el beneficio que nos otorga radica en que *“El registro de una obra es útil para disponer de un medio de prueba importante acerca de la originalidad de la creación, siendo en consecuencia la inscripción facultativa (...) concede a su creador una presunción simplemente legal de autoría”⁹⁸*. Sin embargo, el registro si será necesario para la transferencia total o parcial de derechos de autor o derechos conexos.

⁹⁷ HERRERA SIERPE, Dina. *Ibíd.* P. 13.

⁹⁸ DIBAM. ¿Qué es la Propiedad Intelectual? [En Línea] http://www.propiedadintelectual.cl/Vistas_Publicas/publicContenido/contenidoPublicDetalle.aspx?folio=3761& [Consulta: 23 octubre 2017].

CAPITULO V. OTRAS FÓRMULAS DE PROTECCIÓN.

1. SOBRE LA COMPETENCIA DESLEAL. SU RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE LOS ACTIVOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, Y LOS EMPRENDIMIENTOS EN TORNO A ÉL.

Podría parecer extraño que una materia relacionada principalmente al área del Derecho Económico encuentre cabida en esta investigación, sin embargo, consideramos absolutamente necesario instar a un acercamiento entre lo regulado por la competencia desleal y, lo regulado por la Propiedad Intelectual.

Cabe destacar que la Competencia Desleal, es regulada en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 20.169, la que en su Artículo 3 estipula que *"En general, es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por **medios ilegítimos**, persiga desviar clientela de un agente del mercado"*.

Hay que tener especial cuidado con el concepto de *"medios ilegítimos"*, puesto que debe desprenderse que, la desviación de clientela por medios legítimos forma parte de las reglas del juego, por lo cual, definir el umbral de cuándo un medio será legítimo –o ilegítimo- resulta esencial.

En el mismo sentido, se encuentra lo dicho por el profesor Mauricio Tapia R.⁹⁹, quién señala que *"Esta regla no se opone a la competencia dura. Nuestro sistema estimula la competencia y, en definitiva, el éxito de un agente del mercado pasa muchas veces por ganar la clientela de otros. Naturalmente que esto causa*

⁹⁹ Profesor de la Universidad de Chile.

un perjuicio a ese competidor, pero es un perjuicio emanado de un acto lícito: La competencia leal pero decidida.”¹⁰⁰

De lo anterior, debe desprenderse que un principio básico del ámbito económico es que la competencia se verá favorecida cuando un competidor lo haga mejor que otro, por lo que el cambio de clientela será una consecuencia obvia de un mejor servicio o producto.

Para lograr el objetivo que nos hemos propuesto para este apartado, será menester establecer la relación que existe entre las materias de la Competencia Desleal y las de la Propiedad Intelectual. Al respecto, podemos establecer que entre aquellas materias *“rige un principio de complementariedad relativa, es decir, la ley contra la Competencia Desleal complementa las leyes de Propiedad Intelectual, aunque la finalidad de estas disciplinas no sea idéntica”*.¹⁰¹

Si bien, no pretendemos hacer un estudio acabado de las finalidades de cada rama, y tampoco nos interesa ahondar en las diferencias existentes entre ellas, a grandes rasgos podemos decir que *“las marcas, las patentes, los diseños industriales y derechos de autor otorgan derechos de exclusiva. 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 competitivo”*¹⁰².

De esta forma, consideramos que los actos reprimidos por la Competencia Desleal son perfectamente aplicables para las creaciones del Arte Culinario y los emprendimientos relacionados a él, e incluso en algunos casos se erigen como la solución más favorable para sus intereses. Los actos reprimidos encuentran cabida en el Artículo 4 de la ley 20.169, el cual enumera –no taxativamente- ciertas

¹⁰⁰ TAPIA R, Mauricio. LA LEY 20.169 SOBRE COMPETENCIA DESLEAL: UNA HIPÓTESIS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. En: Regímenes Especiales de Responsabilidad Extracontractual. Ediciones Universidad Diego Portales. P. 184.

¹⁰¹ MARAVÍ CONTRERAS, Alfredo. *Ibíd.* P. 145.

¹⁰² MARAVÍ CONTRERAS, Alfredo. *Ibíd.* P. 146.

hipótesis que constituirán actos de Competencia Desleal. De aquellos, todos podrían –en ciertas circunstancias-, ser perfectamente aplicables al ámbito de estudio de la presente investigación.

2. EL TRADE DRESS. ACERCAMIENTOS A SU CONCEPTO.

El concepto de **TRADE DRESS** puede tener directa implicancia con uno de los objetivos principales de esta investigación, que es dotar a aquellos titulares de activos de propiedad intelectual, de las herramientas necesarias para poder defender sus derechos. Aun cuando principalmente se apunta a descubrir las herramientas existentes en nuestro ordenamiento jurídico, en este apartado se pretende analizar una doctrina relativamente nueva de raigambre norteamericana, y si ésta, tiene aplicación de alguna u otra manera bajo nuestro sistema normativo.

Bajo una traducción literal del concepto, podemos entender que con la palabra *trade* se hace referencia a un negocio, a un establecimiento de comercio. La palabra *dress* hace referencia a un vestido, vestimenta, o ropaje. Por lo tanto, el concepto de *Trade dress* debe entenderse como el ropaje de un establecimiento de comercio, o bien, todo lo que un negocio trae consigo y que forma parte de él.

Doctrinariamente podemos encontrar cierta ayuda para conceptualizar debidamente esta institución. Al respecto, podemos basarnos en lo dicho por don J. Thomas McCarthy quien entiende este concepto 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 consumidores¹⁰³.

¹⁰³ MCCARTHY, J. Thomas. “Trademarks and unfair competition” New York : Clark Boardman Callaghan, Vol 1. 1992. § 8.01[2], at 8-5 to 8-8

De esta manera, el *Trade Dress* de un emprendimiento culinario “podrá comprender 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 ventas y; cualquier otro elemento que identifique visualmente al producto o servicio”¹⁰⁴.

Específicamente para el área de nuestro interés, la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de Norteamérica, hablando sobre el *trade dress* (o imagen comercial) de un restaurante, señaló que este podía comprender “la forma y el aspecto general del exterior del restaurante, el signo de identificación, el diseño del piso de la cocina interior, la decoración, el menú, el equipo utilizado para servir comida, uniforme de los servidores y otras características que reflejan la imagen total del restaurante”.¹⁰⁵

Cabe acotar, que las definiciones recién propuestas corresponden a un enfoque moderno del concepto, el cual amplía la visión respecto a lo que entendía el enfoque tradicional, bajo el cual se consideraba que el *Trade dress* era solamente aquella forma en que se “disfrazaba” el producto para su salida al mercado, como con una etiqueta, una caja en donde se presente el producto, o elementos similares¹⁰⁶.

Un elemento esencial que se debe considerar en el análisis del *trade dress*, es que debe ser considerado en su conjunto, es decir, todas las características relacionadas al establecimiento de comercio deben ser analizadas como un todo.

¹⁰⁴ MARAVÍ CONTRERAS, Alfredo. *Ibíd.* P.154

¹⁰⁵ CORTE DE APELACIONES DE ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA, Quinto Circuito, 11.06.1991, TACO CABANA / TWO PESOS, [En línea] <http://openjurist.org/932/f2d/1113/taco-cabana-international-inc-v-two-pesos-inc> [Consulta 23 octubre 2017].

¹⁰⁶ JEFFREY MILSTEIN, Inc. v. Greger, Lawlor, Roth, Inc., 58 F.3d 27, 31 (2d Cir. 1992). [En Línea] <http://corporate.findlaw.com/intellectual-property/trade-dress-the-forgotten-trademarkright.html#sthash.B8FGel4x.dpuf> [Consulta 23 octubre 2017]

En esta línea, se manifiesta la jurisprudencia norteamericana¹⁰⁷ que señala que "*La presentación comercial es un complejo compuesto de características*" y "*La ley de competencia desleal con respecto a la imagen comercial requiere que todas las características de ser considerados en conjunto, no por separado*"¹⁰⁸.

Como ya esbozamos anteriormente, uno de los pocos países que recoge esta institución en su Ordenamiento Jurídico de manera expresa es Estados Unidos de Norteamérica. En aquella regulación, se exige para poder brindarle protección al *trade dress*, que este sea *distintivo*, ya sea intrínsecamente o por medio de un significado secundario (*secondary meaning*).

Por otra parte, se exige que además de ser distintivo, el *trade dress* no sea funcional, es decir, que la apariencia no sea esencial para el uso o propósito del producto, no lo mejore técnicamente, ni reduzca sus costos de fabricación. En cualquiera de las 3 hipótesis mencionadas, la apariencia será esencial, y, por lo tanto, no será posible proteger el *trade dress* de ese establecimiento de comercio.

Por último, con relación a las normas de registro que se aplican en el ordenamiento jurídico estadounidense para las imágenes comerciales, son las mismas existentes para las marcas, es decir, tanto logos como palabras¹⁰⁹.

En virtud de lo que hemos venido diciendo respecto a la amplitud de la definición del *trade dress*, es que se han visto casos en los que se han llegado a proteger activos de propiedad intelectual que a simple vista pareciera que no son objeto de protección.

¹⁰⁷ American Greetings Corp. v. Dan-Dee Imports, Inc., 807 F.2d 1136, 1141 (3rd Cir. 1986), quoting SK & F Co. v. Premo Pharmaceutical Labs., 481 F.Supp.

¹⁰⁸ Texto original: Trade dress is a complex composite of features" and "the law of unfair competition in respect to trade dress requires that all of the features be considered together, not separately."

¹⁰⁹ *Ibidem*.

3. CASOS PARADIGMÁTICOS DE DEFENSA DEL *TRADE DRESS*, EN EL ÁMBITO CULINARIO.

La teoría del *trade dress* ha servido, por ejemplo, para proteger la “atmósfera” de un restaurante, la aparición de una variedad de productos, colores, el estilo de presentación de una feria de muestras, el estilo de un comediante, olores, e incluso sonidos¹¹⁰.

De esta manera, y en directa relación al ámbito de incumbencia de esta investigación, se han verificado casos en la jurisprudencia estadounidense, en donde ha sido posible proteger los activos de propiedad intelectual de establecimientos comerciales relacionados al ámbito culinario, a través de la doctrina del *trade dress*.

Uno de los casos emblemáticos sin lugar a duda es **Fuddruckers vs. Doc's BR Others**¹¹¹. En esta controversia suscitada entre dos restaurantes de comida rápida estadounidense, Fuddruckers apela una sentencia de primera instancia en la cual no se consideró la protección que habían reclamado de su imagen comercial (*trade dress*), basándose en los elementos de diseños que compartían todos los restaurantes de su cadena. La parte apelante, alega que Doc's BR Others está utilizando injustamente la imagen comercial de sus locales.

A grandes rasgos, la Corte de Apelaciones logra determinar que efectivamente los dueños de Doc's BR Others, intentaron en un primer término obtener una franquicia del restaurante de su contraparte, y al no lograrlo abrieron su negocio propio, el cual utilizaba –en razón de la prueba rendida en el

¹¹⁰ ROBERT B. Trade dress: the forgotten trademark right. [En Línea] <http://corporate.findlaw.com/intellectual-property/trade-dress-the-forgotten-trademark-right.html> [Consulta 23 octubre 2017]

¹¹¹ CORTE DE APELACIONES DE ESTADOS UNIDOS, Noveno Circuito, 24.08.1987, FUDDRUCKERS, INC. / DOC'S B.R. OTHERS, INC., [En línea] <http://openjurist.org/826/f2d/837> [Consulta 23 octubre 2017].

juicio- varios elementos de los que correspondían a la imagen comercial de Fuddruckers.

Dentro de estos elementos que conformaban la imagen comercial de Fuddruckers, encontramos que tenía sus áreas de preparación de sus platillos abiertas al público; había ciertos alimentos –envasados y no- que el público podía servirse a granel en determinados espacios del restaurante; cajas de cervezas apiladas y; el té helado lo sirven en un vaso determinado que imita la imagen de un tacho de basura, entre otros varios elementos.

Por su parte, también se presentaban ciertos elementos particulares de diseño no alimentarios, como por ejemplo unos azulejos blancos dispuestos de una determinada manera tanto en las paredes, las barras y los mesones; señales de neón; bastantes espejos; manteles de colores blanco y marrón; toldos exteriores; la consigna de “*Mother Fuddruckers*” en su área de panadería; ofrecían el periódico en cada mesa, entre otras características.

La Corte Estadounidense sostuvo que Doc's BR Others, había copiado deliberadamente el concepto, diseño y estilo de Fuddruckers, tanto que incluso, se comprobó que los consumidores estaban confundidos con la similitud de los restaurantes. Empleados de Fuddruckers, testificaron que recibían más de un centenar de preguntas semanales sobre si ambos establecimientos tenían propietarios comunes.

En virtud de este riesgo de confusión, es que la Corte de Apelaciones acoge el Recurso de Apelación de Fuddruckers, puesto que pudieron comprobar que existía confusión real en el público, y una clara intención de copia.

También, posee gran relevancia el caso **Two Pesos, Inc. / Taco Cabana, Inc**, resuelto por la Corta Suprema de Estados Unidos en el año 1992, el cual se refiere precisamente a una supuesta copia de la “atmósfera” del restaurante, por parte de Two Pesos hacia Taco Cabana.

A continuación, podemos apreciar dos imágenes comparativas de los restaurantes en la época de la controversia:

i. Taco Cabana en la época de la controversia.¹¹²



ii. Two Pesos, en la misma época¹¹³.



En los hechos sucedió que Taco Cabana reclamaba una supuesta imitación de la apariencia y el motivo de sus restaurantes mexicanos por Two Pesos. Taco Cabana describía la imagen comercial de su restaurant como “Un ambiente festivo con comedor interior y zonas de patio decoradas con artefactos, colores brillantes, pinturas y murales. El patio incluye áreas interiores y exteriores, con el patio interior capaz de ser aislado del patio exterior, por las puertas superiores del

¹¹² COMPLEXIP. [En Línea] <http://complexip.com/files/TD-763-TacoCabana1.jpg> [Consulta 15 octubre 2017]

¹¹³ COMPLEXIP. [En Línea] <http://complexip.com/files/TD-773-TacoCabana2.jpg> [Consulta 15 octubre 2017]

garaje. El exterior escalonado del edificio es un esquema de colores vivos y festivos, con el borde superior pintado con líneas de neón. Toldos brillantes y sombrillas continúan el tema”.

El primer juicio fue favorable para Taco Cabana, ya que ganó un juicio por violación de imagen comercial según lo estipulado en la ACT Lanham¹¹⁴ y apropiación indebida de secretos comerciales, bajo la ley de Texas.

Respecto a lo último, Two Pesos afirma que obtuvo los presuntos secretos comerciales - planos de arquitectura y diseño de equipos de cocina - de manera legal y no puede ser culpable de una apropiación indebida de secretos.

Two Pesos recurre aquella sentencia, alegando que la imagen comercial de Taco Cabana no es susceptible de protección, ya que el sólo hecho de tener una ambientación mexicana no es suficiente para obtener dicha cautela. Sin embargo, el tribunal no acogió esa argumentación, señalando que, si bien nada impide que cualquier persona pueda ambientar con un concepto mexicano un restaurante, eso no es excusa para copiar su combinación distintiva de elementos.

En definitiva, la Corte Suprema establece que la copia del *trade dress* de otro negocio, deberá apreciarse de manera general, analizando en conjunto todos los elementos que componen la imagen comercial, y no de manera singular, ya que podía ser perfectamente posible que, un elemento no cumpla los requisitos para ser protegible por el *trade dress* de manera particular, pero que de igual manera merezca protección, en virtud de ser parte de una combinación distintiva de elementos de un determinado establecimiento comercial.

En concreto, sabemos que para proteger el *trade dress* se exige que este no sea funcional, pero esto no quiere decir que la presencia de un elemento funcional en particular provoque que todo el *trade dress* sea funcional, y, por ende, no sea merecedor de protección.

¹¹⁴ Ley que regula el Trade Dress, en aquel estado.

Es por lo anterior que el tribunal cataloga el argumento expuesto por Two Pesos, como un *silogismo falaz* (fallacious syllogism), del tipo:

- (1) los elementos funcionales no gozan de la protección;
- (2) Imagen comercial de Taco Cabana incluye elementos funcionales;
- (3) Por lo tanto, la imagen comercial de Taco Cabana no goza de protección.

Concluye el tribunal, que Two Pesos enfatiza correctamente que las características funcionales no se pueden proteger, pero una combinación distintiva particular de características funcionales, combinación que no es funcional en sí, si gozará de protección. Señala que Taco Cabana no busca protección para los elementos individuales, sino para una combinación particular de elementos que constituyen la imagen comercial en su conjunto.

En este punto es esencial recalcar que el requisito de que no sea funcional -el *trade dress*- para poder ser protegido, nace desde un principio fundamental en el ámbito comercial, que es que la ley permite la copia de características funcionales en el interés público de la mejora de la competencia, y por eso no las protege. Pero como ya hemos dicho, el *trade dress* debe interpretarse desde una concepción amplia, que no se ve destruida por la aparición de una característica funcional, sino que obedece a una concepción global de todos los elementos, que en su conjunto contribuirán a la combinación distintiva de elementos de la imagen comercial.

Por su parte, Taco Cabana sostenía que Two Pesos había copiado su estilo, el cual lo describían como un ambiente festivo para comer con un comedor interior y las zonas del patio decoradas con artefactos, colores brillantes, pinturas y murales. 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 muy similares.

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos resolvió a favor de Taco Cabana, declarando que efectivamente hubo una infracción al *trade dress*, al demostrar que: **(1)** El *Trade dress* califica para la protección, lo que requiere considerar sobre su funcionalidad, el carácter distintivo, y el significado secundario (*secondary meaning*); y **(2)** que el *trade dress* se ha infringido, lo que requiere considerar el riesgo de confusión.^{115 116 117}

Finalmente, la condena no tuvo que ser cumplida por Two Pesos, ya que este restaurant terminó siendo comprado por su contraparte en este juicio: “Taco Cabana”.

¹¹⁵ Considerando 8. Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica. Taco Cabana v. Two Pesos. [En Línea] <http://openjurist.org/932/f2d/1113/taco-cabana-international-inc-v-two-pesos-inc> [Consulta 23 octubre 2017]

¹¹⁶ La importancia de Dos Pesos no proviene de su protección del medio ambiente del restaurante, un concepto que anteriormente se habían encontrado protección por los tribunales inferiores, pero a partir de la resolución de un conflicto entre los tribunales de circuito con respecto a los estándares de la capacidad de protección de una imagen comercial no registrada en virtud del § 43 (a) de la Ley Lanham. El Tribunal llegó a la conclusión de que, si el vestido es inherentemente distintivo, no hay necesidad de probar significado secundario.

¹¹⁷ Trade Dress: The Forgotten Trademark Right. [En Línea] <http://corporate.findlaw.com/intellectual-property/trade-dress-the-forgotten-trademark-right.html> [Consulta 23 octubre 2017].

CONCLUSIONES.

1. El sentido del gusto históricamente fue considerado inferior a otros como la vista y la audición. Aquello, es uno de los motivos de porque las obras culinarias no han tenido expresa regulación en las normas de derecho de autor.
2. Bien sabemos que el derecho de autor excluye de su ámbito de aplicación aquellas técnicas o procedimientos que solamente impliquen una repetición mecánica de pasos, puesto que el principio fundamental es el de la originalidad. Las recetas, son incluidas dentro de la situación descrita, por lo cual, en nuestro derecho, son excluidas del ámbito de protección del derecho de autor.
3. La originalidad de las obras es un requisito esencial para la protección brindada por el derecho de autor. Esto, no implica que las obras deban ser totalmente únicas sino, que en ellas exista una forma de expresión característica, que permita diferenciarla de cualquiera otra del mismo género.
4. Aunque doctrinariamente no exista total consenso, la idea no es un objeto protegible por el derecho de autor. Lo que se ampara es la forma de expresión de tal idea, puesto que ella puede ser utilizada de innumerables maneras, pero si aparece de manifiesto el sello personal del autor en la materialización de esa idea, a través de una forma de expresión original, el autor encontrará la protección a sus activos de propiedad intelectual. Por ello, podemos entender que, si bien una receta no es protegible de por sí, al utilizarla de inspiración para la confección de una obra culinaria, en caso de cumplir con expresarla originalmente, sería perfectamente posible su protección por las normas de propiedad intelectual.

5. Parte de la Doctrina sostiene que las ideas debieran ser protegidas por el Derecho de Autor, alejándose de la dicotomía forma-ideas, como si fueran dos conceptos totalmente antagónicos. La normativa debiera proteger el proceso creativo que, muchas veces, tiene un largo trayecto antes de materializarse en una forma de expresión, y evitar la posibilidad un uso ilegítimo de terceros, que pase a llevar un trabajo de ingenio y creatividad del autor, por el simple de hecho de no materializarse en algún determinado soporte, pudiendo llegarse al absurdo de que una obra no reciba protección mientras permanezca meramente concebida en la mente del autor. El derecho de autor debiera ser un escudo que proteja contra la explotación no consentida de todo fruto del esfuerzo intelectual ajeno, merezca recibir la consideración de 'forma' o de 'idea'.
6. Las recetas será posible dotarlas de protección jurídica, bajo las normas del Derecho de autor cuando cuenten con una forma de expresión original. A pesar de esto, la protección recaerá sobre esa forma y no en el contenido, por lo que no será posible evitar que otra persona prepare un platillo siguiendo las instrucciones dadas en una receta.
7. Ya desde el siglo XVII se comenzó a gestar una transformación de lo que hasta esa época se entendía por cocina, dando paso al movimiento conocido como La Alta Cocina. En tanto, la última gran revolución en el ámbito culinario se dio en la década de 1.970, donde nace una cocina basada en la creatividad y la imaginación, que busca provocar sensaciones mucho más allá de las que nos otorga el sentido del gusto. De esta manera, el cocinero pasó de ser un técnico de la cocina, a ser un artista culinario, dotado de la capacidad de poder crear platos realmente auténticos.

8. Los Activos de Propiedad Intelectual, parte de lo denominado como Capital Intelectual, tienen vital importancia en el desarrollo de las empresas en la actualidad, pudiendo ser más relevantes que el activo fijo o realizable. Por ello es esencial la función de la Propiedad Intelectual, que nos permite transformar activos intangibles en derechos de propiedad exclusivos por un cierto lapso.
9. El ámbito gastronómico y culinario no es ajeno a esta realidad, y debido al gran crecimiento económico que ha tenido este rubro en las últimas décadas, hace que sea imprescindible la protección otorgada por el Derecho de Autor y la Propiedad Industrial, debido principalmente a la gran competencia existente, por lo que la innovación y la capacidad de distinguirse del resto se convierte en esencial.
10. El debido registro de marcas es igualmente fundamental, puesto que nos otorga el exclusivo derecho de poder utilizarla para identificar bienes o servicios por un lapso de 10 años, renovables indefinidamente. Además, si un tercero quisiera utilizar la marca, requerirá de la autorización del titular, mediante un contrato de licencia. Por último, a través del registro obtendremos importantes acciones para su proyección tanto en el ámbito civil como penal, e incluso acciones de oposición y nulidad al registro de otras marcas similares o idénticas.
11. Tradicionalmente para el registro de marcas, se le ha dado mayor importancia al sentido de la vista, al considerarse una marca comercial, como todo signo susceptible de *representación gráfica* capaz de distinguir en el mercado productos, servicios o establecimientos industriales o comerciales. Sin embargo, el Marketing Sensorial ha provocado que se intente estimular a los consumidores mediante otros sentidos, por lo que se ha ido dando paso al surgimiento de

marcas no tradicionales, como las sonoras, olfativas, o gustativas, las que cada día van adquiriendo mayor importancia.

12. Las Marcas no tradicionales, surgen desde la necesidad de distinguirse de la competencia, en un mercado cada vez más competitivo. Al respecto, la OMPI si bien señala que aún están muy lejos de ser de aceptación general, si reconoce que, debido a la rápida evolución de las técnicas de marketing, el aumento de las solicitudes de registro de este tipo de marcas es sólo cuestión de tiempo. Sin ir más lejos, los países miembros de la Comunidad Andina, en su régimen común de Propiedad Industrial, conocido como Decisión 486, recoge expresamente algunas de las marcas no tradicionales, tales como las sonoras u olfativas.

13. Una de las últimas evoluciones en la materia, que demuestra la importancia que van adquiriendo las marcas no tradicionales, es el surgimiento del Reglamento (UE) 2015/2424 Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, en donde se suprime el requisito de la representación gráfica de la definición de marca de la Unión. Este hecho, abre una ventana al registro de marcas tales como las gustativas u olfativas, en donde su principal dificultad es precisamente, la representación gráfica.

14. Las marcas auditivas, si bien forman parte de la categoría de marcas no tradicionales, poseen hoy en día un alto porcentaje de éxito en la solicitud de registro. Esto, debido a que no existen mayores complejidades para realizar la representación gráfica de ella, que generalmente es representada en un pentagrama en que se indique la melodía, ritmo y armonía, y si se trata de sonidos no musicales se puede utilizar un diagrama de frecuencias.

15. Las marcas gustativas en tanto son sin dudas uno de los tipos de marcas menos exploradas dentro de las *no tradicionales*, y también, de las menos aceptadas en las legislaciones del mundo. Este registro busca proteger un sabor que sea distintivo. Sin embargo, debido a la naturaleza del sentido del gusto, resulta evidente que sólo podrá servir para productos y no servicios, debido al carácter intangibles de estos últimos. Por otra parte, no sería conveniente el registro de este tipo de marcas en productos que se consuman, como líquidos y alimentos, puesto que la marca se confundiría con el producto. Esto, provoca que el aporte del carácter distintivo a un producto por la vía de un componente gustativo no sea fácil. Por su parte, en los productos que no se consuman, el sabor podría ser meramente funcional, y por lo tanto no ser susceptible de registro, como, por ejemplo, el sabor que traen los medicamentos para esconder su mal sabor.

16. En los últimos años se ha visto un rol mucho más dinámico e influyente de las marcas no tradicionales en el tráfico comercial, y no es difícil prever que a medida que avance el tiempo y la tecnología su uso se verá aumentado. Esto, debido a que su dificultad de registro es principalmente por falta de tecnología que permita la representación de ellas, pero dado que son inusuales, tienen una mayor posibilidad de distinguir productos o servicios.

17. Como ventaja esencial dentro de las otorgadas por el registro de marcas, encontramos su ilimitado tiempo de protección, puesto que, si bien se conceden por un plazo de 10 años en nuestro país, ellos son renovables indefinidamente.

18. Ahora, respecto a la protección brindada por el Derecho de Autor, recordemos que este protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios,

artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina. En este ámbito es donde será posible proteger obras literarias como libros, artículos, poemas, e incluso compilaciones, cuyo tema sea el ámbito culinario o gastronómico, sin embargo, la protección recaerá sobre la forma de expresión (siempre que sea original), y no así en su contenido. La ventaja de aquello es que, si bien no podremos evitar que otra persona lleve a cabo una determinada receta, si logramos que dicha receta sea identificada con un determinado cocinero, obteniendo reconocimiento, que es un importante activo de propiedad intelectual. Sin embargo, algunos autores como Alfredo Maraví, sostienen que cuando tanto la receta como la forma de expresión sean originales, ya no será libre el uso de la receta, puesto que, el resultado final de la utilización de la receta se confundiría con un acto de reproducción de una obra.

19. El diseño visual de platos y otras obras culinarias, se erige como una de las maneras más propicias para la protección de dichas obras dentro del Derecho de Autor. De más está decir que el diseño debe ser totalmente original, por lo que una simple composición básica no será susceptible de protección. Por ello, las obras del tipo escultóricas son las que más posibilidades tienen de ser protegidas. En palabras simples, es perfectamente posible la protección de una escultura que se realice por medio de materiales comestibles y/o alimentarios.

20. La protección de obras musicales son otro medio que nos brinda el Derecho de Autor para el rubro de esta investigación. Con ella podemos proteger obras musicales, para dar un determinado ambiente a nuestro negocio, evitando el hecho de pagar licencias para el uso de obras musicales ajenas. No debemos confundir lo recién expresado, con lo dicho respecto a las marcas sonoras, puesto que, si bien son dos maneras de proteger nuestros activos de propiedad

intelectual, tienen objetivos distintos y deben cumplir requisitos totalmente diferentes.

21. Otros de los mecanismos para proteger nuestros activos de propiedad intelectual, como la Forma Arquitectónica de un local, Fotografías, o Softwares, también tienen cabida en los emprendimientos culinarios, ya sea de manera directa, o a través del *Secondary Meaning*.
22. En resumidas cuentas, amparados por las normas brindadas por el Derecho de Autor, podemos encontrar un correcto y efectivo resguardo a los activos de propiedad intelectual presentes en los emprendimientos relacionados al ámbito culinario. La gran ventaja que tienen estas normas respecto a las de propiedad industrial radica en que no es necesario el registro de estos activos para obtener resguardo jurídico, sin perjuicio de que, en miras de obtener un importante medio de prueba para futuros litigios, sea conveniente realizarlo.
23. Finalmente, lo conocido como *Trade dress*, posee gran relevancia para el objetivo de esta investigación, el cual es dotar a los emprendimientos culinarios, de fórmulas de protección a sus activos de propiedad intelectual, asumiendo que, es un concepto acuñado por la doctrina y jurisprudencia norteamericana, sin tener aún, gran desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico. Debemos entenderlo 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 consumidores. En el caso específico de esta investigación, podemos incluir el diseño, la forma, tamaño, la decoración, uniformes, envolturas, embalajes, la forma de los edificios, los colores utilizados, la disposición de los cubiertos, la disposición de los elementos en una etiqueta; las

técnicas de ventas y; cualquier otro elemento que identifique visualmente al producto o servicio. Con este concepto, logramos proteger el conjunto de un establecimiento comercial, incluso en casos en que cada uno de los elementos por sí solos podría no reunir los requisitos para merecer tutela jurídica, siempre y cuando, sea distintivo, ya sea intrínsecamente o por medio del *Secondary Meaning*.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN.

AUTORES:

- AMAT LLARI, “La distinción entre idea y forma en el derecho de autor en España”, en *La protección de las ideas*, ALAI, Sitges, 1992.
- ANTEQUERA PARRILLI, Ricardo. “Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos”. Caracas. Edición, Escuela Nacional de la Judicatura, 2001.
- ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines. Colección de Propiedad Intelectual. Aisge y Reus. Madrid, 2007.
- ARIANA LIZANO SOTO Y ANÜSKA Pal Antillón. 2013. Nuevas modalidades de marcas: olfativas, táctiles y gustativas. Viabilidad, utilidad y efectos jurídicos en Costa Rica. Tesis para optar por el Grado de Licenciatura en Derecho. San José, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho.
- CASTRO, GARCÍA. Juan David. Las Marcas No Tradicionales (Non Traditional Trademarks). Universidad Externado de Colombia. La Propiedad Inmaterial, No. 16, p. 297-325, noviembre 2012. Pp. 297 - 325.
- CONSUELO BEDOYA, SANDRA FIGUEROA. Cocina vegetariana con Sandra y Consuelo: 500 Recetas, Ediciones B, 2006.
- DEJEAN, J. La esencia del estilo. Historia de la moda y el lujo contemporáneo. Nerea. San Sebastián, 1998.
- FILSER, MARC. “Le marketing sensorial. La quête de l’intégration théorique et manageriale”, en *Revue française de marketing*, 2003.
- GARRIDO MORENO, Berta. La cocina y la experiencia culinaria como proceso artístico y creativo. En: *Revista Creatividad y Sociedad*. P. 7. Visto en:

<http://www.creatividadysociedad.com/articulos/19/La%20cocina%20y%20la%20experiencia%20culinaria.pdf> (Consulta: 23/10/2017).

- HERRERA SIERPE, Dina. Propiedad intelectual, derechos de autor: Ley no. 17.336 y sus modificaciones. Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- JEFFREY MILSTEIN, Inc. v. Greger, Lawlor, Roth, Inc., 58 F.3d 27, 31 (2d Cir. 1992). Visto en: <http://corporate.findlaw.com/intellectual-property/trade-dress-the-forgotten-trademark-right.html#sthash.B8FGel4x.dpuf> En Línea (23/10/2017).
- 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.
- LIPSZYC, Delia. “*Derecho de Autor y derechos conexos*”, Buenos Aires, Unesco/Cerlalc/Zavalía, 1993.
- MARAVÍ CONTRERAS, Alfredo. Tesis de Magíster: “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”. P. 74 – 77. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- MCCARTHY, J. Thomas. “Trademarks and unfair competition” New York: Clark Boardman Callaghan, Vol 1. 1992. § 8.01[2], at 8-5 to 8-8
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). “Principios básicos del Derecho de Autor y los Derechos Conexos”.
- ROBERT B. Trade dress: the forgotten trademark right. Visto en: <http://corporate.findlaw.com/intellectual-property/trade-dress-the-forgotten-trademark-right.html> (Consulta 23/10/2017)
- ROOS, Johan. Capital Intelectual: el valor intangible de la empresa. Editorial Paidós. 2001. P. 58

- SANCHEZ ARISTI, Rafael. En “Las Ideas Como Objeto Protegible Por La Propiedad Intelectual”. Artículo publicado en pe. i. Revista de Propiedad Intelectual, nº 4, enero-abril de 2000.
- TAPIA R, Mauricio. LA LEY 20.169 SOBRE COMPETENCIA DESLEAL: UNA HIPÓTESIS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. En: Regímenes Especiales de Responsabilidad Extracontractual. Ediciones Universidad Diego Portales.
- WEBER-LAMBERDIÈRE, M. *Ferran Adrià. El mago de elBulli*. Aguilar. Madrid., 2010.

NORMAS JURÍDICAS.

- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886.
- DECISION 486. Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Comisión de la comunidad andina.
- Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)
- Ley N° 17.336. CHILE. Propiedad Intelectual; Derechos de Autor. Santiago, 02 de octubre de 1970.
- Ley 19.039. CHILE. Ley de Propiedad Industrial. Santiago, 9 de marzo de 2006.
- Reglamento (UE) 2015/2424 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015.

JURISPRUDENCIA.

- CORTE DE APELACIONES DE ESTADOS UNIDOS, Noveno Circuito, 24.08.1987, FUDDRUCKERS, INC. / DOC'S B.R. OTHERS, INC., [En Línea] <http://openjurist.org/826/f2d/837> [Consulta 23 octubre 2017].
- CORTE DE APELACIONES DE ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA, Quinto Circuito, 11.06.1991, TACO CABANA / TWO PESOS, [En Línea] <http://openjurist.org/932/f2d/1113/taco-cabana-international-inc-v-two-pesos-inc> [Consulta 23 octubre 2017].
- CUARTO JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO, Caratulado: Inversiones El Mañío Limitada / Huilo Huilo Desarrollo Turístico Limitada, 08.10.2012, C-29892-2010.
- ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Quinta Sala, Inversiones El Mañío Limitada / Huilo Huilo Desarrollo Turístico Limitada, 20.03.2014, N° 8457-2012 (Civil).

SITIOS DE INTERNET.

- ALEGSA, Leandro. 2010. Diccionario de informática y tecnología. [En línea]. <http://www.alegsa.com.ar/Dic/software.php> [Consulta: 23 octubre 2017].
- AUTOR ANÓNIMO. Nouvelle Cuisine. 2012. [En Línea]. <Http://unmundoenlamesa.weebly.com/nouvelle-cuisine.html> [Consulta: 23 octubre 2017]
- CABRERA, Sandra. Marketing gastronómico. La experiencia de convertir el momento del consumo en un recuerdo memorable. En: Cuadernos del Centro de Estudios de Diseño y Comunicación N°45: “Transformaciones en la comunicación, el arte y la cultura a partir del desarrollo y consolidación de nuevas tecnologías”. Año XIII, Vol. 45, septiembre 2013, Buenos Aires, Argentina. [En línea]. http://fido.palermo.edu/servicios_dyc/publicacionesdc/vista/detalle_articulo.php?id_articulo=8790&id_libro=421 [Consulta: 23 octubre 2017].
- CARTOON COOKING. Batido Antiagujetas. 2014. [En Línea] <http://cartooncooking.blogspot.cl>. [Consulta: 23 octubre 2017].

- CASCO, Elena. Marcas auditivas, gustativas, olfativas y de Certificación 2014. [En Línea] <https://prezi.com/vednmwa7yvtw/marcas-auditivas-gustativas-olfativas-y-de> [Consulta: 23 octubre 2017].
- COCINATIS. 10 esculturas comestibles (y muy divertidas). 2015. [En Línea] http://www.cocinatis.com/cocinillas/esculturas-comestibles-muy-divertidas_2015061457da8e6c0cf2f66f47e298f7.html [Consulta: 23 octubre 2017].
- COMPLEXIP. [En Línea] <http://complexip.com/files/TD-773-TacoCabana2.jpg> [Consulta 15 octubre 2017]
- COMPLEXIP. [En Línea] <http://complexip.com/files/TD-763-TacoCabana1.jpg> [Consulta 15 octubre 2017]
- DIARIO EL RANCO. El Hotel Baobab de la Reserva Biológica Huilo Huilo cambia de nombre: ahora se llamará Nothofagus [En línea] <http://www.diarioelranco.cl/?p=90716> [Consulta: 23 octubre 2017].
- DIBAM. ¿Qué es la Propiedad Intelectual? [En Línea] http://www.propiedadintelectual.cl/Vistas_Publicas/publicContenido/contenidoPublicDetalle.aspx?folio=3761& [Consulta: 23 octubre 2017].
- DIMEIC. 2014. [En Línea] <http://www.dimeic.com/wp-content/uploads/2013/03/dise%C3%B1o-de-lo-cotidiano-vajillas-01.jpg> [Consulta: 23 octubre 2017]
- DIRECTO AL PALADAR. Emplatado y presentación de platos. 2009. [En línea] <http://www.directoalpaladar.com/otros/emplatado-y-presentacion-de-platos> [Consulta: 23 octubre 2017]
- GARRIDO MORENO, Berta. La cocina y la experiencia culinaria como proceso artístico y creativo. 2012. En: Revista Creatividad y Sociedad. P. 7. [En Línea] <http://www.creatividadysociedad.com/articulos/19/La%20cocina%20y%20la%20experiencia%20culinaria.pdf> [Consulta: 23 octubre 2017].
- HOME DEPOT. 2016. [En Línea]: <https://www.homedepot.com/p/Ginkgo-Pineapple-4-Piece-Hostess-Set-24031/203352303> [Consulta: 24 octubre 2017]
- INAPI. Cómo registrar una marca. 2013. [En Línea]. <http://www.inapi.cl/portal/orientacion/602/w3-article-578.html> [Consulta: 23 octubre 2017]
- INAPI. Como registrar una marca. 2013. [En Línea]. http://www.inapi.cl/portal/orientacion/602/articles-578_diagrama.png [Consulta: 23 octubre 2017]

- INAPI. Nuevos tipos de Marcas. [En línea] http://www.inapi.cl/portal/institucional/600/articulos-1771_marcas_pdf.pdf. P.5. [Consulta: 23 octubre 2017].
- INAPI. ¿Qué tienen en común los dibujos, y los diseños industriales? 2012. [En línea]. <http://www.inapiproyecta.cl/605/w3-article-1133.html> [Consulta: 23 octubre 2017].
- IPR – Helpdesk. Derechos de autor del software [En línea]. http://www10.ujaen.es/sites/default/files/users/otri/propiedad-industrial/2010_Derechos_Autor_Software.pdf P.2. [Consulta: 23 octubre 2017]
- JEFFREY MILSTEIN, Inc. v. Greger, Lawlor, Roth, Inc., 58 F.3d 27, 31 (2d Cir. 1992). [En Línea] <http://corporate.findlaw.com/intellectual-property/trade-dress-the-forgotten-trademarkright.html#sthash.B8FGel4x.dpuf> [Consulta 23 octubre 2017]
- MORENO, Víctor. Llegan las marcas con olor. 2016. [En Línea] <http://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2016/03/08/56df27d046163f713d8b45fd.html> [Consulta 23 octubre 2017]
- MUNDO ARK. La Marca Philips Y El Chef Juan Manuel Arzak Llevan La Experticia De La Gastronomía A Un Nivel Multi-Sensorial. 2015. [En Línea] <http://www.mundoark.com.pe/2014/01/objeto-la-marca-philips-y-el-chef-juan.html> [Consulta: 23 octubre 17].
- OMPI. Marcas no tradicionales – Entra en vigor el Tratado de Singapur. 2009. [En línea] http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2009/01/article_0002.html [Consulta: 23 noviembre 2017].
- PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO. Reglamento (UE) 2015/2424 Del de 16 De diciembre de 2015. [En línea] <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/eu/eu214es.pdf> [Consulta: 23 octubre 2017]
- PATENTES Y MARCAS. La Distintividad sobrevenida: El registro de marcas genéricas o descriptivas. 2016. [En línea] <http://www.patentes-y-marcas.com/blog/la-distintividad-sobrevenida-el-registro-de-marcas-genericas-o-descriptivas> [Consulta 23 octubre 2017].

- RINCÓN ABSTRACTO. 20 increíbles y creativas esculturas en tortas. 2011. [En Línea] <http://www.rinconabstracto.com/2011/07/20-increibles-y-creativas-esculturas-en.html> [Consulta: 23 octubre 2017]
- ROBERT B. Trade dress: the forgotten trademark right. [En Línea] <http://corporate.findlaw.com/intellectual-property/trade-dress-the-forgotten-trademark-right.html> [Consulta 23 octubre 2017]
- SÁNCHEZ, Javier. “Food Porn”, comida Clasificada XXX. 2013. [En línea]. <https://es.tendencias.yahoo.com/blogs/o%C3%ADdo-cocina/food-porn-comida-clasificada-xxx-163507541.html> [Consulta: 23 octubre 2017].
- TODO MARKETING. ¿Qué es el Sensory Branding? 2006. [En línea] <http://www.todomktblog.com/2013/07/sensory-branding.html> [Consulta: 23 octubre 2017].
- TRADE DRESS: THE FORGOTTEN TRADEMARK RIGHT. [En Línea] <http://corporate.findlaw.com/intellectual-property/trade-dress-the-forgotten-trademark-right.html> [Consulta 23 octubre 2017].
- WIPO. Clasificación de Niza: Lista de clases con notas explicativas [En línea] <http://www.wipo.int/classifications/nivilo/nice/esnot.htm> [Consulta 23 octubre 2017].