

ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO DEL ARTE 2023

Consejo Editorial

Encarnación ROCA TRÍAS (presidenta)
Catedrática de Derecho Civil.

Carmen ACEDO GRANDE (vocal)
Abogada del Estado. Ministerio de Cultura.

Evelio ACEVEDO CARRERO (vocal)
Director Gerente del Museo Thyssen Bornemisza.

Pío CABANILLAS ALONSO (vocal)
Abogado. Presidente de PROTV, S.A.

Agustín GONZÁLEZ GARCÍA (vocal)
Abogado. Patrono de la Fundación Profesor Uría.

Anna O'CONNELL (vocal)
Profesora de Derecho del Arte (London School of Economics). Presidenta de la Asociación de Derecho del Arte.

Eduardo SERRA REXACH
Presidente de la Fundación Everis.

DIRECTOR:

José MASSAGUER FUENTES
Catedrático de Derecho Mercantil (Universidad de Murcia).

REVISOR TEXTUAL:

José Antonio GONZÁLEZ SALGADO
Asesor lingüístico (Uría Menéndez).

FUNDACIÓN PROFESOR URÍA

ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO DEL ARTE 2023

CIVITAS  FUNDACIÓN
PROFESOR URÍA

© Fundación Profesor Uría, 2024
© Editorial Aranzadi, S.A.U.
© Portada: Fundación Profesor Uría

Editorial Aranzadi, S.A.U.
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 91 602 01 82
e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es
<https://www.aranzadilaley.es/aranzadi>

Primera edición: 2024

Depósito Legal: M-13572-2024

ISBN versión impresa: 978-84-1162-776-4

ISBN versión electrónica: 978-84-1162-777-1

ISSN: 2530-7541

Incluye soporte electrónico

Diseño, Preimpresión e Impresión: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Printed in Spain

© **Editorial Aranzadi, S.A.U.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Editorial Aranzadi, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Las imágenes que aparecen en los artículos publicados en este volumen se utilizan a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico, al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

EDITORIAL ARANZADI no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, EDITORIAL ARANZADI se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

EDITORIAL ARANZADI queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

EDITORIAL ARANZADI se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte 2023

I. OBJETIVO, TEMÁTICA Y DESTINATARIOS

El *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte* (el «*Anuario*») es una publicación, como su nombre indica, de periodicidad anual, que pretende reunir en cada edición las aportaciones doctrinales más señeras en el panorama del derecho del arte. Para lograrlo, se nutre en parte de los artículos –premiado y finalistas– procedentes del Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte (el «**Premio Rodrigo Uría**»), organizado cada año por la Fundación Profesor Uría (la «**Fundación**»). El *Anuario* aspira también a alimentarse de originales enviados espontáneamente a su redacción, para lo que se ha dispuesto una dirección electrónica (anuario@fundacionprofesoruria.org).

Junto con la sección doctrinal («Estudios») el *Anuario* incorpora otras cuatro secciones fijas: (i) «Varia», en la que se ofrece un conjunto de otras contribuciones, desde artículos breves, notas o informes a crónicas de eventos, noticias o convocatorias de interés para los lectores del *Anuario*; (ii) «Legislación», que comprende información sobre novedades legislativas y proyectos normativos en marcha, de interés dentro de la disciplina; (iii) «Jurisprudencia», compuesta de reseñas de las principales novedades jurisprudenciales en el sector; y (iv) «Bibliografía», donde se contienen las referencias de las publicaciones habidas en el periodo de referencia sobre las materias a las que se refiere el *Anuario*.

Dada la vocación iberoamericana del *Anuario*, la procedencia geográfica –tanto de los estudios como de los materiales correspondientes al resto de las secciones– se abre desde España y la Unión Europea hacia Portugal y los países de la órbita centro y sudamericana; sin descuidar las normas de carácter internacional ni renunciar a proporcionar informaciones proce-

dentes de países relevantes dentro del mercado del arte y de la protección del patrimonio cultural, como pueden ser Reino Unido, Estados Unidos, Francia o Italia, entre otros.

Para el *Anuario*, el derecho del arte es una disciplina de amplio espectro que comprende, al menos, y sin carácter exhaustivo: (a) el estatuto de las obras de arte y su circulación en el mercado, tanto desde el punto de vista material (contratos de compraventa, permuta, subasta, depósito, préstamo, seguro, transporte, exposición y de financiación, además de aspectos sucesorios de derecho de familia) como inmaterial (cesión y gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual); (b) el régimen jurídico de los bienes que componen el patrimonio histórico-artístico en sus diversas modalidades, lo que incluye aspectos como su exportación, importación, expolio, tráfico ilícito y restitución; (c) el régimen de protección del patrimonio cultural inmaterial; (d) los aspectos jurídicos relevantes para la organización y funcionamiento de los museos y otras instituciones culturales relacionadas con el arte; (e) cuestiones relativas a la fiscalidad y el mecenazgo en materia de obras de arte; (f) problemas en torno a la autenticación de obras de arte y los delitos de falsificación, estafa y robo de obras de arte y bienes culturales protegidos.

Se trata, como decimos, de una enumeración ejemplificativa. Las manifestaciones del arte son variadas y cambiantes, la línea de demarcación conceptual entre «arte» y «cultura», o entre «arte» y «patrimonio histórico», es delgada, y la evolución del mercado y de la tecnología nos pone cada día ante nuevas realidades que se resisten a todo intento de clasificación.

Los destinatarios del *Anuario* serán, pues, fundamentalmente, los juristas, teóricos y prácticos, involucrados en algunas de las materias a que nos hemos referido u otras que quepa asimilar a ellas, pero también los que cultivan otras disciplinas u oficios relacionados con el arte, el patrimonio histórico y la cultura, a quienes no les sean indiferentes y a buen seguro, a la mayoría no les serán— los aspectos jurídicos ligados a su área de actividad. Desde los creadores plásticos y los coleccionistas e inversores hasta los museos y galerías, pasando por los marchantes y agentes, las casas de subastas, los curadores o comisarios, los restauradores y conservadores, los investigadores y estudiosos del arte —desde una perspectiva historiográfica, filosófica, sociológica, económica—, los críticos y, en último extremo, el público destinatario de las obras artísticas.

No existiendo en España —creemos— ninguna publicación que reúna las características del *Anuario* en cuanto a temática, estructura y periodicidad, nos proponemos humildemente colmar esa laguna. Confiamos, con la ayuda de quienes generosamente han aceptado participar en el Consejo Editorial,

poder cumplir nuestra misión y lograr que el *Anuario* contribuya a fomentar el estudio y el debate científico de los aspectos jurídicos del arte, así como a la divulgación de las novedades de toda índole que se vayan produciendo y que puedan interesar a los diversos sectores profesionales que giran alrededor del fenómeno del arte.

II. NORMAS DE SELECCIÓN Y EVALUACIÓN DE ORIGINALES

El *Anuario* se nutre de hasta tres tipos de trabajos de investigación originales:

- i. los que proceden, como artículo premiado o artículos finalistas, de la correspondiente edición del Premio Rodrigo Uría que convoca anualmente la Fundación;
- ii. los que proceden de envíos espontáneos remitidos al Consejo Editorial del *Anuario* a través de los cauces habilitados al efecto; y
- iii. los que provienen de encargos específicos realizados eventualmente por la Fundación a investigadores y expertos en el campo del derecho del arte.

Los criterios de selección y evaluación de los trabajos son los que se exponen a continuación en cada uno de los casos.

A) ARTÍCULOS PREMIADOS O FINALISTAS DEL PREMIO RODRIGO URÍA

De conformidad con las bases de las sucesivas convocatorias del Premio Rodrigo Uría, los artículos premiados, así como otros artículos elegidos para ello por la Fundación una vez oído el Jurado, serán publicados por la Fundación. En cumplimiento de esa previsión, como resultado de las ediciones del Premio Rodrigo Uría ya celebradas, los trabajos premiados y otros trabajos seleccionados por el Jurado han sido objeto de publicación en ediciones anteriores del *Anuario*.

El proceso de selección de estos artículos es el propio de los trabajos presentados al Premio Rodrigo Uría y aparece descrito en las bases de las convocatorias. Conforme a dichas bases, se exige que se trate de artículos originales y no divulgados, y se establece la presentación de estos a través de un sistema que garantiza el anonimato: remisión por vía electrónica del texto del artículo de manera tal que el autor no pueda ser identificado por la dirección de correo electrónico remitente ni de ningún otro modo, y remisión

postal de carta en la que se incluya plica con el título del trabajo en cuyo interior consten los datos personales del autor.

Por consiguiente, y como no podía ser de otro modo, el Jurado del Premio Rodrigo Uría¹ lleva a cabo la selección del trabajo premiado sobre la base de un perfecto anonimato. La valoración de los trabajos no premiados efectuada por el Jurado sobre esa misma base constituye el criterio que la Fundación tiene en cuenta para la inclusión de aquellos en el *Anuario*.

B) ARTÍCULOS ENVIADOS ESPONTÁNEAMENTE POR SUS AUTORES

Con independencia de la anterior vía de selección, que pasa por la presentación al Premio Rodrigo Uría, la aceptación de sus bases y la eventual selección por parte del Jurado, los interesados pueden hacer llegar sus trabajos de manera directa al *Anuario*, para su evaluación, eventual aceptación y posterior publicación, mediante el envío de los mismos en formato electrónico a la dirección anuario@fundacionprofesoruria.org. Los trabajos deberán versar sobre cualquier materia de derecho del arte en el sentido que ha sido descrito más arriba, y ateniéndose a las pautas de redacción y presentación que se señalan más abajo.

Los trabajos enviados por este conducto deben ser originales y no haber sido divulgados, aceptados, enviados o comprometidos con ninguna otra revista, editorial, institución o medio de difusión de cualquier tipo. El incumplimiento por el autor de esta condición liberará a la Fundación de cualquier compromiso adquirido respecto de la publicación del trabajo.

Los autores de los originales podrán disponer libremente de ellos si la Fundación no los publicara en el plazo de un año contado, bien desde su envío, bien desde la aceptación formal del trabajo, si esta se hubiera producido. No obstante, podrá ser acordado un aplazamiento con el autor si, por acumulación de originales, no fuese posible publicar antes de un año un trabajo formalmente aceptado. La mera noticia de recepción del envío no equivaldrá a la aceptación formal del trabajo.

Los originales recibidos deberán superar una primera fase de selección preliminar por el Consejo Editorial del *Anuario*. En caso de aceptación del tra-

1. El Jurado del Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte está compuesto por D. Daniel Proença de Carvalho, quien lo preside, D.^a Encarnación Roca Trías, D. Miguel Satrústegui Gil-Delgado, D. José Massaguer Fuentes y D. Luis Fernando Macías Gómez. Actúa como secretario –con voz, pero sin voto– D. Agustín González García.

bajo por el Consejo Editorial, esta será comunicada al autor por la Dirección del *Anuario*. La decisión de no aceptación preliminar de los trabajos no tendrá por qué ser motivada.

Una vez formalmente aceptados, los trabajos se someterán a un proceso de evaluación externa apoyado en informes emitidos por dos revisores ajenos al Consejo Editorial. Dichos expertos deberán emitir sus informes sobre la calidad del trabajo evaluado teniendo en cuenta, entre otros aspectos, si la materia tratada goza de suficiente interés teórico o práctico, si el método de análisis se ajusta a los estándares científicos, si el trabajo está correctamente estructurado desde el punto de vista expositivo, si los razonamientos vertidos y las conclusiones alcanzadas poseen suficiente rigor, si la bibliografía y materiales empleados resultan suficientes y si la redacción y presentación del trabajo se atiene a patrones de calidad formal homologables.

El proceso de evaluación externa se desarrollará bajo el sistema del simple ciego, a menos que el autor solicite, en respuesta a la comunicación formal de aceptación del trabajo para evaluación, su preferencia por el sistema de doble ciego. En este caso, el autor será responsable de llevar a cabo la anonimización de su trabajo. Si esta no fuera completada por el autor dentro del plazo concedido al efecto, el artículo se revisará bajo el sistema de simple ciego.

Sobre la base de los informes externos recibidos, el Consejo Editorial comunicará a los interesados la decisión definitiva sobre la aceptación, necesidad de revisión o rechazo de los originales. En caso de necesidad de revisión o de rechazo, la decisión será motivada y se remitirán al autor los dictámenes emitidos por los evaluadores externos. Si el artículo exigiera una labor de revisión, la Dirección del *Anuario* concederá al autor un plazo prudencial para llevarla a cabo. Si el artículo no fuera revisado en plazo, o el autor no atendiera de manera satisfactoria las indicaciones formuladas por los evaluadores externos, el Consejo Editorial podrá rechazar motivadamente el artículo de manera definitiva.

Los artículos revisados en plazo y de forma satisfactoria serán objeto de definitiva aceptación y se publicarán en su integridad. La Fundación se reserva el derecho de publicar los artículos tanto en soporte papel como en formato electrónico. Los autores de los trabajos que sean publicados en el *Anuario* no podrán explotarlos en otra publicación, sea esta editada en soporte papel o electrónico, ni aportarlos a un repositorio institucional, a menos que obtengan previo permiso para ello de la Fundación.

A fin de formalizar la cesión de derechos de explotación, los autores de los trabajos aceptados se comprometen a suscribir con la Fundación el opor-

tuno contrato de edición, el cual se regirá por los términos previstos para la edición de los trabajos procedentes del Premio Rodrigo Uría conforme a las bases de la respectiva convocatoria.

Se entenderá que el hecho de efectuar el envío de algún original para su publicación en el *Anuario* implica la aceptación de todas las condiciones expuestas en este apartado.

C) ARTÍCULOS ENCARGADOS POR LA FUNDACIÓN PROFESOR URÍA

La Fundación podrá realizar encargos para la elaboración de artículos con vistas a su publicación en el *Anuario*. Los encargos versarán sobre aquellos temas que resulten de singular interés dentro de las diversas disciplinas del derecho del arte y que, a juicio de la Dirección y del Consejo Editorial, no estén suficientemente representados en las anteriores ediciones del *Anuario*.

Los encargos serán girados de forma personalizada a investigadores y expertos que destaquen por sus conocimientos y/o por su experiencia profesional en campos que estén relacionados con la materia objeto del estudio encargado.

Una vez aceptado el encargo, el autor deberá remitir a la Dirección del *Anuario*, en el plazo de un mes desde el momento de la aceptación, un proyecto de artículo en el que se refleje el índice o guion del trabajo y un breve resumen de su contenido de entre una y tres páginas. Sobre la base de ese proyecto, la Fundación decidirá si mantiene el encargo en sus mismos términos, si propone al autor la introducción de alguna modificación o si desiste del encargo realizado. En este último caso, la Fundación no asume ningún compromiso, económico o de otra índole, con el autor cuyo proyecto haya sido rechazado.

Una vez producida la aceptación del proyecto, en su caso con las modificaciones sugeridas por la Dirección y/o el Consejo Editorial, los trabajos encargados deberán ser enviados por vía electrónica a la Dirección del *Anuario* en el plazo máximo de seis meses contados desde que la aceptación del proyecto hubiera sido comunicada al autor. La falta de entrega tempestiva del artículo, o la no adecuación a lo proyectado o a las modificaciones sugeridas, serán causa legítima de no aceptación del trabajo por parte de la Fundación.

En el supuesto de que el trabajo sea objeto de entrega en el plazo señalado, se atenga a lo proyectado y recoja las modificaciones eventualmente

sugeridas por la Dirección y/o el Consejo Editorial, el trabajo se someterá al proceso de evaluación externa descrito en el apartado anterior. A la terminación de dicho proceso, si el trabajo es definitivamente aceptado para publicación, se aplicará igualmente lo previsto en el apartado anterior sobre cesión de los derechos de explotación a favor de la Fundación y suscripción de un contrato de edición.

Se entenderá que el hecho de aceptar el encargo de la Fundación para elaborar un trabajo dirigido a su publicación en el *Anuario* implica, sin perjuicio de las condiciones particulares acordadas entre las partes, la aceptación de todas las condiciones expuestas en este apartado.

III. PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Todos los trabajos publicados en el *Anuario* deberán atenerse a las pautas de presentación y redacción que se especifican a continuación. Ello afecta tanto a los originales enviados de manera espontánea como a los que sean fruto de un encargo y a los procedentes del Premio Rodrigo Uría, los cuales deberán ser en su caso convenientemente adaptados tras el fallo del Jurado y la subsiguiente selección a cargo de la Fundación.

- 1.^a El texto de los trabajos que sean enviados espontáneamente podrá estar en cualquier formato de texto, no necesariamente editable. Sin embargo, en fase de composición editorial, sea cual sea el origen del trabajo, el autor deberá proporcionar el texto definitivo del trabajo en un archivo formato Word u otro procesador de textos plenamente compatible con él.
- 2.^a Los artículos deberán atenerse a estas pautas básicas de formato:
 - 1.º La letra será de tipo Times New Roman, tamaño 12 para el texto y 10 para las notas a pie.
 - 2.º Los márgenes superior e inferior serán de 2,5 cm, y los márgenes derecho e izquierdo de 3 cm.
 - 3.º El espaciado interlineal será sencillo, tanto para el texto como para las notas a pie.
 - 4.º El número de página deberá ir en la parte inferior derecha, con el mismo tipo de letra y tamaño que para el texto.
 - 5.º El título del trabajo deberá ir en caja 14 con justificación izquierda. Debajo, con justificación derecha, se hará constar en caja 12

el nombre y apellidos del autor, y en una línea inferior su cargo o filiación académica y/o profesional.

- 3.^a Los artículos deberán incluir los siguientes elementos, que deberán aparecer al comienzo del trabajo, debajo del título y del nombre y filiación del autor, en este mismo orden:
 - 1.º Un resumen del artículo de un máximo de 30 líneas de extensión.
 - 2.º Un breve listado de palabras clave.
 - 3.º Un sumario o índice con los distintos apartados y subapartados en que se subdivide el trabajo.
 - 4.º Una traducción al inglés del título del trabajo («Title»), del resumen («Abstract»), de las palabras clave («Keywords») y del sumario («Table of Contents»).
- 4.^a En cuanto al formato de las citas y de los títulos de los diferentes epígrafes y subepígrafes en que se divida el trabajo, se emplearán las siguientes pautas de estilo:

NIVELES DE TÍTULOS

Los niveles de títulos de apartados y subapartados deberán seguir la siguiente estructura. Hay un máximo de 5 niveles.

I. NIVEL 1 UN NÚMERO ROMANO Y NEGRITA

1. NIVEL 2 UN NÚMERO ARÁBIGO Y MAYÚSCULA

1.1. Nivel 3 Dos números arábigos y negrita

A. *Nivel 4 Letra mayúscula y cursiva*

a) Nivel 5 Letra minúscula y redonda

BIBLIOGRAFÍA

Los trabajos incluirán un listado final de bibliografía. Tanto en ese listado final como en las notas a pie de página, la bibliografía se citará de forma homogénea, conforme a los criterios y modelos que se ofrecen a continuación:

MONOGRAFÍAS:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: *Título de la obra*, Editorial, Lugar, Año.

Inicial del nombre. APELLIDO APELLIDO, *Título de la obra*, Editorial, Lugar, Año.

Ejemplos:

MARÍN LÓPEZ, Juan José: *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

J. J. MARÍN LÓPEZ, *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

CAPÍTULOS DE LIBRO:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: «Título del capítulo», en *Título del libro colectivo* (coord. Nombre Apellido Apellido), tomo o volumen, Editorial, Lugar, Año, páginas citadas.

Inicial del nombre. APELLIDO APELLIDO «Título del capítulo», en *Título del libro colectivo* (coord. Inicial del nombre. Apellido Apellido), tomo o volumen, Editorial, Lugar, Año, páginas citadas.

Ejemplos:

CASAS VALLÉS, Ramón: «La protección de los artistas plásticos en el Derecho español», en *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Derechos de Autor y Derechos Conexos en los umbrales del año 2000* (coord. Antonio Delgado Porras), vol. I, Ministerio de Cultura, Madrid, 1991, pp. 259-278.

R. CASAS VALLÉS, «El derecho de participación de los artistas plásticos (Droit de suite) en la LPI: bases teóricas», en *Derechos del artista plástico* (coord. A. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 67-122.

ARTÍCULOS DE REVISTA:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: «Título del artículo», *Nombre de la revista*, número, (mes y) año, páginas citadas.

Inicial del nombre, APELLIDO APELLIDO, «Título del artículo», *Nombre de la revista*, número, (mes y) año, páginas citadas.

Ejemplos:

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «La Directiva sobre el derecho de participación: historia de una iniciativa frustrada», *pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 8 (mayo-agosto 2001), pp. 9-24.

R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La Directiva sobre el derecho de participación: historia de una iniciativa frustrada», *pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 8 (mayo-agosto 2001), pp. 9-24.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AA.VV.	autores varios
cap.	capítulo
<i>cfr.</i>	<i>confer</i> , consultar, confrontar, compárese
col.	colección
coord.	coordinador/a
dir.	director/a
ed.	edición o editorial
fasc.	fascículo
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> , allí mismo, en el mismo lugar
<i>loc. cit.</i>	<i>loco citato</i> , en el lugar citado
N.B.	<i>nota bene</i> , observa bien, nótese bien
n.º	número
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> , en la obra citada
p./pp.	página/páginas
<i>s. d.</i>	<i>sine data</i> , sin fecha
ss.	siguientes
t.	tomo
v./ <i>vid.</i>	Véase/ <i>vide</i>
vol.	volumen
vs.	versus, contra

Índice general

	<i>Página</i>
PRÓLOGO. Por amor al arte	27
ANTONIO MUÑOZ MOLINA	

ESTUDIOS

TOURNEZ-MOI LE DOS! LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS OBRAS GASTRONÓMICAS: DE ROSSINI A LA ESFERIFICACIÓN	
TOURNEZ-MOI LE DOS! THE LEGAL PROTECTION OF CULINARY CREATIONS: FROM ROSSINI TO THE SPHERIFICATION. .	43
PABLO MURUAGA HERRERO	
I. Introducción	46
II. Reflexión sobre los términos empleados	57
III. La obra gastronómica como obra de arte	60
1. <i>De las musas de la gastronomía y su discriminación</i>	60
2. <i>Aproximación histórica</i>	61
3. <i>La gastronomía como arte</i>	64
IV. Propiedad intelectual	69
1. <i>Notas introductorias</i>	69
2. <i>Objeto de la protección</i>	72
2.1. <i>La dicotomía idea-expresión en la receta</i>	73
2.2. <i>La apariencia como objeto de protección</i>	76
2.3. <i>El plato como obra artística</i>	77
2.4. <i>La creación gastronómica en su conjunto</i>	79
3. <i>Precisión y objetividad</i>	80

	<i>Página</i>
4. <i>Originalidad</i>	81
4.1. <i>Conceptualización</i>	81
4.2. <i>No es una mera exposición de hechos</i>	82
4.3. <i>¿Hay recetas creativas?</i>	85
5. <i>Las recetas como obras derivadas o compuestas</i>	86
6. <i>Problemática –gastronómica– de los derechos de autor</i>	88
V. Propiedad industrial	91
1. <i>Arte, pero también industria</i>	91
2. <i>Marcas</i>	92
2.1. <i>Concepto, significado y requisitos</i>	92
2.2. <i>Contenido del derecho sobre la marca</i>	94
2.3. <i>Marcas tradicionales</i>	95
2.4. <i>Marcas no tradicionales</i>	97
3. <i>Inventiones industriales</i>	108
3.1. <i>Patentes</i>	108
3.2. <i>Modelos de utilidad</i>	121
3.3. <i>Estado de la cuestión en relación con la gastronomía</i>	126
4. <i>Diseños industriales</i>	131
4.1. <i>Concepto y clases</i>	131
4.2. <i>Contenido</i>	136
4.3. <i>Requisitos</i>	137
4.4. <i>Contextualización en el sector gastronómico</i>	143
VI. Secretos empresariales	145
1. <i>Ideas previas</i>	145
2. <i>Concepto y requisitos</i>	146
2.1. <i>Concepto</i>	146
2.2. <i>Información o conocimiento de carácter empresarial</i> ..	148
2.3. <i>Carácter secreto de la información o conocimiento</i> ..	150
2.4. <i>Valor empresarial</i>	157
2.5. <i>Medidas razonables para la protección</i>	160
2.6. <i>Importancia de la exclusión</i>	165
3. <i>Naturaleza y contenido del secreto empresarial</i>	169
4. <i>Encuadre gastronómico</i>	172
VII. Reflexiones finales jurídico-gastronómicas	180
VIII. Referencias bibliográficas	182
IX. Índice jurisprudencial	198

ARTE ENCRIPTADO Y TRASMISSION DE DERECHOS. REFLEXIONES SOBRE LA IDONEIDAD DE LOS <i>NON FUNGIBLE TOKEN</i> COMO INSTRUMENTOS PARA COMERCIALIZAR ARTE DIGITAL	
ENCRYPTED ART AND TRANSMISSION OF RIGHTS. REFLECTIONS ON THE SUITABILITY OF <i>NON FUNGIBLE TOKENS</i> AS INSTRUMENTS TO COMMERCIALIZE DIGITAL ART	207
MARÍA INMACULADA LLORENTE SAN SEGUNDO	
I. Introducción	209
II. Del arte digital al crypto arte	210
1. <i>El arte digital</i>	211
2. <i>La obra de arte en la época de su reproducibilidad técnica</i>	212
3. <i>La solución: los NFT</i>	213
4. <i>El nacimiento del crypto art o arte encriptado y su éxito comercial</i>	216
4.1. La especialidad de la obra de arte que se encripta en el NFT	218
4.2. Los NFT Fraccionados (F-NFT)	219
4.3. La comercialización de la “sombra digital” del patrimonio histórico-artístico	220
III. El origen de los NFT: la <i>tokenización</i> de activos digitales	222
1. <i>El token como digital assets y como crypto assets</i>	223
2. <i>La tecnología que posibilita el token</i>	223
2.1. La cadena de bloques: <i>blockchain</i>	223
2.2. Los bloques	224
2.3. La encriptación criptográfica	224
2.4. <i>El hash</i>	225
2.5. El <i>smart contract</i>	225
2.6. El DLT como espacio organizado de contratación	226
2.7. Los <i>wallet</i>	226
3. <i>Clases de token</i>	226
IV. El NFT como instrumento para comercializar arte	228
1. <i>Legislación aplicable</i>	228
2. <i>Naturaleza jurídica de los NFT</i>	235
2.1. Su consideración como bien mueble incorporal	237
2.2. Su carácter infungible	237

	<i>Página</i>
3. <i>¿Qué se transmite y se adquiere con el token?</i>	239
4. <i>El NFT como criptoactivo de inversión o como criptoactivos de adquisición de derechos</i>	240
V. La idoneidad de los NFT para la adquisición y transmisión de arte digital	241
1. <i>Presupuestos jurídicos para la adquisición de la propiedad de una obra de arte a través de un NFT</i>	242
1.1. <i>La titularidad del derecho de reproducción de la obra de arte</i>	242
1.2. <i>Concurrencia de título y modo para transmitir y adquirir la propiedad</i>	245
2. <i>Problemas jurídicos y técnicos que complican la transmisión de la propiedad del activo subyacente</i>	247
2.1. <i>La identificación de los sujetos que participan en blockchain</i>	248
2.2. <i>La falta de acreditación por el emisor del NFT de sus facultades de reproducción de la obra: fraude y plagio</i> .	249
2.3. <i>La falta de acceso al activo digital subyacente: los NFT «rotos»</i>	250
2.4. <i>La encriptación y la transmisión mortis causa de los NFT</i>	252
VI. Conclusiones	258
VII. Bibliografía	259
ARQUITECTURA DE AUTOR. REFLEXIONES SOBRE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA ARQUITECTURA CONTEMPORÁNEA	
AUTHOR ARCHITECTURE. REFLECTIONS UPON THE LEGAL PROTECTION OF CONTEMPORANEOUS ARCHITECTURE ...	265
PAZ SOLER MASOTA	
I. Sobre el objeto del presente estudio: de la <i>arquitectura profesional al arte arquitectónico</i>	268
II. Sobre el carácter funcional de la obra arquitectónica: <i>firmitas, utilitas, venustas</i>	274
III. Sobre la noción de obra arquitectónica de autor: de planos, bocetos, maquetas y... la edificación resultante	279
IV. Sobre la autoría de la obra arquitectónica en la era digital ...	287

	<i>Página</i>
1. <i>Un canto a la vigencia del concepto jurídico de autoría frente a sus actuales detractores</i>	288
2. <i>(sigue) La delimitación entre autoría única, coautoría y autoría de parte en la obra arquitectónica</i>	292
V. De la originalidad en la arquitectura de autor	296
VI. El alcance de los derechos de autor sobre la obra arquitectónica	300
1. <i>Breve recordatorio: sobre la titularidad y el objeto de los derechos de autor respecto de la obra arquitectónica</i>	300
2. <i>(sigue) Y una advertencia preliminar: sobre las circunstancias que obran como límites al goce de los derechos que sobre la obra arquitectónica ostenta su autor (y, por extensión, el tenedor legítimo de los derechos de explotación)</i>	301
3. <i>Referencia al alcance de los derechos morales sobre la obra arquitectónica de autor</i>	302
4. <i>Referencia al ejercicio de los derechos de explotación sobre la obra arquitectónica de autor</i>	310
VII. Epílogo	315
Bibliografía	317

PROMPTERS, ¿NUEVOS PROTAGONISTAS EN LA ESCENA DE LAS ARTES VISUALES?

PROMPTERS: NEW PLAYERS ON THE COPYRIGHT SCENE? .. 321

CONCEPCIÓN SAIZ GARCÍA

I. Introducción	324
II. El binomio generativo humano-SIAG	328
III. La condición legal de autor	332
1. <i>En las obras de autoría individual</i>	335
2. <i>En las obras de autoría plural</i>	335
3. <i>Participación humana relevante en el proceso creativo con SIAG</i>	341
3.1. <i>Modificaciones del resultado</i>	343
3.2. <i>El diseño de prompts</i>	347
3.3. <i>Relación del prompter con el resultado generado por el SIAG</i>	354
IV. Bibliografía	358

VARIA

CAMINANTE SON TUS HUELLAS, EL CAMINO Y NADA MÁS... EXCEPTO SOBRE LA OBRA DE DONALD JUDD	363
PAZ SOLER MASOTA	

DE ARTE, MODA Y DERECHO DE AUTOR. A PROPÓSITO DE LA VENUS DE BOTTICELLI: RENACIDA PARA VENDER	371
PAZ SOLER MASOTA	

SOBRE EL ARTE DE APROPIACIÓN Y LA DOCTRINA DEL FAIR USE	379
PAZ SOLER MASOTA	

LOS DERECHOS DE AUTOR DE LAS OBRAS EMPLEADAS PARA EL ENTRENAMIENTO DE LAS HERRAMIENTAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL GENERATIVA	393
SANTIAGO FERNÁNDEZ TOURNÉ	

¿COLISIÓN ENTRE EL ARTE CALLEJERO Y EL PATRIMONIO CULTURAL?	
Tenía que ocurrir alguna vez: un artista anónimo fijó su obra de arte en un edificio histórico	399
JUAN JAVIER NEGRI	

ERROR EN LA SUBASTA. UN ÓLEO ANÓNIMO PODRÍA SER OBRA DE UN MAESTRO DEL BARROCO	
¿Y entonces?	405
JUAN JAVIER NEGRI	

LA PROHIBICIÓN DE REVENTA DE LAS OBRAS DE ARTE	
¿Se puede impedir la reventa de las obras de arte?	411
JUAN JAVIER NEGRI	

LAS OBLIGACIONES DEL MARCHAND O «EL CASO DE LA CONDESA DE WEMYSS» (PARTE I)	
¿A qué precio ofrecer una obra de arte?	419
JUAN JAVIER NEGRI	

OTRA VUELTA DE TUERCA SOBRE «EL CASO DE LA CONDESA DE WEMYSS» (PARTE II)	
¿Qué obligaciones tiene un marchand?	425
JUAN JAVIER NEGRI	

UNA VISIÓN INTERESANTE SOBRE LOS DERECHOS MORALES DEL ARTISTA	
El reconocimiento internacional a los derechos morales de los artistas no es uniforme	431
JUAN JAVIER NEGRI	

SEMINARIO RODRIGO URÍA MERUÉNDANO
DE DERECHO DEL ARTE

RESUMEN DE LAS ACTAS DE LA 6.^a EDICIÓN DEL SEMINARIO RODRIGO URÍA MERUÉNDANO DE DERECHO DEL ARTE (2023)	437
SANTIAGO FERNÁNDEZ TOURNÉ y ANDREA MARTÍN ALACID	

I. Museo Nacional del Prado	438
II. Patrimonio Nacional	444
III. Fundación «la Caixa»	449
IV. Museo Nacional Thyssen-Bornemisza	451
V. Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía	454
VI. Fundación Juan March	459
VII. Museo Guggenheim Bilbao	460
VIII. Red de Museos de la Dirección General de Patrimonio Cultural y Bellas Artes	463
IX. Tabacalera, centro de producción y de residencias artísticas	466
X. Los bienes de la Iglesia	469
XI. Cuestiones jurídicas transversales	476

LEGISLACIÓN Y BIBLIOGRAFÍA

RECOPIACIÓN DE LEGISLACIÓN PROMULGADA EN 2023 ..	491
MARÍA LUISA MACÍAS ROMERO	

RECOPIACIÓN DE BIBLIOGRAFÍA PUBLICADA EN 2023	493
MARÍA LUISA MACÍAS ROMERO	

RESEÑAS JUDICIALES

Sentencia n.º 1331/2022 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 19 octubre de 2022, recurso n.º 8211/2021. <i>Cuando en el marco de un procedimiento de expropiación forzosa el objeto de la expropiación sea, íntegra y exclusivamente, un inmueble de titularidad privada declarado bien de interés cultural (BIC), serán de aplicación los artículos 76 y ss. de la Ley de Expropiación Forzosa y, por ello, la determinación del justiprecio deberá efectuarse por la Comisión de Expertos</i>	505
SARA TATO SÁNCHEZ	

Sentencia n.º 117/2023 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1.ª), de 15 de febrero de 2023, recurso n.º 581/2022. <i>Falsificaciones de artistas como Eduardo Chillida, Roy Lichtenstein, Edvard Munch y José Guerrero. La condena por delitos continuados contra la propiedad intelectual y estafa del acusado se fundamentó en los conocimientos técnicos del acusado y la asiduidad de su actividad en el mercado del arte. La indemnización por el delito contra la propiedad intelectual asciende al valor de las obras originales tasado pericialmente</i>	507
ANDREA MARTÍN ALACID	

Sentencia n.º 4/2023 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 10 de enero de 2023, recurso n.º 295/2022. <i>Protección cautelar del monumento del escultor Juan de Ávalos dedicado al general Franco mientras se decide su interés artístico o cultural a través de la suspensión de la decisión de no incoar expediente de declaración como bien de interés cultural (BIC). Dicha protección era preceptiva durante el período administrativo, pero también es necesaria en la fase judicial al existir una amenaza absolutamente real de que se desmonte el monumento por la presión política existente en aplicación de la Ley de Memoria Democrática</i>	510
CARMEN PASTOR DELGADO	

Sentencia n.º 304/2023 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 9 de marzo de 2023, recurso n.º 1543/2021. *El Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestima el recurso contra la declaración como BIC de la obra Retrato de un clérigo, atribuida a Velázquez, frente a los argumentos de su propietaria en contra de su mérito artístico, llegando incluso a cuestionar su atribución al artista. Prevalecen los informes de la propia Administración frente al informe pericial aportado por la actora . . .* 512

SANTIAGO FERNÁNDEZ TOURNÉ

Sentencia n.º 18/2023 del Juzgado de lo Mercantil n.º 13 de Madrid, de 23 de marzo de 2023, recurso n.º 93/2022. *El Juzgado de lo Mercantil n.º 13 de Madrid cuantifica los daños sufridos por el artista Mateo Maté y su compañía Francisco Mateo Comunicaciones, S.L., como consecuencia del plagio de su obra «Viajo para conocer mi geografía»* 514

ANA ORTEGA REDONDO

Sentencia n.º 231/2023 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª), de 6 de junio de 2023, recurso n.º 329/2023. *Falsificaciones de artistas como Eduardo Chillida, Roy Lichtenstein, Edvard Munch y José Guerrero. El error de subsunción del concepto de plagio supone la revocación de la condena por delitos contra la propiedad intelectual al recurrente, manteniendo la condena por estafa* 517

ANDREA MARTÍN ALACID

Sentencia n.º 347/2023 del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 19 de junio de 2023, recurso n.º 420/2021. *Anulación de la sanción impuesta a la abadesa de un monasterio de las Hermanas Clarisas por el traslado sin autorización de bienes muebles del Real Monasterio de la Encarnación de las Monjas Clarisas de Mula, declarado BIC, debido al cierre del monasterio y traslado de las monjas a un monasterio de Elche. Se anula la sanción debido a la ausencia de mala fe y error interpretativo de las normas al no estar detallados los elementos a los que alcanza la declaración de BIC* 519

BEATRIZ LÓPEZ ESCUDERO

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), de 9 de octubre de 2023, recurso n.º 1148/2020. *En el ejercicio de su derecho de adquisición preferente de bienes culturales, la Administración no debe estar al valor declarado en la solicitud de exportación si se ha demostrado posteriormente (mediante informes expertos posteriores) que tienen un valor considerablemente superior, pues supondría un enriquecimiento injusto por parte de la Administración* 521

ANDREA MARTÍN ALACID y CARMEN PASTOR DELGADO

- Sentencia n.º 46/2023 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 32.ª), de 9 de octubre de 2023, recurso n.º 98/2023.** *Falta de legitimación pasiva de la casa de subastas frente a la reclamación del titular de su derecho de participación por la reventa de una obra, por ser este derecho de gestión colectiva obligatoria. No se vulnera este derecho por el hecho de que el titular deba dirigirse a la entidad de gestión para percibir el importe que le corresponda ni aunque la entidad pueda aplicar alguna comisión por la gestión del cobro* 524
CARMEN PASTOR DELGADO
- Sentencia n.º 1755/2023 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 19 de diciembre de 2023, recurso n.º 905/2020.** *El alcance de la condena a cesar en las conductas infractoras de derechos económicos de propiedad intelectual y la prohibición de reiteración futura de dichas conductas* 526
ANDREA MARTÍN ALACID

CRÓNICA

- CRÓNICA DE ASUNTOS SEÑEROS DE DERECHO DEL ARTE EN 2023** 531
MARÍA LUISA MACÍAS ROMERO
- I. La restitución de los bienes contenidos en el Pazo de Meirás a la Familia Franco** 532
- II. Novedades en el Caso Cassirer v Fundación Thyssen-Bornemisza por el cuadro *Rue de saint honoré por la tarde. Efecto lluvia* de Camille Pissarro** 534
- III. Shakira, acusada de plagio por su canción con Bizarrap** 535
- IV. Kabuki: derechos de propiedad industrial e intelectual en el sector gastronómico** 538

Libro electrónico. Guía de uso.

Prólogo

Por amor al arte

Una de esas expresiones comunes que cualquiera repite sin reparar en ella puede estar cargada de un significado profundo, contener cifrada una declaración de valores o principios. Decimos que alguien hace algo “por amor al arte” y estamos diciendo que lo hace sin ningún interés práctico, de una manera gratuita, y podemos decirlo en un tono menos elogioso que escéptico. Puede indicar que se hace algo por el gusto de hacerlo; pero también que se hace sabiendo que no dará ningún fruto, ningún resultado. El “pro bono”, que se usa en inglés, lleva consigo un matiz favorable de generosidad, y tiene el prestigio de estar dicho en latín.

Es cierto que muchas cosas las hacemos por amor al arte, o a las artes, en su sentido más amplio. Por amor al arte pasamos una mañana visitando un museo, o unas horas de quietud concentrada leyendo una novela o escuchando música, o viendo una película. Salvo que nos dediquemos profesionalmente a la crítica, esa contemplación se basta a sí misma, y no produce beneficio práctico alguno, salvo el placer estético, que en ocasiones puede tener un efecto parecido al de una terapia, un efecto en cualquier caso tan vago que sería muy difícil identificar no ya su eficacia, sino su misma existencia. Por amor al arte se cuida un jardín, aunque tal vez no un huerto, ya que en este se pueden cosechar alimentos frescos, y cumplir tareas enérgicas que nos mantengan en buena forma física, y con la mente despejada por el ejercicio. El que disfruta sin más del amor al arte es, literalmente, un “amateur”, un “amador” como se dice en portugués, y lo propio del amor es ser desinteresado. Esa gratuidad se desliza fácilmente hacia lo despectivo, cuando la distracción se identifica con el entretenimiento, “el mero entretenimiento”, o casi peor todavía, con la evasión. En las jerarquías censoras de las artes, “literatura de evasión”, o “cine de evasión”, son términos de

desdén, indicadores de un propósito mercenario, de esa actitud entre frívola y cobarde que se llama escapismo.

Pero algo tienen en común el entretenimiento más descaradamente comercial y las formas más depuradas, más exigentes o minoritarias –más elitistas dirán algunos– de expresión creativa o estética: han nacido de algo que podríamos llamar amor al arte, y se han ejercido en virtud de un impulso muchas veces ajeno a cualquier noción de beneficio práctico, pero ninguna de ellas ha llegado a existir exclusivamente en esa especie de ámbito ideal, enrarecido y cerrado sobre sí mismo, que designamos con esa expresión. Pondré un ejemplo práctico que me es muy cercano. En 1984, va a hacer ya cuarenta años, cuando me propuse publicar mi primer libro, no había ni podía haber en ese proyecto ningún interés material. Dado que vivía en Granada, era desconocido y no conocía a ningún editor, me tocaba emprender yo mismo la tarea. Los textos que formaban aquel libro, publicados en un periódico local, ya los había escrito por amor al arte, dado que el periódico era nuevo y modesto, y si pagaba con dificultad los sueldos de los periodistas en plantilla daba por supuesta la gratuidad del trabajo de los colaboradores. Entonces, como ahora, ese impulso que Remedios Zafra ha llamado el entusiasmo –gracias al cual uno ama tanto algo que lo hace con muy poca recompensa, o ninguna– favorecía formas de abuso laboral que son menos frecuentes en otros ámbitos. Por amor al arte yo había escrito mis colaboraciones semanales en aquel periódico, y por amor al arte me decidía ahora a publicarlas en forma de libro, no solo sin la menor expectativa de beneficio económico, sino corriendo yo mismo con los gastos de la edición, que no eran poca cosa para el sueldo de un funcionario de escasa cuantía en la administración local.

Pero si el libro llegó a existir, y hasta a encontrar un núcleo modesto de lectores –y a facilitarme más tarde el contacto con un gran editor– no fue solo en virtud de mi amor por la literatura, por mi vocación entusiasta y desinteresada de escritor. Un diseñador profesional, amigo mío, me hizo una portada atractiva. En un taller de composición, personas muy cualificadas me editaron el texto, asegurándose de corregir las erratas. Y unos impresores de idéntica cualificación dieron forma tangible a los quinientos ejemplares que me arriesgué a editar del libro, que a su vez repartió por las papelerías de la ciudad un conocido mío que era distribuidor de prensa y material de oficina. En ese empeño tan modesto, un libro autoeditado, en el que no existe interés material alguno por parte de su autor, el amor al arte no queda flotando en el aire, y la literatura no existe como un puta emanación de la soledad y el talento: el libro llega plenamente a existir gracias a una cadena

de saberes profesionales, de medios técnicos, de trabajo material, una red de oficios especializados con los que se ganan la vida quienes los ejercen, y que han requerido un largo aprendizaje práctico. La ensoñación solitaria de la literatura no llega a nada si no encuentra el soporte comunitario y técnico de la producción industrial. Sin artesanía, sin comercio, sin una serie variada de trabajos que tienen en común la especialización y la solvencia, las obras de arte sean las que sean, musicales, visuales, literarias, no llegan a existir: no salen del ámbito ensimismado de una fantasía adolescente; o si llegan a hacerse, en una forma aislada y anónima, no cobran esa plena existencia que solo se logra en el contacto con el destinatario.

La idea romántica del genio que surge de la nada y crea su obra en una especie de heroica soledad autosuficiente –y masculina, en la mayor parte de los casos– puede sonar halagadora, pero favorece una serie de malentendidos peligrosos. El primero de ellos, tal vez, es la independencia de las condiciones materiales; el segundo, la ruptura con el entorno y con la tradición. Leyendas biográficas sobre artistas de vanguardia de las primeras décadas del siglo XX falsifican la realidad y al mismo tiempo se proyectan retrospectivamente sobre creadores del pasado. Actitudes del todo modernas, favorecidas por el sensacionalismo de los medios, se atribuyen a artistas para los cuales habrían sido no solo materialmente imposibles, sino inverosímiles. Nuestra imagen del artista genial se extiende a todos los ámbitos y es aceptada como una evidencia, pero tiene una historia mucho más reciente de lo que parece, y queda muy desacreditada o se desmorona por completo cuando se la somete al escrutinio de la realidad. El genio está solo, en ruptura con el pasado, en un choque de discordia contra lo establecido en el presente; el genio vive atormentado, y en su existencia puede que prevalezca el desarreglo y hasta el trastorno, que pueden llevarlo a extremos de malditismo y autodestrucción; con frecuencia, el genio es ignorado por la mayoría de sus contemporáneos, celebrado por unos pocos que poseen una sensibilidad casi tan radical como la suya, reconocido solo después de muerto, o consagrado por una muerte en plena juventud. Puede ser una estrella de la música pop, o una lumbrera de la poesía; o de la pintura. La idea del genio es tan seductora que hasta se aplica a los directores en un arte tan colectivo y tan hecho de artesanías especializadas y diversas como el cine.

El culto al artista genial puede que empiece de verdad en el siglo XIX, y su primer modelo claro es Beethoven, canonizado como héroe de la música alemana después de su muerte. Y el interés por las vidas de los grandes artistas había tenido su origen solo tres siglos antes, con la colección de biografías de pintores y escultores de Giorgio Vasari. En ambos casos, detrás

de la singularidad de los nombres propios hay un cambio del modelo de producción de las obras de arte, y de la consideración social de un cierto número de los que se dedican a ellas, separados por su propia singularidad de la inmensa mayoría de quienes las practican. Lo que hace Vasari al celebrar a los artistas más destacados de Florencia, y al contar sus biografías con un grado de pormenor y de admiración que hasta entonces casi solo recibían los reyes y los héroes militares, es poner el talento y la iniciativa individuales por encima de las tradiciones medievales de los gremios, y reconocerle así un prestigio que es estético pero sobre todo social y de clase: el artesano se dedica a un trabajo manual; la tarea del artista, siguiendo el ejemplo de Leonardo, de Rafael, de Miguel Ángel, es intelectual, “cosa mental”, en las palabras de Leonardo. En la realidad, los talleres de los pintores estaban llenos de gente, y en vez del silencio reinaba en ellos el rumor del trabajo colectivo. Nosotros imaginamos al artista heroicamente solo en su estudio, como al novelista en su escritorio, o al arquitecto ante su mesa de dibujo.

Una soledad semejante atribuimos a Beethoven, en su caso además agravada por la sordera, y por ese aire de cabezonería y enajenación que hay en los retratos de sus años tardíos. Imaginamos a Beethoven como a un misántropo genial, un poco como a Goya llenando de negrura las paredes de la Quinta del Sordo, rompiendo a solas igual que Goya con todo el arte del pasado. Pero, dejando a un lado las particularidades de su carácter, ya muy bien seleccionadas por sus primeros biógrafos para producir un cierto efecto, la figura de compositor de Beethoven está profundamente anclada en las cambiantes condiciones sociales de la música en la Viena de su tiempo, y en muchos casos no pueden comprenderse sin innovaciones tecnológicas en las que no siempre suele repararse. Igual que los pintores en la Italia del XVI estaban emancipándose del control de los gremios –aunque también de su amparo– un compositor de la época de Beethoven vivía un cambio de posición social que podía ser liberador pero también estaba lleno de incertidumbres y peligros. Su maestro Haydn había pasado toda su carrera como un criado de cierta relevancia entre el personal de servicio innumerable de la familia aristocrática de los Esterhazy. Una patada célebre del arzobispo de Salzburgo había dejado a Mozart en la calle, perdiendo su puesto fijo de músico en la corte, y encontrándose de pronto en la necesidad de buscarse la vida como compositor e intérprete en un mercado abierto y muy competitivo. El precio de no ser nunca más criado de un rey o un príncipe era convertirse en empresario y promotor de uno mismo. La duración y la potencia orquestal de una sinfonía de Beethoven no se explica solo por una evolución estética de su genio: también porque ahora, fuera de los salones

restringidos de los palacios señoriales, había espacios públicos mucho más amplios a los que asistía un público de aficionados burgueses que pagaban una entrada. No había un salón aristocrático en el que cupieran todos los músicos y todos los cantantes que hacían falta en el estreno de la Novena Sinfonía. Aparte de componer y dirigir –al parecer lamentablemente, por la sordera– a Beethoven le tocaba también recoger las entradas.

Nosotros vemos los frescos en el techo de la Capilla Sixtina como un reflejo o una expresión del talento personal de Miguel Ángel: borramos así la presencia de sus numerosos ayudantes, y también todo el saber acumulado de generaciones de artesanos en el perfeccionamiento de la técnica del fresco, por no hablar de los programas iconográficos, heredados de la tradición y sometidos a la aprobación de los teólogos. Leonardo, que tanto se envanecía de su independencia y su originalidad intelectual, tuvo la arrogancia de ignorar esos saberes materiales y anónimos al pintar su Santa Cena de Milán, y el resultado fue una catástrofe. Cualquier fresco de una iglesia italiana perdida se mantiene prodigiosamente inalterable al cabo de siete u ocho siglos, sin más exigencia para restablecer sus colores que un algodón mojado en agua. La Cena de Leonardo empezó a arruinarse casi desde el momento en que terminó de pintarla.

Sin amor y dominio de la técnica no hay amor al arte. La belleza suprema del concierto y el quinteto de clarinete de Mozart, hecha de una mezcla de melancolía y de júbilo, no habrían sido posibles sin los avances técnicos que en ese tiempo estaban mejorando el diseño del instrumento. Las sonatas de piano de Beethoven las escuchamos una tras otra como adentrándonos en el diario íntimo de un hombre, desde la primera juventud a la sombría madurez, desde el respeto aplicado a los modelos de los maestros hasta una libertad tan inagotable que dos siglos después aún seguimos explorándola. Pero esa evolución formal es todavía más interesante cuando tenemos en cuenta factores tecnológicos y sociales que influyeron en ella. En una primera época, las sonatas estaban pensadas sobre todo para imprimir sus partituras y venderlas a un público de aficionados solventes pero no de gran virtuosismo, que las interpretaría en privado; poco a poco, según avanza su dificultad, esa clientela particular se restringe, al mismo tiempo que se hacen más frecuentes los conciertos públicos, a cargo de intérpretes profesionales muy especializados, como el propio Beethoven. Y a su vez, la difusión de las partituras entre aficionados no habría sido posible sin los avances en las técnicas de impresión que se aceleraban a finales del siglo XVIII. Partituras más numerosas y baratas facilitaban la multiplicación del número de intérpretes igual que progresos equivalentes en la imprenta hicieron posible que

creciera más que nunca hasta entonces el número de lectores de libros y de todo tipo de publicaciones periódicas.

La complejidad armónica, los cambios bruscos de intensidad y de volumen, la mayor fuerza expresiva, la pura improvisación, son rasgos de las sonatas de madurez de Beethoven que no se deben solo al progreso de su estilo: también a los avances en el diseño del pianoforte, que ampliaba extraordinariamente las posibilidades sonoras, y permitía una fuerza acústica a la altura de los nuevos espacios en los que ahora podía escucharse la música, y de los nuevos públicos que afluían a ella. Pero no se trata de que la tecnología favoreciera el desarrollo de una inspiración creativa anterior a ella: también la originaba, al revelar al compositor y al intérprete otros caminos posibles, al desafiar su imaginación.

Idealistas incurables, más todavía en el campo de las artes, tendemos a creer que lo intelectual precede a lo material, y que la inspiración brota de la nada, como sobre una hoja en blanco que será un simple receptáculo. La realidad es muy distinta. La inspiración no funciona al margen de las condiciones materiales o las limitaciones técnicas o de cualquier otro tipo. El artista de talento no trabaja contra esas limitaciones ni a pesar de ellas, sino usándolas en su propio beneficio, convirtiendo con frecuencia en ventajas lo que parecían inconvenientes, entre ellos las condiciones del encargo. Porque otra de las falacias sobre el genio es que las fuentes de su arte solo residen en él mismo, y por lo tanto cualquier interferencia exterior sería un estorbo, incluso una renuncia servil a su sagrado albedrío, a su puro capricho genial. Como profesionales cualificados y muy especializados que son, la inmensa mayoría de los artistas, pintores, escultores, arquitectos, compositores, directores de cine, han trabajado por encargo, y no por propia iniciativa. La relación con mecenas o patrocinadores ha sido muchas veces conflictiva, pero ha sido en la tensión entre las propias capacidades y las exigencias exteriores donde han surgido algunas de las mayores obras maestras. Y cuando el artista, presuntamente emancipado, no ha dependido de nada, ni ha estado sometido a imposiciones formales o ideológicas, su vida no ha sido siempre más fácil, ni su trabajo más original. Un aspirante a literato o poeta adolescente espera con anhelo que le surja la idea luminosa, incluso tontamente cree acelerar su llegada recurriendo a sustancias tóxicas, y además estériles. Quien escribe una crónica semanal para un periódico sabe que la inspiración ha de presentarse con puntualidad a una cierta hora de la tarde del lunes, por ejemplo.

En el periódico, la limitación temporal es tan terminante como la espacial: hay que escribir no todo lo que le salga a uno del alma, sino un cierto número

muy estricto de palabras. Y esa limitación extrema ha de ser liberadora, al someter a una presión impersonal los recursos creativos. Una parte de la destreza acrobática y la velocidad con que Charlie Parker tocaba el saxo alto venía de su entrenamiento como músico en los taxi-dancings de su juventud. Un cliente varón sacaba a una chica a la pista y pagaba diez centavos para bailar con ella durante un minuto. Los músicos, por lo tanto, tenían que reducir las canciones que tocaban a esa duración. De igual manera, la duración standard de las canciones en la edad de oro de la música popular americana tenía que limitarse a los tres minutos que permitían los discos de 78 revoluciones. Otra innovación tecnológica permitió nuevas exploraciones formales. El inmenso Duke Ellington siempre había deseado crear composiciones de mayor libertad y duración que las canciones de tres minutos. Muy aficionado a los compositores europeos, Debussy y Ravel sobre todo, Duke Ellington encontró una nueva inspiración cuando el invento del LP de 33 revoluciones le permitió amplitudes formales hasta entonces imposibles. El LP no solo permitía acumular más canciones de tres minutos en un solo disco: también expandía la imaginación creadora, al sustituir la mera sucesión de temas independientes por una secuencia abarcadora. El LP permitía escuchar con más comodidad las sinfonías clásicas: pero sirvió sobre todo para estimular la ambición de artistas de música popular que se encontraron delante de espacios sonoros más amplios. Ni el Sgt. Pepper's de los Beatles ni el Bitches' Brew de Miles Davis habrían llegado a existir sin la tecnología del LP.

Y desde luego sin el trabajo de ingenieros, de técnicos de sonido, de músicos de estudio, de diseñadores de portadas, publicistas, de representantes comerciales, de vendedores de tiendas de discos, de periodistas y críticos especializados, de locutores de radio. La presunta soledad del artista es un efecto óptico. El arte puede no servir inmediatamente para nada, como sirve sin la menor duda el ordenador con el que yo escribo palabras como éstas y como la lámpara que alumbra mi mesa de trabajo. Pero el arte nace en condiciones materiales y sociales concretas, y se alimenta de muchas tareas y saberes, e irradia efectos innumerables y tangibles, muchas veces de orden económico, dejando aparte su lugar en la cultura pública, en el modo en que las personas se ven y se imaginan a sí mismas y a los otros, y al mundo exterior. Cuando Ilya Ehrenburg llamó a Hollywood, en los años treinta, "Fábrica de sueños", estaba acuñando una expresión que se ha vuelto banal de tan repetida, y también apuntaba a la condición híbrida y ambivalente del trabajo artístico y de sus frutos.

Una obra de arte empieza siendo un sueño, a veces de manera literal. Paul McCartney soñó la música de "Yesterday", aunque no la letra. Richard

Wagner soñó el primer acorde decisivo del que emanan orgánicamente las quince horas de música del “Anillo del Nibelungo” (pero para llevarlo a la práctica necesitó, además de muchos años de ardua composición, el mecenazgo del Rey Luis II de Baviera, por no hablar de la participación de músicos admirables capaces de interpretar por primera vez partituras de complejidad y duración inusitada, incluso de un director de orquesta, Hermann Levi, que casualmente era judío). En un cuadro de fondo azul celeste de Joan Miró hay escrita una frase: “Ceci est la couleur de mes rêves”. Yo mismo he encontrado en un duermevela inquieto ideas fundamentales para mis libros, y he tenido ocurrencias súbitas, completamente casuales, que me han iluminado el sentido o el tono de una historia.

Pero el sueño, por sí solo, puede evaporarse sin rastro si no está acompañado por un largo empeño de disciplina y perseverancia, y en torno a la soledad y al silencio creativos se extiende, si se presta oído, un clamor de fábrica: el de los procesos artesanales o industriales que en la mayor parte de los casos hacen posible la culminación de la obra y su llegada a los destinatarios, el de las profesiones diversas implicadas en tales procesos, el del impacto económico y social que pueden llegar a adquirir. James Joyce escribió *Dublinenses*, *El artista adolescente* y *Ulises* tan por amor al arte que mientras escribía, para sostener a su familia, debió extenuarse dando clases de inglés, aunque es cierto que también intentó hacerse empresario, con resultados calamitosos. Con el apoyo de un grupo de hombres de negocios de Trieste, Joyce viajó de vuelta a Dublín para fundar allí la primera sala de cine de Irlanda, y la arruinó en un tiempo récord. Su amor al arte cinematográfico podía parecer casi tan improductivo como su amor a la literatura. Su patria, Irlanda, no hizo nada por él, y en su Dublín natal solo conoció la pobreza, la indiferencia, la hostilidad de los elementos nacionalistas y católicos. Pero ahora James Joyce, aparte de una gloria universal de la literatura, es una fuente segura de ingresos para Irlanda, y entre los turistas que llegan a Dublín, ocupan sus hoteles y comen en sus restaurantes, generando sustanciosos puestos de trabajo, muchos de ellos llevan consigo un ejemplar de *Ulises*.

La vida de James Joyce, para bien y para mal, podría ser un modelo de la figura del genio postromántico tal como la hemos ido esbozando: pobre, rebelde, anárquico, bebedor, guiado por una conciencia orgullosa de su singularidad y su destino, destinado primero al fracaso, luego a la gloria. Pero Joyce resulta que tuvo una excelente educación clásica en los Jesuitas, y que heredó el talento y la sensibilidad musical de su padre, y contó siempre con la ayuda de su hermano Stanislaus, con el aliento y el apoyo económico de unas cuantas mujeres mientras escribía *Ulises*, y además con la generosidad,

no correspondida por cierto, de la librera Sylvia Beach, que se arriesgó a la quiebra y a la persecución legal pagando la edición de esa novela inmensa, en la que trabajaron correctores al menos tan heroicos como los primeros músicos que tocaron el Anillo. Hace unos años, en una Feria de libros antiguos y raros en Nueva York, un amigo librero puso en mis manos un ejemplar de la primera edición de Ulises. El azul de la portada estaba intacto, porque el libro llevaba décadas encerrado en una caja fuerte. El precio de ese ejemplar era 500.000 dólares. No habría estado mal que Joyce hubiera podido trabajar con más tranquilidad, con algo más de desahogo económico. Su alcoholismo y su muerte temprana no son rasgos del genio: son el resultado de la pobreza y la incertidumbre angustiosa de su vida. Y tampoco el alcohol lo hizo mejor novelista. Habría podido escribir más si hubiera vivido más, y es probable que no se hubiera extraviado en las oscuridades de un libro tan impenetrable como *"Finnegan's Wake"*.

Confieso que de todos los rasgos embusteros que forman parte de la figura del genio el que más me irrita, me saca de quicio más bien, es el de la épica de la mala vida, del malditismo, como si el infortunio, el trastorno mental, el abuso del alcohol o de las drogas formaran parte necesaria del proceso creativo. Circulaba hace siglo y medio en la época de Verlaine y Rimbaud, y después en la de Rubén Darío, y se mantiene intacta en las informaciones de los periódicos sobre estrellas del rock. En los primeros años cincuenta, había aspirantes jóvenes a músicos de jazz que se inyectaban heroína para parecerse a Charlie Parker. Pero a Parker lo único que le hizo la heroína fue abreviar su vida y arruinar prematuramente sus facultades, y su arte no tenía nada que ver con la aguja hipodérmica, sino con las horas innumerables de disciplina y estudio. La leyenda más insultante es tal vez la de Billie Holiday: el contraste entre la limpia belleza de su voz juvenil y el tono tan oscuro de las últimas grabaciones, entre su cara joven en las fotografías y la otra cara arruinada que tenía antes de morir. Pero el rápido declive vital de Billie Holiday, como el de Charlie Parker y muchos otros músicos, responde sobre todo a las condiciones laborales de extrema precariedad en las que vivían, agravada por el racismo, por las políticas crueles de persecución de las drogas, por la trampa legal de que la mayor parte de esos músicos eran intérpretes y no compositores, y aunque ejercieran en los discos sus prodigiosas cualidades creativas no cobraban derechos de autor. Los clubes de jazz estaban controlados por la Mafia. Para tocar o cantar en uno de ellos hacía falta una cabaret card que era dispensada por la policía, y que podía ser revocada arbitrariamente en cualquier momento. Los músicos no vivían al límite por amor al malditismo, sino por culpa de injusticias laborales y sociales perfectamente identificadas.

Al disiparse las nieblas románticas podemos adentrarnos en el terreno sin duda menos novelesco de la realidad. En el arte hay siempre un componente de arrebató y de sueño, pero su ejercicio tiene todas las exigencias de una dedicación profesional, o de entrenamiento para un deporte de élite, aunque ofrezca a cambio con mucha frecuencia compensaciones mezquinas, y hasta inexistentes. Y en todos los casos, es importante reiterarlo, esa dedicación creativa necesita un entorno de saberes y acciones profesionales sin las cuales o no llega a existir o no alcanza a sus destinatarios posibles. El que empieza a escribir, quien se forma como pintor, quien acude a un conservatorio, solo tiene una cosa segura: que muy probablemente no habrá correspondencia entre el esfuerzo que le será exigido y la compensación económica o de reconocimiento que logre. En muchas grabaciones de la música soul y disco de la compañía Motown, una gloria absoluta de la cultura popular del siglo XX, detrás de las voces de los intérpretes se escucha el sonido formidable de una orquesta que siempre era la misma, The Wrecking Crew, la cuadrilla de demolición. Basta una búsqueda de medio minuto en Spotify para encontrar alguno de esos tesoros. Nadie recuerda los nombres de aquellos músicos, sin embargo, que si no se hicieron célebres disfrutaron al menos, durante unos cuantos años, de un trabajo seguro. Otro de los rasgos del amor al arte convertido en oficio es que al satisfacer y en muchos casos originar una amplia demanda social se convierte en una fuente de riqueza de la que se beneficia mucha gente, aunque rara vez aquellos que la han hecho posible. Pero no se trata de otra maldición romántica: es un simple asunto de justicia social.

Los pintores conocieron hasta el siglo XVII la protección y el control de los gremios, y un cierto número de músicos, hasta el final del Antiguo Régimen, formaron parte del personal subalterno en las cortes de los reyes y de los aristócratas. Beethoven, como hemos visto, se arriesgó a trabajar para el mercado libre, pero también tuvo la destreza de conseguir el apoyo colegiado de un grupo de nobles que le aseguraban entre todos un ingreso regular. Una obra de arte es una rara invención que carece de utilidad práctica inmediata, pero también es un producto que se compra y se vende, se imprime, se graba, se interpreta, se exhibe, se somete inerme al juicio del público. No creo que ningún artista en su juicio se crea en el derecho de recibir un salario por el simple hecho de serlo: a lo que aspira, a lo que aspiramos, es a recibir una compensación adecuada por parte de quien elige disfrutar del resultado de su inspiración y su esfuerzo. En las dictaduras comunistas los creadores eran funcionarios sometidos a la censura pero sostenidos por el Estado, y el acceso a las artes era más o menos gratuito pero también indigerible en su monotonía doctrinaria.

En la Europa civilizada, las artes aspiran a un equilibrio entre soberanía personal y protección social equiparable al que reina en cualquier otro ámbito de la vida colectiva. Para que surja el talento, dejando aparte predisposiciones genéticas, lo primero que hace falta es un entorno familiar y social que sea favorable, y que permite al mayor número posible de personas descubrir y cultivar sus propias capacidades con independencia de su origen, de su color o de su género. El talento para las artes, como para las ciencias, o para cualquier otra tarea, da forma y sentido a la vida personal de quien lo ejerce y también es una fuente de prosperidad colectiva. Todo el mundo acepta que sin una fuerte y constante inversión institucional y privada no puede desarrollarse el talento científico, ni derivar sus descubrimientos en soluciones tecnológicas. Pero cuando se trata de los talentos creativos, la idea aceptada de una inversión necesaria se convierte en alarma ante un gasto que puede parecer derrochador o superfluo. En un país tan refractario al conocimiento como el nuestro, el dinero destinado a la educación y a la cultura se ve muchas veces como un despilfarro, o peor todavía, como un favor para los dóciles al poder. Por supuesto que el dinero público se ha tirado y se tira con mucha frecuencia, sin fruto alguno. Pero la alternativa no es abandonar las artes a las crudas leyes del comercio, que benefician siempre a los fuertes, sino crear un marco institucional sólido, transparente y austero que favorezca la creatividad, asegure condiciones laborales dignas para los oficios relacionados con las artes y fomente su difusión entre el público más amplio posible.

Hace cuarenta años, cuando gasté una parte de mis escasos ahorros para editar mi primer libro, yo no aspiraba a vivir nunca de la literatura, ni creía que para dedicarme a ella me hiciera falta un sueldo de la administración. Nadie me había pedido que me hiciera escritor. Escribía por amor al arte, desde luego, pero también aspiraba a que mi trabajo encontrara lectores. Por esa época, otro periódico de Granada, más sólido y mucho más duradero, *Ideal*, me ofreció por primera vez una colaboración regular pagada. Esa pequeña conquista profesional me dio confianza en mí mismo, y me ayudó a ver la escritura no como un capricho o un vicio solitario sino como un oficio, que implicaba también una responsabilidad, un compromiso práctico. La disciplina de escribir con regularidad me ayudó a recobrar una novela que había dado por abandonada, y a trabajar en ella ahora con una constancia de la que hasta no mucho antes no había sido capaz. Yo era un funcionario municipal de Granada, con unos pocos lectores de mis columnas en un periódico local, con un libro que no se distribuía más allá de la propia ciudad. En términos prácticos, la escritura de esa novela, a la que yo dedicaba todas las tardes, era una

inversión a fondo perdido, porque lo más probable era que, si la terminaba, no encontraría editor.

Tuve suerte, sin embargo, y la novela acabó publicándose, en una buena editorial, con una garantía segura de distribución, incluso con una esperanza de reconocimiento, que podía haber llegado o no. En el encuentro entre un lector y un libro hay algo de un azar misterioso que a veces da la sensación de un regalo del destino. Pero los libros no se transmiten por telepatía, ni llegan a las manos del lector volando por los aires. Tampoco los cuadros, ni las películas, ni las canciones. La experiencia íntima y con frecuencia solitaria de las artes se sostiene sobre un completo ecosistema de oficios, de saberes, de puestos de trabajo, en muchos casos tan invisibles como necesarios. Es llamativo que todas estas explicaciones no haya que darlas en ningún otro campo de la actividad profesional o económica. Nadie duda del valor estratégico del turismo o de la industria del automóvil, pero todavía es necesario informar de que la cultura, más aún en un país como España, es una fuente poderosa de empleo y riqueza, no un saco roto de gastos suntuarios y subvenciones estériles. Yo no aspiro a que las administraciones públicas editen mis libros y me organicen giras de conferencias. Lo que sí me parece justo exigir es que haya un sistema educativo en el que importen la literatura y las artes, y buenas redes de bibliotecas y museos. Y también que la propiedad intelectual goce de al menos tanta seguridad jurídica como la propiedad inmobiliaria, y que la legislación laboral y social tenga en cuenta las peculiaridades de casi todos los trabajos relacionados con las artes, en los cuales la incertidumbre es mayor que casi en cualquier otro ámbito: la incertidumbre sobre el valor de lo que se hace, sobre el resultado del esfuerzo, sobre la respuesta del público, sobre la perdurabilidad o la fugacidad de lo logrado.

La fascinación que suscita siempre lo último y el poder avasallador de las compañías tecnológicas se unieron hace algo más de diez años a la demagogia frívola de lo gratuito para provocar un trastorno de dimensiones temibles en todos los campos de la actividad cultural. Todo el mundo estaba dispuesto a pagar cualquier precio por un iPhone o un MacBook y por una conexión a internet pero a casi todo el mundo le parecía de pronto un abuso y una ofensa pagar por un libro, por un disco, por una película. Al papanatismo de lo tecnológico y a la demagogia de lo gratuito se apuntaron hasta periodistas y responsables de medios a los que esa misma gratuidad estaba llevando a la ruina. La reverencia entre sumisa y beata que despertaban oligarcas omnipotentes como Steve Jobs o Jeff Bezos no era tan llamativa como la agresividad que sufrían, sufríamos,

quienes se atrevían a vindicar no el privilegio de vivir de las artes, sino el derecho, indiscutido en otros ámbitos, de recibir alguna remuneración por trabajos de cuyo mérito se beneficiaban justo aquellos que se negaban a reconocerlos, y a pagarlos. En campos como la música o el periodismo, las consecuencias han sido y son devastadoras. En el gran trastorno de la revolución digital han logrado sobrevivir unos cuantos medios internacionales que ya eran muy poderosos, pero el periodismo regional o local prácticamente ha desaparecido, con consecuencias gravísimas para el pluralismo democrático y el control de los abusos. Plataformas como Spotify han salvado a las grandes discográficas, y ofrecen rentabilidad a las estrellas globales del pop, pero las oportunidades de trabajo para los músicos de estudio, para los artistas minoritarios, y para muchos técnicos de todo tipo, se han reducido al mínimo.

El libro, y el libro de papel además, que hace quince años parecía condenado no solo a la extinción, sino al ridículo, asombrosamente ha sobrevivido. También medios tan poco futuristas en apariencia como la radio y el teatro, dotados, como el libro, de esa resiliencia de lo que es a la vez simple y sofisticado tecnológicamente. Películas atrevidas y verdaderas, hechas con talento y no muchos medios, siguen llegando a las pantallas, aunque menos a las de cine que a las de los televisores, los ordenadores o los teléfonos. Los teóricos del arte llevan mucho tiempo decretando la crisis de los museos y la obsolescencia de la pintura, pero basta una mañana en el Prado o en el Thyssen para constatar la fascinación que sigue despertando el oficio inmemorial de pintar, y la fuente inagotable de prosperidad que siguen siendo Velázquez o Goya. Durante la pandemia reciente, en medio de tantas deslumbrantes posibilidades tecnológicas, resulta que a un número insospechado de personas les dio por pasar el tiempo dedicadas a la lectura, una afición tan antigua como la de mirar cuadros o contar y escuchar cuentos. Los lectores con los que un escritor no podía encontrarse en persona conversaban con él o con ella sobre sus libros a través de Zoom.

Las peores profecías no siempre tienen que cumplirse, aunque las formulen con toda autoridad expertos tramposos. El amor al arte, a las artes, no corre el menor peligro de desaparecer, porque no es un capricho cultural, sino un universal humano, muy anterior a los libros y a los museos, incluso a la escritura. El espíritu sopla donde quiere, y el talento creativo, que es inseparable de la seriedad y la constancia en el trabajo, también es muy incierto, y se puede malograr con facilidad, o no cumplir con sus propias expectativas, o no despertar la atención que merece. A lo más que podemos

aspirar es a condiciones educativas, sociales y hasta jurídicas más favorables que dañinas, a una conciencia verdadera en los poderes públicos del valor estratégico y cívico de la cultura; y también, quizás sobre todo, al sentido de la responsabilidad de las personas que eligen libremente disfrutar de ella, y que por lo tanto la sienten como propia y saben que han de sostenerla, con la misma determinación con la que cada uno de nosotros ha de empeñarse en sostener los valores, los saberes y los tesoros que más le importan, los que hacen que la vida merezca ser vivida.

ANTONIO MUÑOZ MOLINA

ESTUDIOS

Tournez-moi le dos! La protección jurídica de las obras gastronómicas: De Rossini a la esferificación¹

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

PABLO MURUAGA HERRERO
Universitat de València

Resumen

Definir qué es la gastronomía es una tarea realmente complicada, puesto que bajo un concepto aparentemente homogéneo encontramos plúrimas realidades que abarcan desde la cocina hogareña hasta la más absoluta industrialización y mecanización de procesos, con la inclusión también de una serie de creaciones que, abstrayéndose de la función nutritiva, se aproximan

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

al concepto de obra de arte –entendamos lo que entendamos por este–. Ahora bien, a diferencia de cualquiera de las artes tradicionales, como la pintura o la música, el creador gastronómico no encuentra una protección jurídica indubitada para sus obras, permitiendo que impere la inseguridad jurídica en el proceso creativo de los cocineros, quienes, precisamente, para un gran sector de la población han alcanzado la consideración de artistas. El enunciado del problema se presenta de una manera sencilla: estamos ante un arte que carece de instituciones jurídicas que protejan sus resultados. La solución, en cambio, no lo es tanto. Así, ante esta situación se torna indispensable analizar cuál es el instrumento legal que dotaría de una adecuada protección jurídica a las obras gastronómicas en caso de que lo haya.

Palabras clave

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

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. REFLEXIÓN SOBRE LOS TÉRMINOS EMPLEADOS. III. LA OBRA GASTRONÓMICA COMO OBRA DE ARTE. 1. *De las musas de la gastronomía y su discriminación*. 2. *Aproximación histórica*. 3. *La gastronomía como arte*. IV. PROPIEDAD INTELECTUAL. 1. *Notas introductorias*. 2. *Objeto de protección*. 2.1. La dicotomía idea-expresión en la receta. 2.2. La apariencia como objeto de protección. 2.3. El plato como obra artística. 2.4. La creación gastronómica en su conjunto. 3. *Precisión y objetividad*. 4. *Originalidad*. 4.1. Conceptualización. 4.2. No es una mera exposición de hechos. 4.3. ¿Hay recetas creativas? 5. *Las recetas como obras derivadas o compuestas*. 6. *Problemática –gastronómica– de los derechos de autor*. V. LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. 1. *Arte, pero también industria*. 2. *Marcas*. 2.1. Concepto, significado y requisitos. 2.2. Contenido del derecho sobre la marca. 2.3. Marcas tradicionales. 2.4. Marcas no tradicionales. A. Marcas gustativas (y olfativas). B. Marcas tridimensionales (y *trade dress*). 3. *Inventiones industriales*. 3.1. Patentes. A. Concepto, objeto, clases y contenido. B. Exclusiones y excepciones a la patentabilidad. C. Requisitos positivos de patentabilidad. a) Novedad. b) Actividad inventiva. c) Aplicación industrial. 3.2. Modelos de utilidad. A. Concepto, manifestaciones y delimitación. B. Requisitos: Actividad inventiva. 3.3. Estado de la cuestión en relación con la gastronomía. 4. *Diseños industriales*. 4.1. Concepto y clases. 4.2. Contenido. 4.3. Requisitos. A. Novedad. B. Carácter singular. 4.4. Contextualización en el sector gastronómico. VI. SECRETOS EMPRESARIALES. 1. *Ideas previas*. 2. *Concepto y requisitos*. 2.1. Concepto. 2.2. Información o conocimiento de carácter empresarial. 2.3. Carácter secreto de la información o

conocimiento. 2.4. Valor empresarial. 2.5. Medidas razonables para la protección. 2.6. Importancia de la exclusión. 3. *Naturaleza y contenido del secreto empresarial*. 4. *Encuadre gastronómico*. VII. REFLEXIONES FINALES JURÍDICO-GASTRONÓMICAS. VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. IX. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.

Abstract

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

Keywords

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

SUMMARY: I. INTRODUCTION. II. REFLECTION ON THE TERMS USED. III. THE GASTRONOMIC WORK AS A WORK OF ART. 1. *Brief reflections*. 2. *Historical approach*. 3. *Gastronomy as art*. IV. INTELLECTUAL PROPERTY. 1. *Introductory notes*. 2. *Object of protection*. 2.1. The idea-expression dichotomy in the recipe. 2.2. Appearance as an object of protection. 2.3. The dish as a work of art. 2.4. Gastronomic creation as a whole. 3. *Accuracy and objectivity*. 4. *Originality*. 4.1. Conceptualisation. 4.2. It is not a mere statement of facts. 4.3. Are there creative recipes? 5. *Recipes as derivative or composite works*. 6. *The –gastronomic– copyright issue*. V. INDUSTRIAL PROPERTY. 1. *Art, but also industry*. 2. *Trademarks*. 2.1. Concept, meaning and requirements. 2.2. Content of the right to a trademark. 2.3. Traditional trademarks. 2.4. Non-traditional trademarks. A. Taste (and smell) trademarks. B. Three-dimensional trademarks (and trade dress). 3. *Industrial inventions*. 3.1. Patents. A. Concept,

subject matter, classes and content. B. Exclusions and exceptions to patentability. C. Positive requirements for patentability. a) Novelty. b) Inventive step. c) Industrial application. 3.2. Utility models. A. Concept, manifestations and delimitation. B. Requirements: Inventive step. 3.3. State of the art in relation to gastronomy. 4. *Industrial designs*. 4.1. Concept and classes. 4.2. Content. 4.3. Requirements. A. Novelty. B. Singularity. 4.4. Contextualisation in the gastronomic sector. VI. COMPANY SECRETS. 1. *Preliminary ideas*. 2. *Concept and requirements*. 2.1. Concept. 2.2. Information or knowledge of a business nature. 2.3. Secrecy of the information or knowledge. 2.4. Business value. 2.5. Reasonable measures for protection. 2.6. Importance of exclusion. 3. *Nature and content of trade secrets*. 4. *Gastronomic framework*. VII. FINAL LEGAL-GASTRONOMIC REFLECTIONS. VIII. BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES y IX. CASE LAW INDEX.

I. INTRODUCCIÓN

¿Qué tienen en común *La forza del destino*² de Verdi y *La Bohème*³ de Puccini? ¿Qué tienen en común las *Latas de sopa Campbell* de Warhol, la *Vieja friendo huevos* de Velázquez⁴ o *Manzanas y naranjas* de Cézanne? ¿Qué tienen en común la desternillante canción *Buen menú* o la emotiva *Cocidito madrileño*? ¿Qué tienen en común la película *El festín de Babette* de Axel, *Lo que el viento se llevó* de Fleming o *Indiana Jones y el Templo maldito* de Spielberg? ¿Qué tienen en común *Por el camino de Swann*⁵ de Proust, *Ulises*⁶ de Joyce y *Réquiem*⁷ de Tabucchi?

2. Entre otras referencias gastronómicas, el acto IV se abre con una escena en la que Fra Melitone reparte comida entre un grupo de mendigos.
3. Durante el segundo cuadro de la ópera, en la escena del *Café Momus*, tiene lugar uno de los mayores recitales gastronómicos del mundo operístico. Comienza con los vendedores de la calle recitando todos los productos que tienen en venta y, posteriormente, los bohemios, dentro del café, comienzan a pedir lo que desean de cena.
4. M. L. SAFONT MOLINERO, «El arte y la gastronomía», *Cuadernos de Aragón*, n.º 27, 2001, pp. 6-7.
5. M. PROUST, *En busca del tiempo perdido: Por el camino de Swann*, Alianza Editorial, Madrid, 2021, p. 65: «Mandó mi madre por uno de esos bollos, cortos y abultados, que llaman magdalenas [...], me llevé a los labios una cucharada de té en el que había echado un trozo de magdalena».
6. Así comienza el cuarto capítulo: «A Mr. Leopold Bloom le gustaba saborear los órganos internos de reses y aves. Le gustaba la sopa de menudillos espesa, las mollejas que saben a nuez, el corazón asado relleno, los filetes de hígado empanados, las huevas de bacalao fritas». J. JOYCE, *Ulises*, Cátedra, Madrid, 2013, p. 61.
7. Tras encontrar a la sombra de Fernando Pessoa, el protagonista y ella acuden a un restaurante en el que se deleitan con un menú en el que la poesía es el gran alimento. Vid. A. TABUCCHI, *Réquiem*, Anagrama, Madrid, 2006, *in fine*.

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

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

La situación actual de olvido de la gastronomía –intencionado o no– hunde sus raíces siglos atrás¹⁰, cuando los cocineros no eran considerados artistas –aunque actualmente tal consideración, como se verá, no es pacífica– y sus quehaceres consistían únicamente en la reiteración o repetición de unos pasos previamente establecidos¹¹. Tradicionalmente, la gastronomía no ha sido considerada por la sociedad como un elemento de importancia cultural, sino únicamente de supervivencia o, en su caso, como algo limitado a la alta sociedad, que podía *comer* por placer y no por necesidad¹².

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

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

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

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

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

Pero esto ha comenzado a cambiar, realizándose esfuerzos encomiables por atribuir a la gastronomía el lugar que debiera meritarse culturalmente¹³. A ello ha contribuido el enorme peso económico que representa la gastronomía en nuestro país. En el 2018, englobando desde la industria agroalimentaria hasta los servicios de restauración, suponía un 33,00 % del PIB español y el 18,00 % de los empleos españoles, a lo que podríamos añadir que actualmente el 15,00 % de los turistas declaran que acuden a España por motivos gastronómicos, pues ha conseguido situar ciertas localidades como mecas gastronómicas¹⁴.

En el año 2019, la gastronomía consiguió alzarse como el campo cultural mejor valorado por los españoles, con una nota media de 8,42 puntos¹⁵. A ello, claro está, ha contribuido, que se haya decidido en España que los cocineros son merecedores de la *Medalla al Mérito en las Bellas Artes*, un galardón que han recibido María José San Román Pérez, Quique Dacosta, Martín Berasategui, Ángel León, José Andrés, Pedro Subijana, Juan Mari Arzak, Carme Ruscalleda y Ferrán Adrià¹⁶ –aunque falten otros tantos con méritos más que suficientes como para recibirlo¹⁷–. A ello se debe añadir que en el 2015 recibió esa medalla el restaurante El Celler de Can Roca,

-
13. En países como Francia o Italia, la gastronomía es una «auténtica cuestión de Estado», erigiéndose en uno de los pilares fundamentales de su cultura, gracias tanto a agentes privados como a públicos.
 14. KPMG: *La gastronomía en la economía española*, KPMG, Madrid, 2019, pp. 16 y 53; San Sebastián con la tríada de Arzak, Akelarre y Berasategui Lasarte; Barcelona con Disfrutar o los varios restaurantes de Albert Adrià; la provincia de Girona con El Celler de Can Roca, El Motel o el extinto elBulli; o los denominados por Beneyto y Mateos como *Templos del producto*: desde D'Berto en O Grove, a Ca L'Enric en La Vall de Bianya, pasando por El Faralló en Denia: B. BENEYTO 'MATOSES' y C. MATEOS 'MR. ESPETO', *Templos del producto: los últimos bastiones del producto extremo*, Planeta Gastro, Barcelona, 2018.
 15. FUNDACIÓN CONTEMPORÁNEA: *Lo mejor de la cultura 2019*, Fundación Contemporánea, Madrid, 2020, p. 9. A más de un punto de distancia de la literatura o a dos puntos de la música clásica.
 16. En el mismo sentido se pronuncia S. ROBERT GUILLÉN, *Alta cocina y derechos de autor*, Reus, Madrid, 2017, p. 29.
 17. Piénsese, por ejemplo, solamente entre los cocineros actuales, en Oriol Castro, Eduard Xatruch y Mateu Casañas, en Eneko Atxa, en Andoni Luis Aduriz, en Ricard Camarena, en Albert Adrià, en Bittor Arginzoniz, en Aitor Arregi, en Paco Morales, en la familia Morán, en Toño Pérez, en Sacha Hormaechea, en Juanjo López, en Jesús Sánchez, en Ramón Freixa, en los Hermanos Sandoval, en Paco Roncero, en Diego Guerrero, en Iván Cerdeño, en Francis Paniego, en Fina Puigdevall, en Benito Gómez, en Javier Olleros, en Jordi Vilà, en Pedro Sánchez...

como institución y no a sus cocineros en particular¹⁸, aunque también la merecerían. No obstante, a la sociedad le sigue costando reconocer en un restaurante una institución cultural¹⁹ o aceptar, reconocer y comprender el precio que pueden alcanzar ciertos restaurantes²⁰.

Pero no solo es la sociedad o la cultura quienes tienen deudas pendientes con la gastronomía, pues el derecho ha seguido sus pasos y uno llega a plantearse ¿qué ha sucedido para que la ciencia jurídica *le dé la espalda* –en francés, *tourne le dos*– a la gastronomía y no le preste la atención que merita? Rectifico. El derecho no ha desatendido sus obligaciones para con la cocina, sino que se ha centrado en uno de los frentes que tiene abiertos, el derecho agroalimentario²¹. Empero, aunque podemos contar con algún conato, el derecho ha obviado el estudio y tratamiento del otro gran pilar jurídico de la gastronomía: la protección de sus obras o, dicho de otro modo, el reconocimiento del cocinero como creador con los derechos que ello conlleva.

De un tiempo a esta parte, desde el ámbito jurídico se han alzado ciertas voces que reclaman una actitud activa y positiva del legislador en esta materia²². Se reclama que se establezca un sistema de protección suficiente

-
18. De este modo se rompió una cierta contradicción existente, puesto que de manera general se admitía que la gastronomía se codeara como categoría con la literatura o el cine, pero los restaurantes no tenían altura cultural para estar junto con museos o teatros. Con la medalla a El Celler de Can Roca, se consiguió situar a un restaurante a un mismo nivel cultural que, por ejemplo, el Gran Teatre del Liceu –la recibió en 1984– o del Museo Guggenheim –la recibió en 1998–.
 19. FUNDACIÓN CONTEMPORÁNEA, *Lo mejor de la cultura...*, op. cit., p. 10. No situamos ningún restaurante entre las instituciones culturales más importantes de España.
 20. Solo hay que recordar los ríos de tinta que corrieron cuando el restaurante DiverXO decidió subir sus precios, mientras que nadie se cuestiona los precios de un Ferrari, un traje de Dior o las entradas a un partido del Real Madrid. Entre otros muchos, E. BARRIOS MANZANO, «Sánchez Dragó, contra Dabiz Muñoz: ‘Nunca antes había comido tantas bullipolleces’», *ABC*, 9 de diciembre de 2021.
 21. B. BUGALLO MONTAÑO, «Creaciones gastronómicas y su protección legal, con especial referencia a la propiedad intelectual», *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n.º 38, 2020, p. 24: aquel que «se ocupa de los ingredientes como productos de consumo, mediante una serie de disposiciones legales y reglamentarias, tanto como de controles bromatológicos, de etiquetado y de protección al consumidor contra el fraude alimentario».
 22. R. ANSÓN OLIART y J. CREMADES GARCÍA, «Prólogo», en *Derecho y gastronomía* (dir. R. Ansón Oliart y J. Cremades García), Dykinson, Madrid, 2019, p. 18. En Francia, en abril de 2019, se presentó la *Proposition de Loi relative à la protection des recettes et créations culinaires*, en la que planteaban la creación del Instituto Nacional de Creaciones Culinarias Certificadas que haría las funciones de un registro, otorgando derechos de exclusiva sobre la creación culinaria por un periodo de 20 años. Así, se establece que

y adecuado que permita la defensa y protección de las obras gastronómicas frente a posibles inmisiones de terceros que puedan terminar dañando los derechos que debieran derivarse de su naturaleza y que implican que las obras gastronómicas se desmeriten. Es decir, se pide que exista un sistema no privilegiado, sino justo y derecho, que dote a las creaciones gastronómicas de una cierta seguridad jurídica frente al plagio, al robo o a la imitación²³. Tan simple y complejo al mismo tiempo: que la obra culinaria o gastronómica reciba el mismo trato que cualquier fruto de cualquiera de las artes o ciencias.

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

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

la creación gastronómica debe ser nueva, implicar actividad creativa y presentar un carácter gustativo específico. En la exposición de motivos se afirma: «*Aunque la ley se ocupa de cada producto, no se ocupa de su alianza. Este vacío legislativo supone un verdadero problema para todos los profesionales, tanto para los cocineros, que no pueden ver protegidas sus creaciones culinarias, como para los restauradores, que pueden enfrentarse a una competencia desleal, pero también para los clientes, que no tienen ninguna garantía de la naturaleza y la calidad del plato que tienen delante, sobre todo en las zonas turísticas*» [Traducción propia].

23. Vid. M. AYUSO REJAS, «Los cocineros se copian impunemente los platos, pero nadie se atreve a denunciarlo en público», *Directo al Paladar*, disponible en <https://www.directopaladar.com> [consultado el 24 de septiembre de 2022].
24. L. TOLSTÓI, *¿Qué es el arte?*, Maxtor, Barcelona, 2012, p. 237.

serie de aseveraciones que a lo largo de la historia se han vertido sobre la concepción del arte.

Taine indicó que para entender una obra de arte es necesario estudiar cuál es el entorno temporal y geográfico en el que se crea esta²⁵, siendo forzoso extrapolarlo a la consideración misma de qué es el arte, pues es hija de su tiempo y por ello necesitamos comprender cuál es el estadio social y cultural actual para poder desarrollar la idea de si la gastronomía es un arte o no lo es. Y ya respondemos por adelantado todas estas cuestiones: la gastronomía debe ser considerada un arte único e independiente. Todo ello esconde, en realidad, una cuestión más simple en apariencia, pero más compleja: ¿por qué tratamos de modo diferente a la gastronomía en comparación, por ejemplo, con la literatura o la música?

En torno al concepto de arte se ha afirmado que el arte es belleza²⁶ y, sin entrar a analizar qué es la belleza o si se puede definir objetivamente, debemos cuestionarnos si en la gastronomía no hay belleza. Aumentemos la apuesta: «¿Se puede cocinar la belleza?»²⁷. Eso, al menos, es lo que se pregunta el chef Quique Dacosta, quien en 2022 ha presentado un menú llamado *Cocinar Belleza*. ¿Su *Bosque animado*, sus *Flores raras*, su *Rodaja de tomate* o su *Flor de almendro* representan la belleza? ¿Alguien puede negar la belleza de los platos del chef Rasmus Kofoed?²⁸ Oyendo al extremo opuesto, aceptamos que «La Carroña» de Baudelaire es una obra de arte, donde la belleza reside en lo crudo, en la fealdad. ¿Y si afirmamos que eso es arte podríamos afirmar lo contrario de la cocina ideada por Andoni Luis Aduriz en su restaurante Mugaritz, a pesar de que lleve al comensal a lugares inimaginables a través de la provocación en platos como *Pan Azul* o *Utopía: ternera roquefort*? ¿Se negará que es arte lo que realiza Rasmus Munk en su restaurante The Alchemist en Copenhague, a pesar de que nos presente una serie de platos que pueden desagradar visualmente a la gran mayoría de comensales?²⁹.

Se afirma también que el arte tiene como fundamentos la originalidad y la creatividad. Si observamos la línea temporal de cualquiera de las discipli-

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

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

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

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

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

nas artísticas veremos la importancia de estos dos elementos en la evolución del arte. No obstante, estos términos no deben implicar la ausencia total de influencias, pues tanto una como otra se pueden desarrollar partiendo de modelos o influencias anteriores que permiten la creación de una obra artística totalmente original y creativa³⁰.

Ahora bien, ¿en la gastronomía no hay creatividad y originalidad? Los hermanos Adrià desarrollaron algunas de las técnicas culinarias más importantes de la historia, rompiendo con todos los movimientos anteriores para erigir la creatividad como el estandarte de *elBulli*³¹. ¿Su creatividad no es digna de encomio? A Arzak, padre de la *Nueva Cocina Vasca*, le debemos platos memorables de nuestra gastronomía –replicados en restaurantes de todo el globo– como es el *Pudín de Kabrarroka* de 1971 o la *Merluza en Salsa Verde* de 1985³². ¿Es su creatividad inferior, por ejemplo, a la de Manuel de Falla? O ¿sus platos demuestran una menor personalidad o sensibilidad que las obras de otros artistas? ¿O todos los avances que ha realizado *El chef del mar*, Ángel León, son inferiores en términos de creatividad u originalidad que los de otro artista?³³ Y todo lo expresado es aplicable a los cocineros de otros países. ¿Alguien podría cuestionar la creatividad de José Avillez en su mítico Belcanto de Lisboa? ¿O la originalidad de Virgilio Martínez con su menú de altitudes en Central de Lima? ¿O la *revisitación* culinaria a Colombia a través de Leonor Espinosa en Leo de Bogotá?

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

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

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

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

La consideración de la gastronomía como arte conlleva necesariamente que entendamos que el cocinero es un autor³⁴, pero también supondrá que surjan en torno a ella una serie de conceptos negativos que pueden dañarla: el plagio, la apropiación, infracciones varias... Y, ante esas posibles consecuencias, es necesario plantearse de qué modo podrá defenderse el creador de la obra gastronómica y, en definitiva, cómo podrá proteger su creación, porque podemos afirmar que actualmente la creación culinaria no encuentra en el ordenamiento jurídico una protección adecuada. Pero los conflictos culinarios no son algo nuevo, sino que se han dado a lo largo de toda la historia³⁵.

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

El mayor reto que plantea su inclusión como objeto de los derechos de autor es el análisis de la originalidad. ¿Cuándo una obra culinaria es original? ¿Hasta qué punto influye la técnica a la hora de establecer la originalidad? ¿Se podría separar la técnica del resultado?³⁶ ¿Cómo se conjuga la

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

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

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

originalidad con la tradición culinaria? ¿El hecho de añadir un ingrediente determina que sea original? Por ejemplo, ¿alguien puede considerar el tradicional gazpacho andaluz como original? Pero si al gazpacho le añadimos cerezas o remolacha, como hizo Dani García, ¿sería un plato original? ¿La mezcla de unos ingredientes nunca mezclados es suficiente para determinar la originalidad de una creación gastronómica?

No obstante, en la práctica, se plantean otros retos, no de menor importancia. ¿Cómo se determina quién es el autor de una obra gastronómica ‘consagrada’ cuando varios discuten sobre su autoría? ¿O debemos asumir que hay una serie de obras que forman parte del dominio público y, por lo tanto, nadie puede reclamar la autoría?³⁷ ¿Cualquier variación en la obra gastronómica determinaría que estamos ante una obra derivada que requerirá la autorización de su autor? ¿Es la celeberrima *aceituna verde esferificada*³⁸ de los hermanos Adrià una derivación de la patente de 1946 de William Peschardt³⁹? ¿Es el *signature dish* de Gaggan Anand, *yogurt explosion*, una derivación de la obra de los Adrià por utilizar la técnica de la esferificación aprendida durante su etapa en el Bulli? ¿Para poder explotarlo se requeriría el consentimiento previo de los hermanos Adrià? ¿El cambio del ingrediente principal es suficiente para entender que estamos ante obras distintas, no derivadas?

¿Qué papel juega la influencia en la gastronomía? En pintura la influencia artística de un pintor en otro es muchas veces paladina⁴⁰ y se admite que no estamos ante obras derivadas. Por ejemplo, si observamos la producción artística de Pablo Picasso podremos apreciar las notables influencias –o robos como él afirmaba⁴¹– de otros artistas, como son su serie sobre las *Meninas* de Velázquez, la de las *Odaliscas* de Ingres o la de las *Mujeres de Argel* de Delacroix. Por tanto, ¿de qué modo se puede conjugar esa influencia, admitida y aceptada en la pintura –y en todas las artes–, con la originalidad y la creatividad en la gastronomía? Pero, más allá de eso, ¿sirve la propiedad intelectual para proteger toda obra gastronómica o solo alguna de ellas?

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

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

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

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

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

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

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

En tercer lugar, debemos plantearnos qué lugar juegan los secretos empresariales en el arte gastronómico, puesto que los cocineros no solo son artistas, sino también empresarios, y todo restaurante es una empresa⁴³.

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

43. Por ello, durante mucho tiempo los grandes cocineros abrieran otros restaurantes, denominados *segundas casas*, para que con las ganancias de estos se rentabilizara su taller-restaurante principal. En realidad, como todo artista: piensen en los protagonistas

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

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

Cuentan que el origen del nombre del conocido plato *Tournedos Rossini* se encuentra en el hecho de que Gioachino Rossini reclamó que se cocinara la receta en el comedor del restaurante y, ante la negativa de los cocineros,

de *La Bohème* de Puccini o de *Un americano en París* de Minnelli. Todos ellos, artistas, buscan una forma de rentabilizar su arte o de obtener ingresos suficientes para vivir.

44. En la actualidad tienen un papel de gran importancia y fundamental, destacando, entre otros, los españoles *Madrid Fusión* o *San Sebastián Gastronomika*, el japonés *Foodex Japan*, los italianos *Buonissima Torino* o *Identità Golose Milano* o el francés *Omnivore*. En todos ellos –y en otros cientos que pueblan los calendarios gastronómicos– los mejores chefs del planeta comparten con compañeros y prensa gastronómica sus experiencias y, sobre todo, sus innovaciones.
45. M. FERNÁNDEZ GUADAÑO, «Sobre los becarios de la alta cocina», *Gastroeconomy*, disponible en <https://www.gastroeconomy.com> [consultado el 27 de agosto de 2022]. Añade: «Que alguien pregunte a Andoni Luis Aduriz cómo de diferente hubiera sido su vida profesional si no hubiera pasado por el Bulli».

el compositor italiano les exclamó «*Eh bien, faites-le tourner de l'autre côté, tournez-moi le dos!*»⁴⁶ De este modo, *dando la espalda* al comensal –una forma de expresar literariamente los secretos empresariales– se guardó –no por mucho tiempo, la verdad sea dicha– la receta de este mítico plato de la gastronomía francesa. ¿Pero pueden servir los secretos empresariales para proteger toda posible receta? ¿Son más ventajosos para la protección de la gastronomía que la propiedad industrial o los derechos de autor? ¿Son insuficientes estas tres instituciones? ¿Deben servir todas ellas para todo tipo de creaciones? ¿Se requiere la creación de una nueva figura? ¿O ante la heterogeneidad de las diversas situaciones habrá que buscar no la mejor protección, sino la que pueda servir de aplicación al mayor número posible de obras gastronómicas?

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

II. REFLEXIÓN SOBRE LOS TÉRMINOS EMPLEADOS

Gastronomía proviene del griego, de la unión de *gastros* ‘estómago’, y *gnomos* ‘conocimiento o gobierno’, si bien nunca tuvo un uso extendido⁴⁷, hasta 1801, año en el que se publicó el poema *La Gastronomie, ou l'homme des champs à table* de Berchoux, momento a partir del cual comenzó a utilizarse en Francia hasta desbancar al término *cocina* y se extendió por todo el mundo, a pesar de tener una definición poco clara⁴⁸. Así, a lo largo de las páginas anteriores se habrá observado que se han utilizado de manera indistinta los

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

47. Sin tener constancia exacta y conocido por fuentes posteriores, en el siglo IV el poeta Arquélato de Gela compuso un poema titulado «Gastronomía»: B. BUGALLO MONTAÑO, «Creaciones gastronómicas...», *op. cit.*, p. 15.

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

términos *arte, obra y creación gastronómica y culinaria*. Define el *Diccionario de la lengua española* de la RAE el término *gastronomía* en su acepción primera como el ‘arte de preparar una buena comida’, mientras que en la acepción tercera del vocablo *cocina* se define como el ‘arte o manera especial de guisar de cada país y de cada cocinero’. A pesar de que algunos autores, como Robert Guillén, hayan optado por diferenciar las obras gastronómicas de las culinarias, considerando que las primeras serían el género y las segundas, una de sus especies, considero que, a los efectos de este trabajo, ambas terminologías representan a la perfección cuál es el objeto de nuestra preocupación: el resultado de la «selección, preparación y presentación de los alimentos, fijada en cualquier medio de expresión tangible, ya sea en la forma sensible característica perceptible por todos los sentidos, comestible, o cuando es presentada bajo una forma representativa, como lo es su transcripción en una receta»⁴⁹. Así, utilizaremos ambos términos como sinónimos⁵⁰.

No obstante, la definición realizada por el autor mencionado es encomiable por resumir de manera tan breve un concepto tan etéreo como es la obra gastronómica –según él, culinaria–. Además, en la definición planteada se incluyen dos formas distintas de representar una misma obra. Por un lado, la denominada *forma representativa* que sería aquella construcción *cuasiliteraria* que permitiría plasmar mediante el lenguaje escrito o verbal los ingredientes y pasos necesarios para desarrollar la creación gastronómica, es decir, la receta de lo que se ha cocinado⁵¹. Y, por otro lado, la *forma sensible característica*, que sería «la expresión definitiva de la obra, efímera y destinada a su degustación»⁵², es decir, en un lenguaje coloquial, el *plato*

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

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

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

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

que el cocinero presenta al comensal y que este podrá apreciar por todos los sentidos.

Esa doble representación aporta una gran practicidad, aunque no simplifica la problemática existente. Empero sí que facilita ver la interrelación existente entre la gastronomía y las representaciones de las demás obras artísticas o inventivas⁵³. Así, es importante tener presente que trataremos de una manera conjunta –aunque con matizaciones– las dos representaciones principales de las obras gastronómicas: el *plato* y la *receta*. Por *plato* entenderemos «el producto de la aplicación de operaciones y procedimientos a diversos alimentos llamados ingredientes de la receta»⁵⁴, es decir, el resultado de aplicar a una serie de ingredientes una serie de técnicas y un determinado emplatado; mientras que por *receta* entenderemos la descripción detallada de todos y cada uno de los elementos que intervengan en ella y que permitan su apreciación como obra de arte total, es decir, tanto gustativa, olfativa, visual, táctil y auditivamente⁵⁵.

No se debe olvidar tampoco la importancia de las técnicas en la gastronomía. De este modo, se podría cuestionar si una técnica es una obra gastronómica, es decir, si, por ejemplo, el cocinado con ‘sal viva’ de Ángel León puede encontrarse comprendido dentro de la denominación obra gastronómica. En suma: ¿puede considerarse la técnica como lo principal y la suma de ingredientes como lo secundario?⁵⁶. Aunque ello pueda ser controvertido, considero que en la gastronomía la técnica juega un papel de tal importancia

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

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

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

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

que puede tener entidad propia como obra. Y sé que será rebatible, pero entiendo que la significación de ciertas técnicas –no todas– puede implicar que los ingredientes empleados pasen a un segundo o tercer plano y que lo que realmente tenga valor no sea el *plato*, sino la técnica investigada, descubierta o empleada para conseguir el mencionado *plato*.

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

III. LA OBRA GASTRONÓMICA COMO OBRA DE ARTE

1. DE LAS MUSAS DE LA GASTRONOMÍA Y SU DISCRIMINACIÓN

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

Gombrich afirmó que «*no existe, realmente, el Arte. Tan solo hay artistas*»⁵⁸ y quizá sea una apreciación acertada porque a lo largo de la historia se le ha intentado poner límites sin haber llegado a una conclusión, sin haberse acercado tan siquiera a un concepto que sea compartido por la gran mayoría⁵⁹.

57. J. A. BRILLAT-SAVARIN, *Fisiología...*, op. cit., p. 237.

58. E. GOMBRICH, *Historia del arte*, Diana, Ciudad de México, 1995, p. 15.

59. S. LONGAN PHILLIPS, «Sobre la definición del arte y otras disquisiciones», *Revista Comunicación*, n.º 1, 2011, p. 76: «por cada intento que se hace, aparece una gran cantidad de proposiciones en contra, ya que las definiciones siempre dejan algo por fuera». Con todo, consideramos que la definición aportada por Tatarkiewicz resumió con bastante exactitud

Al final, se trata de un término indefinido y, sobre todo, *vivo*, influenciado por el contexto histórico, social o cultural en el que se intenta definir. Por tanto, la cuestión no es definir el arte, sino plantearse por qué razón nadie duda en incluir la poesía o la arquitectura como arte y sí que se duda respecto de que la gastronomía sea incluida. Con todo, durante las próximas páginas se tratará, por tanto, de realizar una aproximación no exhaustiva –pues no es la materia que nos concierne, ni de la que somos expertos– a la concepción del arte a lo largo de la historia, para posteriormente concretar dichas concepciones en la gastronomía.

2. APROXIMACIÓN HISTÓRICA

Se afirma que la primera teoría relacionada con el arte fue desarrollada por Platón al tratar de responder «¿qué es la belleza?», quien nos mostró en sus diálogos una de las primeras reflexiones sobre esta y el arte. En *Hippias Mayor*, Platón presenta tres posibles definiciones de lo bello, exponiéndolas, refutándolas y llegando a la conclusión de que «*las cosas bellas son difíciles*». De sus tres definiciones, una ha tenido una notable influencia a lo largo de la historia: lo bello es lo que produce satisfacción a través de la apreciación por el oído y la vista⁶⁰; definición que fue asumida por Aristóteles, quien, a su vez, defendió una jerarquización de los sentidos que ha trascendido a lo largo de la historia: la vista y el oído frente al tacto, olfato y gusto⁶¹.

Ello ha llegado de un modo u otro hasta nuestros días. Se ha afirmado que el tacto, el olfato y el gusto son sentidos que no son capaces de apreciar el arte, entre otras razones porque se considera que el gusto no es útil, pues únicamente tiene como objetivo la búsqueda de placer⁶². También se ha apuntado que epistemológicamente la vista y el oído son sentidos

la concepción actual del arte. Vid. W. TATARKIEWICZ, *Historia de seis ideas*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 67. No obstante, su definición debería actualizarse a la vista de las innovaciones en inteligencia artificial: P. CASTRO SILVEIRA, «Arte (FICIAL): Obras criadas por Inteligência Artificial e os seus impactos no conceito de obra de arte e de direitos de autor», en *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2021 [E-book], disponible en <https://www.proview.thomsonreuters.es> [consultado 20 de octubre de 2022].

60. PLATÓN, «Hippias Mayor», en *Obras completas*, Tomo II, Medina y Navarro, 1872, pp. 101-147, disponible en <https://www.bibliotecadigital.jcyl.es> [consultado el 27 de septiembre de 2022]. Recogía el sentir de algunos autores presocráticos.

61. ARISTÓTELES, *Del sentido y lo sensible*, Aguilar, Madrid, 1980, p. 17, disponible en <https://www.recursosbiblio.url.ed.gt> [consultado el 27 de septiembre de 2022].

62. C. KORSMEYER, *El sentido del gusto: Comida, estética y filosofía*, Planeta, Barcelona, 2002, pp. 27-62.

superiores al ser capaces de representar el mundo de manera objetiva y desde la distancia, mientras que los otros tres sentidos son incapaces de objetivar lo que captan, al necesitar en todo caso una proximidad al objeto para poder apreciarlo⁶³.

No obstante, el concepto de ‘arte’ tal y como lo conocemos es posterior. Cuando se hablaba de arte se referían a una «destreza [...] que] se basa en el conocimiento de unas reglas, y por tanto no existía ningún tipo de arte sin reglas, sin preceptos»⁶⁴, concepción que continuó usándose durante la Edad Media, de ahí que la gran mayoría de los gremios fueran considerados artistas al ser poseedores de un saber hacer. La concepción actual del arte nació posteriormente entre los siglos XVII y XVIII, en lo que Shiner ha denominado «la invención del arte»⁶⁵, cuando dejó de significar destreza y se empezó a distinguir entre las bellas artes y las artes menores, mecánicas o aplicadas, pues en estas no importaba la originalidad, sino que seguía siendo expresión de una destreza técnica, de un trabajo manual, no intelectual. Poco a poco el término arte fue siendo utilizado exclusivamente para las denominadas bellas artes⁶⁶, mientras que las artes menores pasaron a ser denominadas artesanía, con un menor prestigio –aunque, todo sea dicho, de un modo injusto–.

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

63. J. A. BROUSSARD, «An Intellectual Property Food Fight: Why Copyright Law should embrace culinary innovation», *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, n.º 3, 2008, pp. 720-721.

64. W. TATARKIEWICZ, *Historia de seis ideas*, op. cit., p. 39.

65. L. SHINER, *La invención del arte*, Paidós, Barcelona, 2004, pp. 67-107.

66. Este término había comenzado a utilizarse ya en el siglo XVII para referirse a las artes visuales, cuyas obras era únicas e irrepetibles, frente a las obras artesanas, destinadas a ser repetidas constantemente: M. C. TORRE MARINA, «¿Es la gastronomía un arte?», *Hospitalidad ESDAI*, n.º 12, 2007, p. 114.

67. R. DE LA CALLE, «Reseña de *Las bellas artes reducidas a un principio único*», *Sonda*, n.º 7, 2018, p. 368.

consideró que formaba junto con la elocuencia un estadio intermedio entre las bellas artes y las artes menores⁶⁸.

La concepción de las bellas artes se vio influenciada por la estética, hecho diferenciador del hombre respecto de los demás animales, examinando los principios que proporcionan las percepciones sensibles, cuyas teorías marcaron el devenir del arte. En primer lugar, Kant en *La crítica del juicio*⁶⁹ consideró que el placer estético hacia un objeto no debía basarse en nuestro deseo por dicho objeto, sino que debía ser un placer desinteresado, pues si había interés en el propio objeto ya no podría ser considerado como bello. En segundo lugar, Hegel en *Lecciones de Estética*⁷⁰ defendió que el arte debe ser inmarcesible en el sentido literal de la palabra y que con su uso o consumo no pueda desaparecer, porque las obras de arte deben ser intemporales.

Pero en el siglo XIX la concepción teórica del arte vivió un cambio que produjo la independencia de la belleza, por lo que las bellas artes ya no podían ser descritas o apreciadas únicamente por su componente estético o bello, sino que para determinar si se estaba ante arte se debía ponderar, también, la originalidad, la creatividad expresada para representar el objeto o la experiencia y soltura que el artista tuviera a la hora de ejecutar la obra⁷¹. Posteriormente, a través de la obra de James, Dewey y Pierce se produjo otro gran avance en la concepción estética del arte, al sustituir el concepto de obra de arte por el de 'experiencia estética'⁷², a la postre 'experiencia artística', en la que el receptor de la obra artística debe sumergirse en ella, aislándose de la realidad en la que vive y valorando únicamente las reacciones somáticas que le produzca la obra en cuestión.

La evolución del arte o de su concepción teórica no se detuvo, sino que durante el siglo XX y el actual se ha continuado trabajando en esa complicada

-
68. Tal fue su influencia que en el año 1762 el *Dictionnaire de l'Académie Française* describía el término artista como «aquel que trabaja en un arte donde el genio y la mano deben concurrir», mientras que para definir al artesano utilizaba las siguientes palabras «obrero de un arte mecánico». Disponible en: <https://www.gallica.bnf.fr> [Traducción propia] [consultado el 10 de junio de 2022].
 69. I. KANT, *Crítica del juicio*, Librerías de Francisco Iruviedra, Madrid, 1876, pp. 39-46, disponible en <https://www.cervantesvirtual.com> [consultado el 15 de junio de 2022].
 70. G. W. F. HEGEL, *Lecciones de estética*, Ediciones 62, Barcelona, 1989, pp. 34 y ss.
 71. S. SIPAHI y H. YILMAZ, «An evaluation on the relation between Gastronomy and Art: The case of Ferran Adria», *New Trends and Issues Proceedings on Humanities and Social Sciences*, n.º 11, 2017, p. 330.
 72. R. SHUSTERMAN, «The End of Aesthetic Experience», *The Journal of Aesthetics and Art Criticism*, n.º 1, 1997, pp. 39 y 40.

tarea de conceptualizar lo que es el arte. Precisamente, en el siglo XX, la filosofía trató de manera incisiva la definición de arte, pudiendo destacar, no con ánimo exhaustivo, entre otras, la teoría histórica de Levinson, las aportaciones doctrinales de Danto, la teoría institucionalista de Dickie o la teoría antropológica de Lévi-Strauss. Fruto de estas teorías se fue ampliando el concepto de arte hasta llegar a nuestra situación actual, en el que aceptamos como arte, por ejemplo, el cine⁷³ o los diseños de moda y, por qué no, la gastronomía.

3. LA GASTRONOMÍA COMO ARTE

Encontrar una definición correcta y que englobe todas las posibles artes es altamente complicado y excede de nuestras capacidades. Pero ello no debe ser óbice para intentar descifrar si podemos incluir a la gastronomía entre ellas. En este epígrafe se ha comenzado recordando la jerarquización de los sentidos desarrollada en la antigüedad, cuyas razones son morales o religiosas, pero no objetivas, ni tan siquiera epistemológicas⁷⁴. Pero, más allá de ello, el gusto no debe ser excluido del mundo del arte, pues «los sabores pueden armonizarse para crear una experiencia que pueda calificarse de deliciosa, además de lúdica, novedosa y significativa»⁷⁵. En definitiva, como expresó Tolstói: «No se negará, sin embargo, que sea una producción estética la que el cocinero consigue hacer, cuando convierte el cuerpo de un animal muerto en objeto de placer para el hombre»⁷⁶.

73. El cine es conocido como el *séptimo arte*, gracias a la obra de Riccioto Canuto quien consideró que el cine debía ser considerado como tal, al ser una síntesis de todas las demás artes.

74. V. gr., se entendía que era el sentido por el que se entraba en contacto con los placeres menos dignos: L. S. MEJÍA LÓPEZ, R. HERNÁNDEZ LÓPEZ y S. E. MEJÍA CASTILLO, «Cocina y arte: la doble significación de la gastronomía», *Revista Culinaria*, n.º 6, 2013, p. 17. V. gr., se ha afirmado que la utilidad de la vista o del oído es superior a la del gusto, más esto ha sido, por lo menos, matizado con las investigaciones científicas acerca de los *acquired taste* y de las razones por las que los humanos rechazan, en principio, lo amargo, lo ácido o lo picante, puesto que en la naturaleza la gran mayoría de venenos presentan notas de estos sabores por lo que el ser humano, durante la evolución, ha ido mostrando un rechazo natural hacia aquellos sabores relacionados con los venenos o con lo perjudicial. Así, es el gusto quien avisa, por ejemplo, del sabor amargo de una almendra. Respecto de las epistemológicas: la capacidad de objetivar de la vista y el oído se ha puesto en entredicho en multitud de ocasiones, recuerden, v. gr., la imagen del vestido que se volvió viral acerca de si era azul o beige.

75. S. PEMBERTON, «Protecting your culinary creation and eating it too: An exploration into how Australian copyright law can and should expand its menu to embrace culinary works», *The University of Western Australia Law Review*, n.º 2, 2017, p. 176.

76. L. TOLSTÓI, *¿Qué es el arte?*, op. cit., p. 19.

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

Así, no se pretendía desmeritar la gastronomía como arte, sino que está utilizando una terminología totalmente diferente a la actual. A pesar de ello, la cocina no estuvo bien vista durante gran parte de la antigüedad occidental⁷⁸, hasta que con la expansión del Imperio Romano las influencias orientales permitieron que la cocina fuese apreciada y se comenzase a hablar de arte culinario⁷⁹, terminología que se extendió durante la Edad Media, a través de libros como el *Liber de arte coquinaria* del siglo XV. Y, aunque la concepción del arte seguía siendo la de entenderlo como destreza, la sociedad comenzó a ver en la cocina una destreza y no una simple actividad de supervivencia.

Ya en la Edad Moderna, la gastronomía fue elevando su estatus, gracias, sobre todo, a las casas nobiliarias centroeuropeas que contaban con cocineros que buscaban ciertas innovaciones en sus creaciones para agradar y sorprender⁸⁰. Ahora bien, con la imposición cultural de las bellas artes, la gastronomía se vio relegada a la categoría de arte menor, a pesar del renombre de ciertos cocineros. No obstante, se ha de destacar que hubo voces que consideraron que la gastronomía era una de las bellas artes, como es la

77. PLATÓN: «Gorgias», en *Obras completas*, Tomo V, Medina y Navarro, 1872, p. 236, disponible en <https://www.bibliotecadigital.jcyl.es> [consultado el 27 de septiembre de 2022].

78. V. gr., CICERÓN, *Los deberes*, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 2004, p. 75: «Los artesanos se dedican todos a tareas viles, pues un taller no puede contener nada liberal. No hay que aprobar las tareas que están al servicio del placer, pescaderos, carniceros, cocineros, polleros, pescadores».

79. TITO LIVIO, «Libro XXXIX», en *Historia de Roma desde su fundación*, p. 216, disponible en <https://www.historicodigital.com> [consultado el 7 de julio de 2022]. La primera obra donde apareció el término fue en el *Banquete de los eruditos* de Ateneo de Náucratis.

80. J. DEJEAN, *La esencia del estilo. Historia de la moda y el lujo contemporáneo*, Nerea, San Sebastián, 2013, p. 101; J. CSERGO, «L'art culinaire ou l'insaisissable beauté d'un art qui se dérobe», *Sociétés & Représentations*, n.º 34, 2012, p. 13. Entre Orts: François Pierre de la Varenne, que escribió la obra *Le cuisinier françois*, considerada la primera muestra de alta cocina, François Massialot, que publicó *Le cuisinier roial et bourgeois*; o Vincent de La Chapelle, que escribió *Modern cook...*

obra *Les dons de Comus, ou les délices de la table* donde en el prefacio se considera la cocina como una de las bellas artes⁸¹; o la más famosa afirmación al respecto es la que se atribuye al célebre cocinero Marie Antoine Carême, quien supuestamente afirmó «*las bellas artes son cinco. A saber: la pintura, la escultura, la poesía, la música y la arquitectura, la cual tiene como rama principalísima la repostería*». A pesar de ello, la cocina seguía siendo una cuestión o de supervivencia o de la alta sociedad europea.

El verdadero cambio social vino a raíz de la publicación del poema *La Gastronomie, ou l'homme des champs à table* de Berchoux y del *Almanach des Gourmands* de Grimod de la Reynière⁸², pues a través del primero se popularizó el uso del término *gastronomía* y mediante las obras del segundo se popularizó entre la población, sin distinción de la clase, cuáles eran los lugares o las regiones en los que se podía disfrutar de la comida, destacando que algunos de los cocineros no eran simples artesanos, sino que trabajaban lo estético y demostraban un proceso intelectual en sus creaciones. A ello contribuyó también la creación de los restaurantes tal y como los conocemos hoy en día, donde se podían degustar las obras de los cocineros, comenzando a cuestionarse si los creadores de esos platos eran realmente artistas o debían seguir siendo considerados como artesanos⁸³. Todo ello tuvo finalmente su reflejo en el Salón de Otoño de París, lugar consagrado a las bellas artes, pero en el que en su edición de 1923 el arte gastronómico tuvo su propio espacio, provocando que Croze afirmase que la gastronomía debía ser el noveno arte⁸⁴.

81. Apud A. S. WEISS, *Feast and Folly: Cuisine, Intoxication and the Poetics of the Sublime*, State University of New York Press, Nueva York, 2002, p. 7.

82. A. SANTAMARÍA MARTÍNEZ, *Las relaciones entre el arte y la gastronomía: el caso de Andoni Luis Aduriz y Mugaritz* [tesis doctoral], Universidad Complutense de Madrid, 2022, pp. 85-86.

83. L. S. MEJÍA LÓPEZ, R. HERNÁNDEZ LÓPEZ y S. E. MEJÍA CASTILLO, «Cocina y arte...», *op. cit.*, p. 12. Es en esta época cuando se publicó el conocido artículo de Gilbert en el que cuestionaba qué eran los cocineros: «¿Somos obreros? Sí. ¿Somos considerados como tales por la ley? No. ¿Somos artistas en el pleno sentido de la palabra? Sí. ¿Les damos la consideración debida a los artistas? No. Entonces ni somos trabajadores ni artistas; ¿qué somos? No somos nada. ¿Qué aspiramos a ser? Ambos»: apud A. DROUARD, *Histoire des cuisiniers en France: XIX-XX siècle*, CNRS Éditions, París, 2004, disponible en <https://www.books.openedition.org> [Traducción propia] [consultado el 15 de junio de 2022].

84. A. CROZE, 9º Art. *Le livret d'Or de la section gastronomie régionaliste*; apud J. CSERGO, «L'art culinaire...», *op. cit.*, p. 31. Si bien la denominación no se extendió debido a que, principalmente, los grandes chefs del momento no se movilizaron para recordar tal reconocimiento: C. M. GERMAIN, «Don't Steal my Recipe! A comparative study of French and US Law on the Protection of Culinary Recipes and Dishes against Copying», *University of Florida Levin College of Law Research Paper*, n.º 7, 2019, p. 14, disponible en <https://www.scholarship.ufl.edu> [consultado el 17 de septiembre de 2022].

A pesar de estos avances, la posición kantiana ha continuado teniendo un gran peso en la concepción estético-artística, pero no debe seguir siendo válida. Está claro que la comida, cualquiera que sea, tendrá un valor instrumental –el ser humano necesita la nutrición para vivir–, pero que una obra de arte lo tenga, no significa que carezca de un valor estético intrínseco. Por ejemplo, una novela puede ser una obra de arte y, llegado el caso –aunque no sea deseable–, puede ser utilizada como una calza para una mesa que cojea. A la gastronomía podemos acercarnos desde un punto de vista estético –la expresión «¡Qué buena pinta tiene!»–, pero también cultural, social o sentimental –recordemos la magdalena de Proust–. Por lo tanto, no considero que la gastronomía pueda ser excluida de las artes por el hecho de que cumpla una función esencial para el ser humano, sino que es posible adentrarse en ella y apreciarla de manera independiente⁸⁵.

La posición hegeliana tampoco puede ser mantenida en la actualidad. Según ella, la gastronomía no sería un arte porque para disfrutarla se consume. La tesis presenta un error: confunde el consumo con la perdurabilidad. Y si la gastronomía no es un arte por ese consumo, tampoco lo serían la improvisación jazzística, la danza o la performance por ser acciones efímeras, mas todas ellas tienen un soporte material no consumible, como es el músico o bailarín. En la gastronomía, su objeto al disfrutarlo se consume, pero su representación se erige en eterna, pues la receta hace que el plato sea lo que es, y una vez consumido el plato, su receta perdurará. Pero más allá de esta discusión, se debe tener en cuenta que lo efímero de la representación, no implica la efimeridad de la obra⁸⁶, pues esta podrá ser ejecutada, repetida y replicada, permitiendo que siga siendo descubierta y apreciada.

Como veíamos en la introducción, también se ha dicho que la gastronomía no podía ser arte por la falta de originalidad o de belleza, mas considero que son cuestiones que han quedado desmentidas con la multitud de ejemplos que se mencionaron. Además, se ha afirmado que «*todo el mundo puede cocinar*». Es cierto, pero también todo el mundo puede escribir y puede pintar. Pero del mismo modo que nadie denomina arte al dibujo realizado

85. En una reciente entrevista, Andoni Luis Aduriz comentaba lo siguiente: «¿El resultado de ese viaje es bueno? No, nunca hemos pretendido que nada sea bueno. O sea, ¿Quieres comer bien? ve a Muka. ¿Quieres comer interesante? En Mugaritz». ¿Desde cuándo comer en Mugaritz uno se limita a ingerir nutrientes?: J. BECERRA, «Aduriz, sobre la tercera estrella: “Puede que nos necesite más la Guía Michelin que nosotros a ella”», *El Mundo*, 29 de agosto de 2023.

86. P. ORY, «Pour une enquête pluridisciplinaire sur l’histoire de la légitimation artistique», *Sociétés & Représentations*, n.º 34, 2012, p. 151.

por una persona un domingo por la tarde y lo equipara a un Monet o a un Miguel Ángel, tampoco se debe confundir el plato cocinado en su casa por alguien para comer, con las creaciones que realizan ciertos cocineros que son reflejo de su creatividad y de su espíritu⁸⁷.

Respecto del pragmatismo norteamericano que apuntaló la utilización del término experiencia estética, parece que la gastronomía podría encajar perfectamente en él, pues «permite una experiencia completa de los sentidos, expresa la visión del artista y permite al espectador hacer una apreciación e interpretación de la obra»⁸⁸. Es más, el propio Dewey afirmó que la experiencia en un restaurante de París podía ser perfectamente una experiencia artística⁸⁹. No faltan voces que han considerado que el arte se compone de tres elementos: forma, contenido y contexto⁹⁰, por lo que se podría afirmar que las obras gastronómicas tienen forma, al tener textura, aroma y sabor; tienen contenido, al ser apreciadas visual, estética y gustativamente; y son creadas en un contexto que es el conjunto de circunstancias personales y sociales que llevan al cocinero a crear una determinada obra gastronómica⁹¹.

Poco a poco la gastronomía como arte está cada vez más presente entre nosotros. Durante el siglo XX, Francia se erigió en la gran potencia artístico-gastronómica, con la *Nouvelle Cuisine* y los cocineros *post-Nouvelle Cuisine*, con los que surgió la *cocina de autor*⁹². Pero, sin duda, la consagración definitiva como arte tuvo lugar en el año 2007 cuando Ferrán Adrià⁹³ fue invitado a la *Documenta XII* de Kassel, la exposición de arte contemporáneo de mayor

87. Fundamento Jurídico –en adelante, FJ– 7.º de la STS, civil, de 7 de junio de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:3257): «Se refieren sólo a “obras” que sean resultado de una “creación” individualizada y personalizada, con una “paternidad” en concepto de “autor”. No significa que todo lo reproducido por las artes gráficas, es decir, todos los “productos” de esta industria se conviertan automáticamente en “obras” de literatura, arte o ciencia».

88. L. S. MEJÍA LÓPEZ, R. HERNÁNDEZ LÓPEZ y S. E. MEJÍA CASTILLO, «Cocina y arte...», *op. cit.*, p. 18.

89. J. DEWEY, *El arte como experiencia*, Paidós, Barcelona, 2008, p. 42: «Una comida en un restaurante de París de la que uno dice “esa fue una experiencia”».

90. R. BELTON, *Art History: A Preliminary Handbook*, University of British Columbia, Vancouver, 1996, disponible en <https://www.fccs.ok.ub.ca> [consultado el 12 de septiembre de 2022].

91. C. REEBS, «Sweet or Sour: Extending Copyright Protection to Food Art», *DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law*, n.º 1, 2011, p. 47.

92. A. MAS PÉREZ, «Propiedad intelectual y gastronomía», *Diario La Ley*, n.º 10114, 2022, p. 3, disponible en <https://www.diariolaley.laleynext.es> [consultado el 15 de septiembre de 2022].

93. Además, en el 2005 participó en la exposición D.DAY en el Centro Pompidou de París; en el 2006 ganó el premio Lucky Strike Designer Award; en el 2014, expuso en el Espacio Fundación Telefónica su exposición *Auditando el proceso creativo*, que desde entonces ha sido expuesta en museos de 15 países.

importancia, en la que, a pesar de las reticencias mostradas por el mundo artístico, supuso la consagración de la gastronomía como arte. Precisamente el primero de los veintitrés puntos que marcaron la cocina de elBulli fue: «*La cocina es un lenguaje mediante el cual se puede expresar armonía, creatividad, felicidad, belleza, poesía, complejidad, magia, humor, provocación, cultura*»⁹⁴; una de las mejores definiciones posibles del término arte.

No obstante, en esta evolución que ya es presente falta un elemento de importancia: el reconocimiento de la gastronomía como arte y de los cocineros como artistas por parte de la sociedad⁹⁵. El peso de la historia ha influido en la concepción de la gastronomía, pero es necesario que se empiece a ver de un modo distinto, que, igual que un día todos aceptamos que la *Sopa Campbell* de Andy Warhol era una obra de arte, creamos que, efectivamente, la *Sopa de alcachofa, trufa y parmesano* de Guy Savoy es otra obra de arte. Mas esto es una cuestión contingente, que no debiera influir en la auténtica consideración de la gastronomía⁹⁶. Con todo, el cocinero crea arte al combinar ingredientes, texturas, colores y matices y el comensal se erige en un auténtico crítico de arte⁹⁷.

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

IV. PROPIEDAD INTELECTUAL

1. NOTAS INTRODUCTORIAS

El artículo 1 TRLPI establece que «*la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación*», por lo que con el término *derechos de autor* nos referimos al conjunto de

94. Vid. <https://www.elbullifoundation.com>.

95. A. S. WEISS, *Feast and Folly...*, op. cit., p. 1.

96. Desde instancias públicas se está trabajando en ello. En España, la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial contempla la gastronomía como uno de los bienes dignos de protección.

97. J. A. BROUSSARD, «An intellectual property...», op. cit., p. 718 [Traducción propia].

derechos exclusivos que nacen a favor del autor por la creación de la obra. Por su parte, el artículo 10 TRLPI dispone que «*son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro*»⁹⁸, de modo que la obra debe ser original y expresarse en algún soporte –tangible o intangible–, siendo una muestra del hecho de que los derechos de autor no protegen ideas⁹⁹.

En primer lugar, debe destacarse que, aunque no se incluya la obra gastronómica en el artículo 10 TRLPI, ello no es óbice para que sí pueda considerarse como obra artística. La enumeración establece un *numerus apertus*¹⁰⁰, que debe ser completada conforme a la evolución de la sociedad, de la cultura y de la tecnología, por lo que no habría obstáculo para considerar la creación gastronómica como creación artística¹⁰¹. Además, la cláusula de cierre que se establece en el artículo 13 TRLPI no contiene entre sus exclu-

98. De un modo similar dispone el artículo 2 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 28 de septiembre de 1979 –en adelante, Convenio de Berna–, que «los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión», estableciendo a continuación –de igual modo que lo hace la legislación española– un listado de posibles obras literarias y artísticas.
99. Expresamente lo recoge el artículo 9.2 del Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio –en adelante, Acuerdo ADPIC–. Sin entrar a valorar la idoneidad de la no protección de las ideas, parte de la doctrina ha abogado por su protección: R. SÁNCHEZ ARISTI, «Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual», *Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 4, 2000, pp. 25-68.
100. T. GARCÍA SEDANO, «Análisis del criterio de originalidad para la tutela de la obra en el contexto de la ley de propiedad intelectual», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n.º 49, 2016, p. 256.
101. L. A. ANGUITA VILLANUEVA y H. S. AYLLÓN SANTIAGO, *Nuevas fronteras del objeto de la propiedad intelectual: Puentes, perfumes, senderos y embalajes*, Reus, Madrid, 2008, pp. 10 y 21. En Francia, con una regulación similar, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de París de 3 de julio de 1975, *Fabrique de Produits de Chimie Organique de Laire vs Sté Parfums Marcel Rochas*, se consideró que, aunque la normativa solo citaba obras perceptibles por la vista o el oído, nada impedía que pudieran considerarse como obras aquellas que fueran apreciadas por los otros sentidos. En el mismo sentido, Otero Lastres considera que «no violentaríamos la categoría [artística] si calificáramos de este mismo modo a las obras gastronómicas»: J. M. OTERO LASTRES, «Una aproximación...», *op. cit.*, p. 106. En cambio, R. Bercovitz Rodríguez-Cano ha considerado que, si bien la lista es abierta, deben encuadrarse dentro de los tres campos que se especifican y la gastronomía no encaja en ninguno de ellos: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Artículo 10», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, 2007, p. 158.

siones a la obra gastronómica. Por lo que basándose estrictamente en el contenido del articulado no habría ningún motivo para negar la protección de la gastronomía mediante los derechos de autor.

De lo establecido en el Convenio de Berna y en el TRLPI se desprenden dos principios¹⁰² que deben ser tenidos en cuenta en la protección de los derechos de autor: i. se requiere que la obra presente un cierto grado de creatividad u originalidad¹⁰³; y ii. la protección que otorgan los textos legales no es a la idea, sino a la representación o expresión de la idea. De este modo, no se establece una distinción según la forma de expresión; no diferencia entre, por ejemplo, una obra pictórica y otra gastronómica. Es decir, dichos artículos únicamente contienen una lista no exhaustiva a la que pueden añadirse cualquier obra que presente los requisitos exigibles y que haya sido objeto de un proceso mental de concreción creativa y posterior exteriorización.

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

Respecto de la originalidad, el TJUE ya tuvo oportunidad de pronunciarse con anterioridad en la sentencia *Infopaq* en la que vino a decir, respecto de un artículo periodístico, que la originalidad no se encontraba en cada palabra aisladamente considerada, sino que solo a través de la elección de ellas y de su secuencia y combinación, el autor podía «*expresar su creativi-*

102. S. RICKETSON y J. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 1-3.

103. No faltan autores que entienden que el Convenio de Berna no contiene el requisito de la originalidad. Vid. J. I. PEINADO GRACIA, «Artículo 10», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. F. Palau Ramírez y G. Palao Moreno), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 170.

104. Párr. 35-37 STJUE de 13 de noviembre de 2018, *Levola Hengelo BV vs Smilde Foods BV*, C-310/17.

*dad de manera original y lograr un resultado que es una creación intelectual»*¹⁰⁵. Además, en la sentencia *Painer*, el TJUE recordó que para que una creación intelectual pudiera ser protegida debía ser un reflejo de la personalidad de su autor que ha actuado *tomando decisiones libres y creativas*¹⁰⁶.

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

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

2. OBJETO DE LA PROTECCIÓN

¿Qué se protege mediante los derechos de autor? Hemos sostenido que la receta y el plato forman un todo inescindible, pues son las dos formas de representar la creación gastronómica, sin que se pueda entender el uno sin el otro. Por tanto, el objeto de la protección de los derechos de autor es el conjunto de ambos conceptos, la dupla formada por receta y plato, buscando la protección no solo de la receta en su forma escrita, sino también de la protección del resultado de la receta. Se trata de proteger una obra de arte

105. Párr. 45 STJUE 16 de julio de 2009, *Infopaq International /S vs Danske Dagblades forening*, C-5/08. Esta idea no se expresa en la traducción española de la sentencia, pero sí en las versiones inglesa y francesa. Podríamos plantearnos si es trasladable a una receta gastronómica como obra protegible, en la que cada palabra fuera el ingrediente y solo su elección, secuencia y combinación es lo que determinaría que estuviéramos ante una obra creativa de su autor y, por lo tanto, protegible por la legislación reguladora de los derechos de autor.

106. Párr. 88 y 80 STJUE 1 de diciembre de 2011, *Eva-Maria Painer vs Standard VerlagsGmbH, Axel Springer AG, Süddeutsche Zeitung GmbH, Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co KG y Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co KG*, C-145/10.

107. Párr. 40 STJUE de 13 de noviembre de 2018, *Levola Hengelo...*, C-310/17.

que podríamos denominar, como ya lo hemos hecho, total al incluir aspectos gustativos, olfativos, visuales e incluso auditivos y táctiles, lo que añade un plus de dificultad a la cuestión que se estudia¹⁰⁸.

2.1. La dicotomía idea-expresión en la receta

En la jurisprudencia estadounidense se ha sostenido que la receta, sin referencia al plato en sí, no podía ser protegida por los derechos de autor, por contener un conjunto de instrucciones sin presentar rasgos de originalidad o creatividad, es decir, la receta era una «mera exposición de hechos»¹⁰⁹. No obstante, se parte de un error fundamental al entender que la receta no es la expresión o representación de una idea, sino que es la idea en sí¹¹⁰. Ya he señalado que es más adecuado entender que la receta es la forma representativa de la creación gastronómica, y junto con la forma sensible característica conforman las dos maneras posibles de representarla¹¹¹. La

108. F. VISSCHER y B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, Bruselas, 2000, p. 5 [traducción propia]: «La dificultad radica principalmente en que no se busca tanto la protección de la receta en su forma escrita, sino la ampliación de la protección al producto elaborado según la receta (que va más allá de la reproducción de la propia receta y toca la protección de las ideas contenidas en ella)».

109. *Publications Int'l, Ltd. vs Meredith Corp.*, 88 F.3d 473 (7th Cir. 1996). Mismo criterio que se mantuvo en el caso *Tomaydo-Tomahhdo, LLC vs Vozary*, Ohio 42929 (Ohio Ct. App. 2017) y en el caso *Lambing vs Godiva Choco.*, 524 US 954 (1998), por considerar que la receta y elección de ingredientes era una declaración de hechos. Criterio contrario al que se intentó establecer en la sentencia *Fargo Mercantile, Co. vs Brechet & Richter, Co.*, 295 F.823 (8th Cir. 1924), en la que se consideró que una receta era una composición original y servía para que avanzase el arte culinario. Mismo criterio que mantuvo una de las primeras sentencias europeas sobre la materia, la sentencia de 24 de abril de 1969 de la *Pretura di Venezia*, apud C. COVIELLO y D. MONDIN, *FoodLaw. La tutela della creatività in cucina*, Edizioni Plan, Milán, 2017, p. 23; y en l'Arrêt de la Cour d'Appel de Liège du 10 juin 2011 (2010/RG/145).

110. M.-C. JANSSENS, «Copyright for culinary creations: a seven course tasting menu with accompanying wines», *SSRN Electronic Journal*, 2013, p. 4, disponible en <https://www.ssrn.com> [consultado el 29 de septiembre de 2022]. En Francia, Fauchart y von Hippel mantuvieron que una receta, aunque fuera novedosa por los ingredientes, cantidades o métodos de elaboración utilizados, no podía ser protegida por los derechos de autor, puesto que se trataba de una información: E. FAUCHART y E. HIPPEL, «Norms-Based Intellectual Property Systems: The Case of French Chefs», *Organization Science*, n.º 2, 2008, p. 189.

111. M. VÁZQUEZ ESTEBAN, «La percepción gustativa en la protección de las creaciones gastronómicas a través de los derechos de autor y alternativas legales», en *Retos en el sector agroalimentario: Regulación, competencia y propiedad industrial* (dir. F. Palau Ramírez y J. Martí Miravalls), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 400: «Desde que la partitura se

receta recoge la plasmación en lenguaje escrito de la obra gastronómica, lo cual permite, a su vez, dar respuesta a la clásica exigencia de que el arte no puede ser efímero –aunque ello ya haya sido superado–¹¹².

Además, se debe tener en cuenta que la receta como forma representativa de la creación debe contener todos los elementos necesarios para poder realizar su forma sensible característica –el plato–, es decir, no solo debe incluir los ingredientes o los pasos necesarios para llegar al resultado, sino que debe aportar las claves necesarias para poder apreciar la obra gastronómica en todos sus aspectos, gustativos, visuales, olfativos, táctiles y auditivos, como la obra total que es¹¹³. Ahora bien, no se puede considerar que la problemática o el error que se aprecia sea responsabilidad exclusiva de los tribunales, sino que procede de un planteamiento incorrecto al centrar las reclamaciones en las recetas exclusivamente y no en el resultado creativo final¹¹⁴.

Pero, más allá de lo expresado, la postura mantenida por los tribunales estadounidenses es incoherente, ya que admiten la protección de libros de recetas¹¹⁵, pero no la de las recetas en sí mismo consideradas, ni como obra

entiende como la expresión de la idea, dotando de protección, no a la redacción de la partitura o guion como obra literaria, sino su manifestación o ejecución».

112. Uno de los casos más importantes es la obra de Christo. El BGH alemán consideró que el embalaje de dos semanas del Bundestag era una obra protegible, a pesar de ser efímera: L. A. ANGUITA VILLANUEVA y H. S. AYLLÓN SANTIAGO, *Nuevas fronteras...*, op. cit., p. 92. En España, en la STS, civil, de 6 de noviembre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:6958) se mantuvo, respecto de un cuadro, que «su duración queda sujeta al del elemento en que se plasma, por lo que no nace con vocación de perennidad, sino con una vida efímera». Sobre la problemática de la receta como forma representativa vid. S. ROBERT GUILLÉN, *Alta cocina...*, op. cit., pp. 140-168.
113. S. ROBERT GUILLÉN, *Alta cocina...*, op. cit., pp. 163-165.
114. M. POLLACK, «IP Protection for the Creative Chef, or how to Copyright a Cake: A modest proposal», *Cardozo Law Review*, n.º 5, 1990, p. 1486; C. J. BUCCAFUSCO, «On the Legal Consequences of Sauces: Should Thomas Keller's Recipes be per se copyrightable?», *Cardozo Arts & Entertainment*, n.º 24, 2007, p. 1131.
115. *Barbour vs Head*, 178 F. Supp. 2d 758 (S.D. Tex. 2001). Esta posible protección de los libros de recetas recuerda a lo sostenido por Ferrán Adrià en una entrevista: «La única manera que tenemos de combatir el plagio es publicar nuestros libros. [...] Básicamente, es como patentar nuestras recetas». Apud M. PLANELLAS ARÁN y S. SVEJENOVA, *Caso Creatividad: Ferran Adrià*, ESADE, Barcelona, 2007, p. 10, disponible en <https://www.issuu.com> [consultado el 29 de septiembre de 2022]. Ciertos autores se han pronunciado a favor de esta protección al entender que el libro dota a las recetas de un trasfondo intelectual, englobando una serie de conocimientos y de aspectos creativos: D. CHELLAM, «Copyright to cookbooks and not to recipes», *Indian Journal of Law and Legal Research*, n.º 2, 2021, pp. 490-491. Pero, aunque se proteja como libro, no impide que la receta pueda replicarse.

literaria¹¹⁶ –lo cual sería insuficiente– a diferencia de los tribunales italianos o belgas que sí que han admitido tal protección¹¹⁷. De ellas, hemos de destacar necesariamente la sentencia de la Corte de Apelaciones de Lieja, en la que parece que se da un paso más en la protección de las obras gastronómicas, pues señaló que se había cometido un error en la concreción del objeto al haber solicitado la protección de la receta y no del plato culinario, ya que es este, según el tribunal, el que representa la forma tangible de la creación artística, comparándolo con un proyecto de arquitectura¹¹⁸.

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

Si en nuestro ordenamiento jurídico se pretendiera proteger únicamente la receta como obra literaria –lo cual es posible–, esta protección no impediría

116. Algunos tribunales puntualmente han considerado que una receta podría ser protegida como obra literaria en caso de que se acompañase de contenido expresivo, como en *Branch vs Ogilvy & Mather, Inc.*, 765 F. Supp. 819 (S.D.N.Y. 1990). No obstante, dicha protección no evitaría que otra persona pudiera explicar la misma receta o llevarla a cabo utilizando para ello expresiones distintas y omitiendo esos elementos creativos. Vid. K. M. SAUNDERS y V. FLUGGE, «Food for thought: Intellectual Property Protection for Recipes and Food Designs», *Duke Law & Technology Review*, n.º 19, 2021, p. 166.

117. Sentenza numero 9763 del Tribunale di Milano del 10 luglio 2013. El tribunal milanés defendió la protección de la receta si presentaba una originalidad derivada de la selección e investigación de los elementos necesarios para llevarla a cabo, pero su protección no podía extenderse a su contenido, es decir, no podía impedir que se replicara. Señaló, también, que la protección de la receta podría darse incluso cuando fuera una reinterpretación de una receta tradicional siempre que presentase una creatividad u originalidad suficiente. Vid. M. BARBONE y B. TASSONE, «Diritti sul cibo e tutela dei piatti creativi. Una prospettiva comparata», en *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata*, vol. I (ed. L. Scaffardi y V. Zeno-Zencovich), Roma TrE-Press, 2020, p. 589.

118. *Arrêt de la Cour d'Appel de Liège* du 10 juin 2011 (2010/RG/145). Vid. A. LUCAS, V.-L. BENABOU y J.-M. BRUGUIÈRE, «Chroniques: Droit d'auteur et droits voisins», *Revue Propriétés Intellectuelles*, n.º 41, 2011, p. 390.

119. R. SÁNCHEZ ARISTI, «Las ideas...», *op. cit.*, p. 46.

que cualquier otra persona realizase la receta porque «*el derecho de autor no se extiende directamente hasta ese nivel*» porque los derechos que tiene «*no se extiende[n] más allá de la expresión literaria*»¹²⁰. No obstante, si se optase por esta protección –aunque ello no sea deseable– en caso de que la receta presentase una precisión técnica destacable se podría intentar considerar que «*la realización por un tercero puede ser una reproducción tridimensional para la cual necesita autorización del autor de la receta*»¹²¹; solución con poco recorrido, pues todo intérprete podría realizar cambios notables para evitar que se considerase una reproducción.

2.2. La apariencia como objeto de protección

Se ha planteado también la posibilidad de proteger únicamente el aspecto visual de la obra gastronómica. Entre los numerosos casos existentes, por su carácter ejemplificativo, destaca el caso resuelto por el Tribunal de Grande Instance de Laval en el año 2009, en el que se consideró que la creación de un chocolatero francés era protegible por los derechos de autor, al no presentar su obra ninguna diferencia con la de un escultor, salvo el material elegido –chocolate en lugar de mármol–¹²². Es loable que se consiga esta protección, pero no se puede celebrar con el mismo entusiasmo el medio por el que se ha obtenido, ya que cercena la posibilidad de obtener la protección jurídica de otras obras gastronómicas que no presenten tales características escultóricas, pues el tribunal excluyó de la actividad creativa el propio sustrato gastronómico¹²³, protegiendo la obra solo por ser comparable a una escultura.

Encontramos otros ejemplos en los que indirectamente se ha reconocido la posible protección del emplatado –no el plato en sí–: los tribunales alemanes han sostenido que la reproducción no autorizada de una fotografía que tiene por objeto el emplatado del plato de un restaurante supone una infracción de los derechos de autor del fotógrafo¹²⁴. A raíz de esta sentencia, ha surgido el debate en su doctrina de si los tribunales hubieran resuelto del mismo modo si se hubiera discutido no sobre tal fotografía, sino sobre el mismo emplatado. Mas, aunque resolvieran del mismo modo, solo se protegería el aspecto visual, no la totalidad de la obra gastronómica, alcanzándose una protección parcial.

120. B. BUGALLO MONTAÑO, «Creaciones gastronómicas...», *op. cit.*, p. 19.

121. *Ibid.* p. 20.

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

123. F. FONTAINE, «Droit d'auteur et chocolat», *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n.º 50, 2009, pp. 8 y 9.

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

2.3. El plato como obra artística

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

Nuestro artículo 10 TRLPI no contempla limitación alguna en cuanto al soporte o a la duración de la obra¹²⁵. Pero, realmente, la legislación estadounidense, aunque contempla la limitación del soporte y duración, admite que ciertas obras intangibles y efímeras puedan considerarse que tienen un soporte tangible duradero en caso de que se utilicen medios fotográficos, de grabación de fonogramas o de videograbación, sin que estas posibilidades hayan sido aceptadas respecto de la obra gastronómica, donde se ha negado su tangibilidad, por ejemplo, en el caso de presentar la receta junto a una fotografía¹²⁶. Una solución posible para esta problemática –predicable también en nuestro ordenamiento jurídico para buscar la protección adecuada– pasaría por entender que, aunque la receta es una forma representativa de la obra gastronómica, lo que se protege por los derechos de autor es el plato en sí mismo considerado, siendo la receta su soporte tangible¹²⁷.

Las reticencias de la jurisprudencia estadounidense se deben, entre otros aspectos, a la influencia de la teoría antiesencialista de Kant, pues no entienden que una obra artística pueda tener una función utilitaria o, más concretamente, que si tiene una función utilitaria para ser protegible por los derechos de autor debe presentar una originalidad totalmente independiente de su propósito¹²⁸. Así, por ejemplo, se ha mantenido que un plato

125. V. gr., SAP León, civil, de 9 de abril de 2021 (ECLI :ES:APLE:2021:538). La doctrina también lo señala: J. M. OTERO LASTRES, «Una aproximación...», *op. cit.*, pp. 109-110. Piensen, v. gr., en las efímeras *performances* de Marina Abramović.

126. V. gr., el maquillaje facial ha sido admitido como obra de arte si es fotografiado o dibujado en papel: *Mourabit vs Klein*, 18 Civ. 8313 AT (S.D.N.Y. 2020). Mientras que tal posibilidad se niega en la gastronomía, *vid. Oriental Art Printing, Inc. vs Goldstar Printing Corp.*, 175 F. Supp. 2d 542 (S.D.N.Y. 2001).

127. C. J. BUCCAFUSCO, «On the Legal...», *op. cit.*, pp. 1133-1134.

128. T. S. L. CHENG, «Copyright Protection of Haute Cuisine: Recipe for Disaster», *European Intellectual Property Review*, n.º 3, 2008, pp. 97-98. K. M. SAUNDERS y V. FLUGGE, «Food for...», *op. cit.*, p. 167.

de inspiración vietnamita no era protegible porque su elemento creativo no podía ser separado de la función alimenticia al que estaba destinado¹²⁹. Este criterio de la utilidad de la obra no puede ser predicado en España respecto de los derechos de autor –aunque sí de los diseños, como se verá *infra*–, por lo que el mismo argumento no podría ser utilizado en nuestro ordenamiento. El criterio mantenido por los tribunales estadounidenses, heredero de una honda tradición, debería ser reconsiderado y cada vez hay más voces entre su doctrina que lo reclaman, pues consideran insostenible que una creación artística no sea considerada como tal por el hecho de cumplir una concreta función utilitaria¹³⁰.

En la actualidad la gran mayoría de platos que presentan los elementos de originalidad o creatividad se disfrutan y aprecian, no por cuestiones nutricionales, sino por motivos culturales, sociales o artísticos¹³¹, pues como afirma Broussard «*la comida es un medio íntimo de expresión emocional y artística del alma entre dos sujetos, chef y comensal*»¹³² –como un poema o una película–. La receta no es solo el camino para elaborar una obra en su dimensión nutricional o alimentaria, sino que está ligada en su concepción inextricablemente a la elaboración de la obra gastronómica en su dimensión estética, artística o expresiva, pues la receta como se dijo es una de las formas representativas de la creación gastronómica¹³³.

A pesar de ello, como excepción a la regla general en la jurisprudencia estadounidense, en el caso *Vásquez vs Ybarra*¹³⁴, se consideró que un plato sí que podía ser protegido por los derechos de autor, cuando presente una

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

130. C. REEBS, «Sweet or Sour...», *op. cit.*, pp. 73 y 74; C. Y. N. SMITH, «Food Art: Protecting 'Food Presentation' under U.S. Intellectual Property Law», *The John Marshall Review of Intellectual Property Law*, n.º 14, 2014, pp. 23-24. Sobre la problemática de la funcionalidad, *vid.* M. L. QUINET, «Food as art: The problem of function», *British Journal of Aesthetics*, n.º 2, 1991, pp. 160-162.

131. ¿Quién acude, por ejemplo, a L'Arpège en París o a Horcher en Madrid únicamente por motivos nutricionales? ¿O a degustar los *nigiris* de Jiro Ono en Tokio únicamente por el valor nutricional?

132. J. A. BROUSSARD, «An Intellectual Property...», *op. cit.*, p. 728.

133. S. PEMBERTON, «Protecting your...», *op. cit.*, p. 175. G. BEAUREGARD, *Entre l'art, l'invention et la nourriture: examen de la possibilité de protéger les recettes de cuisine en droit de la propriété intellectuelle canadien* [tesis de maestría], Université de Montréal, 2010, p. 155. J. WALO, «The Art of Food Placement: Will the U.S. Follow Germany's Lead in Copyrighting Artistic Food Placement?», *The John Marshall Review of Intellectual Property Law*, n.º 15, 2016, p. 568.

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

creative spark, pues puede ser que haya platos que presenten «un aspecto creativo suficiente y, por lo tanto, podría decirse que tienen derecho a la protección de los derechos de autor». Se trata de una sentencia aislada que no ha tenido mayor recorrido jurisprudencial, ni influencia significativa en decisiones posteriores. Pero, al menos, se puede ver que en un lugar de Kansas hubo un juez que decidió replantearse la situación.

2.4. La creación gastronómica en su conjunto

El auténtico objeto de la protección es el conjunto formado por la receta y el plato, no protegiendo algunos de sus aspectos, sino su conjunto, como ocurre en todas las artes. Este criterio parece ser que es el que la jurisprudencia alemana ha decidido seguir. El BGH en el caso *Geburtstagszug –tren de cumpleaños–* sostuvo que para que las artes aplicadas fueran protegidas –entre las que la doctrina alemana incluye a la cocina– no requerían más requisitos que los que se exigen a un obra literaria, musical o pictórica: que presente un nivel de originalidad que, en opinión de quienes estén familiarizados con tal arte, se pueda afirmar que es un logro artístico¹³⁵. A raíz de ese pronunciamiento, parece ser que las obras gastronómicas en su conjunto sí que serían protegidas –aunque no hay casos judiciales, ese es el sentir de los juristas¹³⁶–. Este cambio jurisprudencial –con anterioridad se exigía que, en la gastronomía, como arte aplicada, el diseño no estuviera relacionado con la función alimenticia de los platos– supone que un país de nuestro entorno jurídico europeo iguala las obras artísticas –en general, de todas las artes, bellas o aplicadas, incluida la gastronomía–, por lo que, si la obra gastronómica es original, deberá ser protegida por los derechos de autor.

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

135. Sentencia del BGH de 13 de noviembre de 2013 (I ZR 143/12). No obstante, esta decisión deberá ponerse en relación, como se hará en sede de diseño industrial, con lo sostenido en la STJUE de 12 de septiembre de 2019, *Cofemel – Sociedade de Vestuário, S.A. vs G-Star Raw CV*, C-683/17.

136. D. ECKERT, «Das fotografieren von essen könnte teuer werden», *Welt*, 13 de agosto de 2015, disponible en <https://www.welt.de> [consultado el 28 de septiembre de 2022].

El chef italiano, Gualtiero Marchesi, creó en 1981 su icónico plato, *Riso, oro e zafferano*¹³⁷, un risotto de azafrán al que añadió una lámina de oro comestible, siendo la primera vez que dicho material se introdujo en la gastronomía. Marchesi descubrió tiempo después que un antiguo discípulo suyo, Guido Rossi, estaba utilizando la receta en su restaurante, pero cambiando el tipo de arroz. Ante esa situación, propuso que en el congreso milanés *Mock Trial* se simulase un juicio sobre la protección de su plato¹³⁸. Ese *falso tribunal* llegó a la conclusión de que la obra de Marchesi debía ser protegida por los derechos de autor «*porque el producto de la creación del maestro Marchesi lo merece, tanto por la creatividad, como en términos de valor artístico*»¹³⁹. Más allá del hecho de que fuese una simulación, permite apreciar un cambio de tendencia, por lo menos, jurídico-social, al entender la obra gastronómica como resultado final de un proceso creativo, englobando no solo la técnica o los ingredientes, sino también su estética, aromas o sabores, siendo una *expresión de la personalidad*¹⁴⁰ del cocinero.

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

3. PRECISIÓN Y OBJETIVIDAD

Hemos señalado *ut supra* que la sentencia *Levola* introdujo de facto un nuevo requisito para la protección de las obras artísticas, al referirse a la *precisión y objetividad* del objeto. En dicho caso, el TJUE se pronunció en contra

137. AA. VV., «Il segreto del piatto icona di Gualtiero Marchesi», *La Cucina Italiana*, 28 de de 2022, disponible en <https://www.lacucinaitaliana.it> [consultado el 25 de septiembre de 2022].

138. Fue presidido por Marina Tavassi, presidenta de la sección en materia mercantil del Tribunal de Milán y actual presidenta de la Corte de Apelaciones de Milán, y compuesto por juristas y científicos.

139. *Sentenza – Mock Trial*, disponible en <https://mialegal.com> [consultado el 25 de julio de 2022].

140. M. BARBONE y B. TASSONE, «Diritto sul cibo...», *op. cit.*, p. 594.

de entender que el sabor, la percepción gustativa pudiera ser considerado como una obra por resultar imposible definir su objeto con «suficiente precisión y objetividad»¹⁴¹.

No obstante, el TJUE dejó abiertos dos caminos. En primer lugar, no negó que un sabor pudiera ser protegido por los derechos de autor, sino que actualmente es imposible determinar su objeto de manera precisa y objetiva, por lo que su consideración futura dependerá de los avances científicos que se realicen en la materia. En segundo lugar y más importante a los efectos que nos interesa, el asunto se centra en el sabor como objeto de los derechos de autor. Pero una cosa es el sabor o la percepción gustativa y otra muy distinta es el plato en sí mismo considerado¹⁴². Y, aunque actualmente el estado de la ciencia no permita definir con precisión y objetividad un sabor, no considero que se pueda predicar lo mismo de una obra gastronómica, de un plato de un determinado autor.

Habiendo visto que se busca una protección única de la obra gastronómica en su conjunto, nada impide que se pueda definir con precisión y objetividad. Ya se ha mencionado *ut supra* un ejemplo de cómo puede llegar a ser de precisa la definición de una receta gastronómica¹⁴³. Por tanto, no considero que haya ningún obstáculo para poder definir con precisión y objetividad el objeto de protección de una obra gastronómica.

4. ORIGINALIDAD

4.1. Conceptualización

La originalidad, siendo «*el requisito esencial para que una creación pueda ser considerada como una obra objeto de la propiedad intelectual*»¹⁴⁴, no es defi-

141. STJUE 13 de noviembre de 2018, *Levola Hengelo...*, C-310/17. No obstante, la posición adoptada puede no ser del todo clara –o incluso contradictoria– si se pone en relación con la STJUE 20 de diciembre de 2017, *Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne vs Aldi Süd Dienstleistungs-GmbH & Co. OHG*, C-396/16, en la que el TJUE consideró, en relación con la DOP del champán, que si la descripción de un producto o su nombre hacen referencia al champán, solo se deberá permitir si el sabor del producto proviene de la presencia del champán en su composición.

142. D. FABRIS, «Food Industry, haute cuisine and copyright», *SSRN Electronica Journal*, 2019, p. 6, disponible en <https://www.ssrn.com> [consultado el 29 de septiembre de 2022].

143. S. ROBERT GUILLÉN, *Alta cocina...*, *op. cit.*, pp. 166-167.

144. A. F. GALACHO ABOLAFIO, *La obra derivada musical: entre el plagio y los derechos de autor*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 287.

nida legalmente¹⁴⁵ y su cumplimiento plantea los mayores problemas en relación con la gastronomía. Se diferencia entre la concepción objetiva que sostiene que debe ser «una creación novedosa en sí misma [...] distinta a toda aquella preexistente», es decir, que no haya ninguna obra anterior idéntica y la subjetiva, que exige que la obra no sea «una copia de otra preexistente y de titularidad ajena»¹⁴⁶, es decir, puede existir una obra idéntica, pero el autor no debe haberla utilizado, «ni consciente ni inconscientemente para crear la suya»¹⁴⁷. A ello debe añadirse que el TJUE en el caso *Bezpečnostní* estableció que para entender que una obra es original es necesario que «sea una creación intelectual propia de su autor»¹⁴⁸.

4.2. No es una mera exposición de hechos

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

En primer lugar, realiza una interpretación errónea de lo asentado en la sentencia *Feist Publications*¹⁵⁰, en la que se consideró que la recopilación de números de teléfono en un listín telefónico no presentaba ningún rasgo de originalidad, pues era una mera exposición de hechos. Pero el contenido de una receta no debe ser ni comparable ni comparado con el contenido de un listín telefónico, puesto que la receta no es la simple exposición de unos hechos o de unas instrucciones, sino que son el reflejo escrito de un proceso creativo y artístico en el que se refleja una sensibilidad y el espíritu de su autor¹⁵¹.

145. Ha sido la jurisprudencia y doctrina quienes lo han definido. Vid. R. ANTEQUERA PARILLI, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Reus, Madrid, 2007, p. 51: «[Significa] que el producto creativo, por su forma de expresión, debe tener características propias como para distinguirlo de cualquiera otro del mismo género».

146. M. VÁZQUEZ ESTEBAN, «La percepción gustativa...», *op. cit.*, p. 401.

147. J. I. PEINADO GRACIA, «Artículo 10...», *op. cit.*, p. 171.

148. Párr. 45 STJUE 22 de diciembre de 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany vs Ministerstvo kultury*, C-393/09. Por su parte, en el FJ 5.º STS, civil, de 5 de abril de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:2456), se ha considerado que el requisito de originalidad debe unirse al de creatividad y para que una obra sea protegida es necesario que presente una originalidad creativa.

149. *Ut supra* n.º 132.

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

151. Se parte de la idea errónea de que la cocina es únicamente un *saber hacer*. Ese *saber hacer* es de gran importancia –para realizar el plato de Massimo Bottura *Le cinque*

Este criterio estadounidense ha sido seguido también en la jurisprudencia francesa. La Corte de Apelaciones de París en el caso *SARL Agence*¹⁵² sostuvo que una receta no era susceptible de apropiación al no constituir por sí misma una obra de espíritu ya que carecía de originalidad. A pesar de que en el caso se analice exclusivamente una receta y no la creación gastronómica en su conjunto, no deja de sorprender que se declare que no puede constituir una obra de espíritu por falta de originalidad o creatividad cuando la receta en sí representa por escrito el trabajo creativo de su autor¹⁵³.

stagionature del Parmiggiano Reggiano in diverse consistenze e temperatura se ha de saber hacer una salsa, un *demi-soufflé*, una galleta, un aire y una espuma–, pero también lo es en cualquiera de las otras artes –piénsese, por ejemplo, en el *saber hacer* necesario para pintar un retrato y cómo, tradicionalmente, los artistas han estudiado de manera detallada el proceso para realizarlo, a través de bocetos o del estudio de la fisonomía de las personas–. Vid. C. SAPP, «Theme 5: Non Conventional Works of Authorship and Copyright and Related Rights for MSMEs – Non-Conventional Copyright Subject Matter: Fragrances and Gastronomy», ponencia presentada en la Convención Internacional de la OMPI en Roma el 10 de diciembre de 2009, disponible en <https://www.wipo.int> [consultado el 19 de septiembre de 2022]. En cambio, en el caso *American Dent. Assn. vs Delta Den. Plans Assn.*, 126 F.3d 977 (7th Cir. 1997) sí que han considerado que una clasificación de procedimientos dentales puede estar sujeta a derechos de autor porque la taxonomía empleada es fruto del trabajo de su autor y otro autor podría haber establecido una distinta. ¿Qué diferencia la elección de unos números para una taxonomía dental de la elección de unos ingredientes o procedimientos, cuando en ambos casos otro autor podría elegir entre una gran variedad –por no decir infinitas– de posibilidades?

152. *Arrêt de la Cour d'Appel de Paris, 25 janvier 2007, SARL Agence Télé France Presse vs URSSAF 75*. De este modo, confirmaba una línea jurisprudencial anterior: *Arrêt du Tribunal de Grande Instance de Paris, 30 septembre 1997, Duribreux vs Muses Production*. V. Pirreda.
153. No solo por motivos jurídicos, sino también culturales. La UNESCO en el año 2010 declaró en la Quinta Sesión del Comité Intergubernamental que *Le repas gastronomique des Français* fuese incluida en la lista de patrimonio inmaterial de la humanidad: *Decision of the Intergovernmental Committee: 5.COM 6.14*, disponible en <https://www.ich.unesco.org> [consultado el 22 de septiembre de 2022]. Destaca también que, en cambio, se haya admitido la protección de la receta-fórmula de un perfume –con las notables similitudes que existen entre este y una obra gastronómica– al entenderse que la fórmula elegida por el autor del perfume es la que permite reproducir la fragancia por cualquier persona y si esta última es fruto de la creatividad y se puede considerar como original, la fórmula necesariamente lo será. V. gr., en la *Arrêt de la Cour de Cassation, 10 décembre 2013, 11-19.872, Inédit* se ha confirmado que el perfume puede ser protegible al tratarse de una auténtica expresión de una obra del espíritu siempre que sea original y su objeto pueda ser identificable. También en la Sentencia del Tribunal Supremo de Holanda de 16 de junio de 2006, *Lancôme Parfums et Beauté et CIE S.N.C. vs Kecofa B.V.*, se consideró que el perfume *Trésor* de Lancôme era protegible al ser una obra apreciable por los sentidos y original.

En España se ha planteado un problema similar respecto de los programas de ordenador, resolviéndose con acierto, pues los mismos, siendo una serie de hechos o de instrucciones plasmados en lenguaje programático, tienen la protección correspondiente a la obra creada por su autor¹⁵⁴. Esto también ha sido tratado por la jurisprudencia estadounidense que llegó a dos conclusiones: i. que un programa de ordenador no debía ser protegible por los derechos de autor al ser un método operacional; ii. pero, que, aunque el programa fuera un método, no se trataba de protegerlo aisladamente, sino su representación conjunta, teniendo en cuenta la organización y estructura de los resultados visuales y no visuales del programa. Y, en tal caso, el programa en su conjunto sí que era protegible¹⁵⁵. Dicha conclusión podría ser aplicada a la gastronomía –si se decide seguir optando por concebir la receta como una idea o método–, puesto que el plato es el resultado de una combinación de técnicas e ingredientes organizados y estructurados conforme a los criterios creativos de su creador. La clave de este pronunciamiento estriba en que se solicitó la protección del programa de ordenador, no de sus códigos programáticos y planteándolo de este mismo modo quizá los tribunales estadounidenses comiencen a ver la posibilidad de proteger el plato en su conjunto.

Además, en el caso *Satava vs Lowry* el tribunal estadounidense consideró que «una combinación de elementos no protegibles por los derechos de autor podría ser encuadrable en tal protección si esos elementos son lo suficientemente numerosos y su selección y disposición es suficientemente original como para que su combinación constituya una obra de autoría original»¹⁵⁶. Cabe cuestionarse nuevamente si la protección que se niega a la receta por considerar que una lista de ingredientes y técnicas no es original, debería ser replanteada a la vista de lo sostenido en dicho caso, ya que la cantidad de elementos y técnicas elegidos para llevar a cabo una receta pueden ser más que numerosos y la originalidad del resultado puede ser más que clara¹⁵⁷.

154. M. VÁZQUEZ ESTEBAN, «La percepción gustativa...», *op. cit.*, p. 399.

155. *Google LLC vs Oracle Am., Inc.*, 141 S.Ct. 1183 (2021). Finalmente se consideró que la conducta de Google no era condenable tras aplicar la doctrina del *fair use*.

156. *Satava vs Lowry*, 323 F.3d 805 (9th Cir. 2003). Este mismo criterio se ha mantenido en el caso inglés *Cramp & Sons Ltd. vs Frank Smythson Ltd.*, *Appellate Committee of the House of Lords*, AC 329 (1944), donde se entendió que un conjunto de elementos no protegibles podría ser protegido si en su creación se mostraba que era el resultado de un esfuerzo laboral, de las habilidades y de la creatividad, es decir, que se demostrase que el conjunto de elementos no era el resultado de un procedimiento automático.

157. C. J. BUCCAFUSCO, «On the Legal...», *op. cit.*, p. 1131: «No es más cierto decir que los ingredientes y los pasos para realizar 'Ostras y Perlas' [plato de The French Laundry] es

4.3. ¿Hay recetas creativas?

Otro de los argumentos esgrimidos por la jurisprudencia estadounidense es que las recetas carecen de originalidad y cumplen únicamente una función utilitaria, lo cual es una generalización que no puede ser aceptada. Es cierto que hay obras gastronómicas que no presentan creatividad alguna –piénsese, por ejemplo, en un *simple* guiso de pollo con patatas– y que hay recetas que, aunque sean originales, han pasado al dominio público¹⁵⁸ –piénsese, por ejemplo, en la tortilla de patatas–; pero no todas las recetas son así y no se puede obviar que existen recetas sin ningún precedente gastronómico, que no son simples declaraciones de hechos, que demuestran creatividad, originalidad y que pueden ser identificables con «suficiente precisión y objetividad», como afirmó el TJUE. No se puede dar por cierto que toda receta presenta una ausencia de originalidad o como se afirmó en el caso *Sassafras Enterprises* que «las recetas se dictan por sí mismas, surgen de las características y del uso previsto del producto, no de la imaginación de ningún autor independiente»¹⁵⁹. Aplicar esa afirmación de manera general es, por lo menos, –y perdón por la expresión– una tropelía jurídico-gastronómica.

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

una declaración de hecho como afirmar que la disposición de las palabras en el Ulises de Joyce es una declaración de hecho».

158. *Ibid.* pp. 1128-1130. P. SOLER MASOTA, «La protección de las ideas por Derecho de autor», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t. 22, 2001, p. 502.

159. *Sassafras Enterprises, Inc. vs Roshco, Inc.*, 889 F. Supp. 343 (N.D. Ill. 1995). También, por ejemplo, en el caso *Colon-Lorenzana vs S. Am. Rests. Corp.*, 799 F.3d 31 (1st Cir. 2015), se sostuvo que la receta para hacer un sándwich no podía ser protegida porque era una mera recopilación de hechos. Quizá esa receta no presentaba originalidad alguna, pero no se puede generalizar dicha ausencia. Piénsese, *v. gr.*, en el famoso *sándwich club*, presente en restaurantes de todo el mundo y replicado constantemente. Este sándwich, *tan poco original*, parece ser que fue creado en 1894 en el norte de Nueva York, implicando dos hitos distintos: i. ser servido en un club de caballeros, cuando hasta el momento era una comida prácticamente exclusiva de las mujeres; y ii. romper con los cánones culinarios, al combinar ingredientes fríos con calientes –tomate y pollo– y cremosos con crujientes –lechuga y mahonesa–. Algo que nos parece tan simple supuso en su día una revolución gastronómica. *Vid.* S. JUNG *et al.*, *Signature dishes...*, *op. cit.*, p. 41.

hechas con patatas y que imitan a las piedras¹⁶⁰. ¿Esos platos no son el fruto de la creatividad, de la originalidad, del espíritu de su creador?

En la creación de obras gastronómicas, los cocineros deben experimentar con diversos ingredientes tradicionales y novedosos –plancton, espirulina, alginato, agar-agar...–, observando la forma en la que estos interactúan y de qué modo sus propiedades organolépticas se pueden complementar, siendo una gran parte de las obras gastronómicas demostrativa del trabajo mental del autor, quien las impregna de su propia personalidad, pues no hay que olvidar que es la originalidad lo que, en definitiva, determina la protección de la obra por los derechos de autor¹⁶¹.

Con todo, en nuestro ordenamiento jurídico no se han dado casos en los tribunales acerca de la propiedad intelectual de un determinado plato¹⁶². Pero si atendemos al análisis que se ha esbozado, podemos concluir que las creaciones gastronómicas pueden ser protegidas por los derechos de autor, puesto que i. se trata de obras originales de su creador; ii. se plasman en un medio tangible, aunque esto no sea necesario; y iii. se puede definir la creación gastronómica con suficiente precisión, objetividad y exactitud.

5. LAS RECETAS COMO OBRAS DERIVADAS O COMPUESTAS¹⁶³

Como se ha apuntado anteriormente, reconocer derechos de autor a una obra gastronómica implica que debemos plantearnos hasta qué punto la protección limitaría la inspiración de otros autores o el progreso a partir de una receta anterior, es decir, saber cuándo para desarrollar una nueva receta se necesitará el consentimiento del autor de otra. En el sector gastronómico el

160. Vid. A. SOLANO, «Las tres estrellas en 13 platos de Grant Achatz», *El Mundo*; AA. VV., «Massimo Bottura, i 10 piatti simbolo del miglior chef del mondo del 2018», *Corriere della sera*, disponible en <https://www.corriere.it> [consultado el 2 de agosto de 2022]; S. JUNG et al., *Signature dishes...*, op. cit., pp. 223 y 386.

161. Vid. A. PRESENZA, T. ABBATE, G. L. CASALI y M. PERANO, «An innovative approach to the intellectual property in haute cuisine», *International Journal of Hospitality Management*, n.º 65, 2017, p. 84; M.-C. JANSSENS, «Copyright for...», op. cit., p. 23 [consultado el 29 de septiembre de 2022]. Estas ideas se repiten, por ejemplo, entre otros muchos en el artículo 1 de la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 sobre la protección jurídica de programas de ordenador: «[...] quedará protegido si fuere original en el sentido de que sea una creación intelectual propia de su autor. No se aplicará ningún otro criterio [...]».

162. Sí que se han visto, v. gr., casos sobre indicaciones geográficas protegidas como el sonado caso de la morcilla de burgos.

163. Para estudio detallado, vid. S. ROBERT GUILLÉN, *Alta cocina...*, op. cit., pp. 205-224.

acervo común juega un papel fundamental, pues la gran mayoría de recetas son versiones alteradas, mejoradas o cambiadas de otras anteriores¹⁶⁴. Es decir, en la mayoría de los casos se partirá de una receta original de otro cocinero o de una receta *de dominio público*. Mientras que estas segundas no plantean problema alguno, puesto que, si nadie es su titular, no se va a poder impedir que *se versione*, la utilización de las primeras sí que pueden plantearlos.

El artículo 17 TRLPI dispone que al autor de la obra le corresponden exclusivamente los derechos de explotación de su obra, siendo necesaria su autorización para la transformación, salvo excepciones, estableciéndose en los artículos 9.1, 11.5.º y 21 TRLPI la definición de obra compuesta y derivada¹⁶⁵. Conforme a ellos, la transformación de una obra corresponde a su autor, por lo que cualquier transformación de una obra gastronómica protegida o se realiza por su propio autor o se realiza con su autorización¹⁶⁶. Dejando a un lado la posible distinción entre obras derivadas y compuestas¹⁶⁷, dado que su régimen jurídico es el mismo –se requiere autorización del autor de la obra preexistente y esta conserva sus derechos, además de que ambas implican la transformación de tal obra–, gran parte de las recetas que pretendan ser protegidas encajarán en la categoría de obra compuesta o derivada, requiriéndose la autorización de su autor.

164. M. V. ROCHA, «The Mondrian Cake: may Intellectual Property protect signature food?», *Revista Electrónica de Direito*, n.º 2, 2019, p. 168.

165. Nuestra doctrina ha considerado que la derivación y transformación de los artículos 11 y 21 representan la misma actividad. *Vid.* J. A. MORA GRANELL, «Artículo 21», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. F. Palau Ramírez y G. Palao Moreno), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 367. En el mismo sentido, la STS, civil, de 18 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:8866). Por su parte, H. S. AYLLÓN SANTIAGO, *El derecho de transformación de las obras del espíritu*, Reus, Madrid, 2014, p. 118, define la transformación como «cualquier modificación que se efectúe sobre la obra originaria que, ya incida sobre el contenido o la forma de expresión, permita seguir identificando la misma en la obra resultante y que reúna la suficiente originalidad para ser calificada como obra a los efectos de la propiedad intelectual».

166. Cuestión distinta es si los cocineros que repliquen las obras culinarias de otros deben tener la consideración de intérpretes o ejecutantes conforme a los artículos 105 y ss. TRLPI. Nos remitimos al estudio realizado de la cuestión por S. ROBERT GUILLÉN, *Alta cocina...*, *op. cit.*, pp. 284-288.

167. R. Bercovitz Rodríguez-Cano entiende que son una misma tipología de obras, solo que planteada desde puntos de vista distintos: sujeto, objeto y contenido: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Artículo 11», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, 2007, pp. 190 y ss. Saiz García, entre otros, en cambio, considera que son distintas, aunque tengan el mismo régimen aplicable: C. SAIZ GARCÍA, «Artículo 11», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. F. Palau Ramírez y G. Palao Moreno), Tirant lo Blanch: Valencia, 2017, p. 233.

Pero la dificultad estará en determinar cuándo estaremos ante una obra derivada o compuesta y cuándo ante inspiración o influencias¹⁶⁸, siendo aquí donde entrarán nuevamente los tribunales para determinar estos límites casuísticos¹⁶⁹. Veamos un ejemplo: el *Solomillo Wellington*, receta conocida, consiste en una pieza de solomillo, envuelta en una farsa y todo ello envuelto en hojaldre; y la *Lubina en hojaldre* es un plato de Paul Bocuse en el que se emplea una lubina, envuelta en una farsa y todo ello envuelto en hojaldre, dándole forma de pescado. ¿Esta segunda obra sería una obra derivada? ¿Si Bocuse no hubiera contado con el permiso del creador del *Solomillo Wellington* no podría haber realizado su creación por entenderse que es una derivación? ¿O sería inspiración? Con todo, admitir los derechos de autor en las creaciones gastronómicas comportará la existencia de obras derivadas o compuestas y, quizá, los efectos buscados se desvanezcan ante la imposibilidad de seguir creando sin autorizaciones previas.

6. PROBLEMÁTICA –GASTRONÓMICA– DE LOS DERECHOS DE AUTOR

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

Se reconoce que el aprendizaje es esencial en el proceso educativo de los futuros cocineros, quienes realizan *stages* en los restaurantes de los chefs de los que quieren aprender. Posteriormente, esos discípulos utilizarán los conocimientos aprendidos en sus estancias para realizar nuevas obras gastronómicas. Es más, los propios cocineros, quizá por la ausencia de una normativa protectora establecida y asumida, de manera generalizada considerarán la gastronomía como un sistema de código abierto¹⁷⁰, es decir, entienden

168. A. AROUH, «Food as Arts and the Quest for Authenticity», en *Authenticity in the Kitchen* (ed. R. Hosking), Prospect Books, Oxford, 2005, pp.

169. De un modo similar a como se ha hecho en la industria musical: N. STRAUS, «Trade Dress Protection for Cuisine: Monetizing Creativity in a Low-IP Industry», *UCLA Law Review*, n.º 60, 2012, p. 195.

170. E. CUNNINGHAM, «Protecting Cuisine Under the Rubric of Intellectual Property Law: Should the Law Play a Bigger Role in the Kitchen?», *Journal of High Technology*

que es un modelo colaborativo en el que la creación de un cocinero puede servir de inspiración para la creación gastronómica de otro –recuérdese el ejemplo de la introducción de las creaciones de los hermanos Adrià y Gaggan Anand–.

Se esgrime también que si las obras gastronómicas están sujetas a los derechos de autor se impedirá la acción inventiva de otros cocineros que se inspiren en las obras previas y podría provocar una *asfixia* de la innovación y originalidad que en teoría se pretende proteger, puesto que los nuevos cocineros no podrían poner en práctica las creaciones aprendidas durante sus *stages* y desarrollar nuevas creaciones¹⁷¹. Por ello, se debe buscar un equilibrio entre la protección de la obra, como expresión de la creatividad y personalidad de su autor, y la realidad cultural, social y económica de la gastronomía.

En los diferentes trabajos científicos que recogen el sentir de la profesión, se incide en la idea de que los propios cocineros no buscan la monetización de sus derechos, sino que el objetivo compartido es evitar el plagio o, mejor dicho, evitar que alguien se pueda atribuir la creación de una obra cuando esta fue creada con anterioridad por otro cocinero. Es decir, no se pretende la obtención de los derechos patrimoniales, sino la obtención, más bien, de los morales, en particular, el ser reconocido como autor de una determinada obra¹⁷².

Cabe destacar que el reconocimiento de estos derechos morales supone, en cierto modo, unas ventajas económicas. El reconocimiento de la auto-

Law, n.º 9, 2009, pp. 24-25.

171. G. MARCELLINI, «Food Porn: Towards a changing perspective on the Chef's protection Copyright», *Case for the European and International Advanced IP Law Course at Bocconi University*, 2019, p. 10, disponible en <https://www.academia.edu> [consultado el 15 de julio de 2022]. Se impediría que un cocinero pudiera replicar el plato en su restaurante, aunque le reconociese su autoría: K. RAUSTIALA y C. SPRIGMAN, «The piracy paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design», *Virginia Law Review*, n.º 8, 2006, p. 1768; J. A. BROUSSARD, «An Intellectual Property...», *op. cit.*, p. 724. M. LAWRENCE, «Edible Plagiarism: Reconsidering Recipe Copyright in the Digital Age», *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, n.º 1, 2011, pp. 206-208.
172. C. J. BUCCAFUSCO, «On the Legal...», *op. cit.*, pp. 1152 y 1153. E. FAUCHART y E. HIPPEL, «Norms-Based...», *op. cit.*, pp. 192-193; E. ROSENBLAT, «A Theory of IP's Negative Space», *Columbia Journal of Law & the Arts*, n.º 3, 2011, p. 359. Piénsese que en el derecho estadounidense no se contemplan los derechos morales del modelo europeo, por ello, muchos cocineros estadounidenses defienden la creación de un derecho exclusivamente moral. *Vid.* M. LAWRENCE, «Edible plagiarism...», *op. cit.*, p. 208; C. REEBS, «Sweet or Sour...», *op. cit.*, pp. 58-65.

ría de un plato puede implicar que el cocinero obtenga inversores para posibles proyectos, atraiga a comensales e incluso venda libros o protagonice programas de televisión o de plataformas¹⁷³. No obstante, nuestro ordenamiento jurídico no contempla tal posibilidad. En la actualidad, si se decide acudir a la protección de los derechos de autor, se incluirán también los derechos patrimoniales y toda obra derivada requerirá la previa autorización¹⁷⁴.

En la doctrina norteamericana, buscando un cierto equilibrio, se ha considerado que en la protección de las obras gastronómicas –más bien, en la construcción de un marco jurídico para ella– la solución podría encontrarse en la doctrina del *fair use* o *uso justo*¹⁷⁵, por la que se permite el uso de una obra, sin autorización de su autor, en ciertas ocasiones, ponderando para ello i. el propósito y el carácter del uso¹⁷⁶; ii. la naturaleza de la obra protegida; iii. la cantidad y la importancia de lo utilizado, en relación con el conjunto de la obra protegida; y iv. el efecto de dicho uso en el mercado potencial o en el valor de la obra primigenia; pudiendo diferenciar tres conceptos distintos: *productive fair use*, *necessary fair use* y *equitable fair use*¹⁷⁷.

Respecto de la gastronomía, se podría entender que i. el *productive fair use* se permitirá cuando la nueva obra gastronómica sea una transformación de la original, alterándola en sus ingredientes, texturas o emplatados de una manera tan significativa como para entender que estamos ante un nuevo plato; ii. el *necessary fair use* se permitirá cuando la reproducción de la obra original se utilice en interés de la sociedad –v. gr., una escuela de cocina–; iii. el *equitable fair use* se permitirá cuando el titular de los derechos

173. N. STRAUS, «Trade Dress...», *op. cit.*, p. 203. En el mismo sentido, C. REEBS, *Ibid.* p. 72. Piénsese, por ejemplo, en el aclamado *Gintonic en el plato* de Pedro Subijana en Akelarre y la fama que le dio a su creador, Pedro Subijana, disponible en <https://www.artsandculture.google.com> [consultado el 2 de septiembre de 2022].

174. Como excepción, señala Robert Guillén la posibilidad de acudir a un sistema de licencias como el de *creative commons* para permitir el uso de la receta a un cocinero en concreto o a cualquiera en general: S. ROBERT GUILLÉN, *Alta cocina...*, *op. cit.*, pp. 249-258.

175. J. A. BROUSSARD, «An Intellectual Property», *op. cit.*, pp. 724-725; B. ZARIN, «Knead to know: cracking recipes and trade secret law», *Elon Law Review*, n.º 1, 2016, p. 197. No obstante, en contra de su aplicación a la gastronomía: N. STRAUS, «Trade Dress...», *op. cit.*, p. 213.

176. En cuanto a este requisito, la doctrina estadounidense ha discutido si el hecho de que tenga fines comerciales puede excluir totalmente su autorización. Vid. M. CARRIER, «Cabining Intellectual property Through a Property Paradigm», *Duke Law Journal*, n.º 1, 2004, pp. 85-95.

177. *Ibid.*, p. 95.

de la obra los hubiera obtenido mediante fraude o abusase de su poder en el mercado gastronómico, por lo que se obligaría a los cocineros a hacer un uso equitativo de sus derechos conforme a las prácticas sociales aceptadas¹⁷⁸. Nuestro sistema de derechos de autor contiene muy pocas excepciones al uso de una obra previa de otro autor sin autorización¹⁷⁹ y, en principio, no se ha admitido la doctrina del *fair use*¹⁸⁰. Pero su admisión podría llegar a facilitar la cohesión entre el sistema de los derechos de autor y la idiosincrasia del sector gastronómico, pues no se haría depender la evolución gastronómica de la pertinente autorización.

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

V. PROPIEDAD INDUSTRIAL

1. ARTE, PERO TAMBIÉN INDUSTRIA

Hasta este momento nos hemos referido a la gastronomía como arte y, consecuentemente, en un primer nivel hemos analizado la posibilidad de que las obras gastronómicas fueran protegidas por la propiedad intelectual. No obstante, esta consideración no debe impedir que se pueda acudir a otros mecanismos protectores. La gastronomía, más allá de la expresión de los sentimientos, de la creatividad o del espíritu de un cocinero, se encuadra dentro de la industria y sector gastronómicos¹⁸¹ y, por tanto, no podemos obviar la posibilidad de que las creaciones gastronómicas sean protegidas mediante las instituciones que conforman la propiedad industrial, que son ese conjunto de derechos que corresponden al autor de una creación inmaterial que puede tener aplicación en una industria.

178. Cfr. J. A. BROUSSARD, «An Intellectual Property», *op. cit.*, pp. 725-726.

179. El artículo 32 TRLPI recoge esa posibilidad respecto de citas y reseñas e ilustración con fines educativos o de investigación científica, aunque no con fines comerciales.

180. En sede musical, se ha defendido su utilización para solventar la problemática del *sampling*. Vid. R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, p. 401.

181. Piénsese, por ejemplo, en el imperio gastronómico que ha construido a través de platos memorables Dani García en sus diferentes propuestas a lo largo del mundo.

Tradicionalmente, los derechos de propiedad industrial se dividen en dos grandes grupos: las creaciones industriales –con la distinción entre creaciones técnicas y estéticas– y los signos distintivos¹⁸². Para proteger estas dos categorías, la Oficina Española de Patentes y Marcas –en adelante, OEPM– distingue las siguientes modalidades: i. como signo distintivo, la marca, principalmente; ii. como creaciones técnicas, la patente y el modelo de utilidad; y iii. como creaciones estéticas, el diseño industrial¹⁸³. Así, se tratará de estudiar si las obras gastronómicas pueden ser protegidas a través de alguna de estas modalidades de la propiedad industrial –marcas, patentes, modelos de utilidad y diseños industriales–, teniendo en cuenta las características, requisitos y prohibiciones de cada una de ellas.

2. MARCAS

2.1. Concepto, significado y requisitos

¿Quién no conoce una marca gastronómica? Posiblemente, todos podamos decir *de carrerilla* más de una. Pero ¿qué protegen realmente? ¿Podrían proteger la obra gastronómica entendida en su totalidad? Hay que partir del artículo 4 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas –en adelante, LM– que define las marcas como todo signo que sea apropiado para «*distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras empresas y ser representados en el Registro de Marcas de manera tal que permita a las autoridades competentes y al público en general determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada a su titular*»¹⁸⁴.

En un principio las marcas servían para señalar la propiedad de los bienes de los comerciantes, es decir, indicaban quién era el propietario o cuál era la procedencia del producto en cuestión, pero dicho significado ha sido superado. Actualmente, ya no se trata de demostrar quién es el propietario

182. J. M. OTERO LASTRES, «Introducción», en *Manual de la Propiedad Industrial* (dir. C. Fernández-Novoa Rodríguez, J. M. Otero Lastres y M. Botana Agra), Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 61.

183. Se reconocen otras modalidades como nombres comerciales, topografías de semiconductores o denominaciones de origen.

184. El artículo 4 del Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre marca de la UE define del mismo modo el concepto de marca comunitaria. Además, como señala A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Apuntes de Derecho Mercantil*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 540: «[en una] economía de mercado es indispensable que existan signos distintivos que permitan identificar y diferenciar a las empresas y a sus productos».

de un producto, sino de poder identificar y distinguir los productos de un comerciante de los de los otros¹⁸⁵, no solo desde una perspectiva de los empresarios, sino también desde la de los consumidores, pues ya sostuvo el TJUE en el caso *Arsenal Football Club* que «la función esencial de la marca es garantizar al consumidor o al usuario final la identidad de origen del producto o servicio que con ella se designa, permitiéndole distinguir sin confusión posible dicho producto o servicio de los que tienen otra procedencia»¹⁸⁶. Así, actualmente encontramos la marca representada en cualquier elemento del producto para evitar toda posible confusión.

Este considerable cambio se debe, entre otros factores, a que las marcas se han convertido en «activos valiosos por derecho propio», pues a través de su impronta presentan una capacidad de atracción, tanto desde el punto de vista emocional o psicológico como del comercial¹⁸⁷. Hemos llegado a una situación en la que ciertas marcas suscitan por sí mismas el deseo de adquirir un producto o servicio. En definitiva, se ha convertido la marca, en sí mismo considerada, en un valor publicitario sin parangón¹⁸⁸.

Se debe tener en cuenta que la marca como bien es inmateral y, por tal razón, requiere de un signo que la identifique de manera clara, que la relacione con unos productos o servicios determinados y así, de este modo, pueda conseguir el objetivo de la marca, que es la vinculación entre un signo y un producto o servicio concreto. Pues, aunque en el plano jurídico la marca exista cuando se cumplan los requisitos establecidos en la normativa, en el plano extrajurídico una marca no existirá mientras el consumidor no relacione el signo con el producto¹⁸⁹, teniendo en cuenta, además, que nuestro sistema marcario se basa en el principio de especia-

185. L. BENTLY y B. SHERMAN, *International Property Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2014, p. 809. Señala el FJ 2.º STS, civil, de 20 de junio de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:4748): «Es esencial servir de distintivo de los productos, con las cuales aspira el empresario a distinguirlos de los demás del mercado, y ser un medio de protección a los clientes a través de la constante calidad, y es a estos clientes a los que debe evitarse la confusión o errores, pues es su interés general el que también protege el derecho de marcas».

186. Párr. 48 STJUE 12 de noviembre de 2002, *Arsenal Football Club Plc vs Matthew Reed*, C-206/01.

187. L. BENTLY y B. SHERMAN, *International Property...*, op. cit., p. 810.

188. Solo hay que ver, por ejemplo, el *poder de marca* de ciertas casas de moda como *Loewe*, o de empresas automovilísticas como *Ferrari* o, directamente, de conceptos gastronómicos como *GoXO* de Dabiz Muñoz. Así, como sostienen Bently y Sherman, se pasa del signo al símbolo y del símbolo al mito: *Ibid.*, pp. 810-811.

189. C. FERNÁNDEZ-NOVOA RODRÍGUEZ, *Tratado sobre derecho de marcas*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 26: «La unión entre signo y producto es obra del empresario, pero esta unión

lidad, conforme a las clases establecidas en el Arreglo de Niza de 15 de junio de 1957¹⁹⁰.

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

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

2.2. Contenido del derecho sobre la marca

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

El artículo 34 LM confiere al titular de la marca un *«derecho exclusivo sobre la misma»* que se puede configurar como un *«monopolio de uso»*, utilizándose la marca en el tráfico económico de manera exclusiva, pero, sobre todo, los derechos que se derivan de ella son negativos, puesto que el titular podrá *«prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento, en el tráfico económico, de cualquier signo en relación con productos o servicios»* cuando se den una serie de circunstancias, como, entre otras, que el signo sea idéntico o similar y se utilice para productos o servicios idénticos o similares, siempre que

no desemboca en una auténtica marca hasta [...] que los consumidores [la] captan y [la] retienen en su memoria».

190. Artículo 12.2 LM.

191. J. D. CASTRO GARCÍA, «Las marcas no tradicionales», *Revista de la Propiedad Inmaterial*, n.º 16, 2012, p. 297.

exista un riesgo de confusión. En definitiva, se trata de proteger el interés del empresario de que ningún competidor podrá sustraerle la clientela por copiarle o imitarle, al tiempo que se protege al consumidor, evitando que otros empresarios puedan inducirles a confusión por haber utilizado «*indebidamente para sus propios productos la misma marca u otra semejante*»¹⁹².

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

De este modo, la marca impide que otro pueda utilizar el signo distintivo en relación con los productos o servicios para los que se ha registrado. Pero ¿sirve para proteger una obra gastronómica? A la industria le ha servido y hay numerosos ejemplos. ¿A los restaurantes también les serviría? Parece complicado, aunque hay también ejemplos de ello, por lo que la pregunta es ¿por qué razón? ¿En vistas a una futura comercialización del producto? ¿O porque ante la imposibilidad de proteger de otro modo su obra se decide acudir a las marcas para, por lo menos, tener *algo* de protección?

2.3. Marcas tradicionales

Las marcas tradicionales, como se ha señalado, son «aquellas que se expresan a través de letras, números, palabras, dibujos o símbolos», y en la industria gastronómica es usual encontrarse con compañías que protegen sus productos a través de ellas, adquiriendo un cierto prestigio entre los consumidores y en el mercado¹⁹³. En cambio, no es tan habitual encontrarse con su utilización por parte de los cocineros, aunque sí se puede señalar

192. M. BROSETA PONT y F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2016, p. 273. Aunque, al final, el mercado está lleno de marcas que presentan sus productos de un modo tan similar que inducen a la confusión del consumidor –por ejemplo, es lo que sucede con cierto líquido de lavavajillas de color verde, cuya presentación es imitada por otros muchos competidores–.

193. V. gr., Galletas Artiach S.A.U. es titular de una marca gráfica que representa galletas de dinosaurios. Pero tal registro no implica que pueda monopolizar el uso de la forma de los dinosaurios para crear galletas: SAP Barcelona, civil, de 23 de abril de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:3057).

algún ejemplo, como es el del afamado pastelero francés Pierre Hermé, quien ha registrado como marca los nombres de varios de sus pasteles con el objetivo de evitar que otros puedan vender otros dulces similares con un nombre idéntico: por ejemplo, *Ispahan* es un pastel de rosa, frambuesa y lichi, creado en 1997 por Hermé, y desde el año 2004 es el nombre de una marca registrada en Francia para dulces, bebidas y servicios relacionados con los alimentos¹⁹⁴. Esta marca no impide que otra persona pueda replicar el plato o la receta, pero sí que ningún pastelero utilice tal nombre para un pastel que imite al que creó Hermé.

Si se dan los requisitos establecidos en la legislación, nada impide que el título de una obra gastronómica sea protegido mediante una marca tradicional¹⁹⁵. No obstante, plantea una serie de problemas destacables. En primer lugar, la protección que otorga no impide que otro cocinero pueda replicar el plato o pueda emplear la receta, solo impide que alguien pueda utilizar la marca en cuestión, pues solo se protege el nombre que se utiliza como marca¹⁹⁶. En segundo lugar, se debe tener en cuenta qué cocineros podrían encontrar rentable el coste de obtener una marca y su mantenimiento. Quizá pueda tener un efecto desincentivador para restaurantes como El Celler de Can Roca, donde cada año se desarrollan más de 30 platos nuevos. Pero, en cambio, en restaurantes donde la actividad creadora sea cuantitativamente inferior, este problema no se daría –piénsese, *v. gr.*, en la *Tortilla vaga* de Sacha Hormaechea, seña de identidad de su restaurante–. En tercer lugar, para poder seguir ostentando una marca es necesario que se use continuamente como se señaló y esto, salvo excepciones contadas, no es una práctica habitual en los restaurantes de cocina de autor, en los que la gran mayoría de los platos están presentes solo una o dos temporadas, para dejar paso a nuevas creaciones y se recuperan años después como una evolución o como un recordatorio.

194. *Bulletin officiel de la propriété industrielle* 04/26 vol. I, p. 194, disponible en <https://www.data.inpi.fr> [consultado el 15 de septiembre de 2022]. Aunque en España no sea un pastel especialmente conocido, en Francia es toda una institución y la combinación de sabores que ideó Pierre Hermé se ha convertido en una de las más replicadas por multitud de pasteleros, reposteros, cocineros...

195. B. BUGALLO MONTAÑO, «Creaciones gastronómicas...», *op. cit.*, p. 21. Otra posibilidad sería la creación de una marca personal con el nombre del cocinero, con utilidad para comercializar bajo su nombre una serie de platos. Aunque el problema es el mismo, no protegería la receta en sí, solo que se comercializaran ciertas recetas con una referencia directa a su creador. C. M. GERMAIN, «Don't Steal my...», *op. cit.*, p. 21, disponible en <https://www.scholarship.ufl.edu> [consultado el 17 de septiembre].

196. Por ejemplo, cualquier pastelero en Francia puede hacer un pastel de rosa, frambuesa y lichi, con tal de que no lo llame *Ispahan*.

Quizá desde un punto de vista práctico la marca tradicional podría ser empleada por pasteleros, como el caso de Hermé –sus creaciones no son tan cuantiosas y su venta al público se alarga más en el tiempo–; o para proteger los *signature dishes*, como sería el caso de la *Tortilla vaga* de Sacha, aunque lo que se lograría es simplemente que otra persona no pudiera denominar del mismo modo un plato similar. Ahora bien, esto no es tan sencillo como parece. Pongamos un ejemplo práctico, uno de los *signature dish* de los hermanos Adrià: *la aceituna verde esferificada*. ¿Dicho nombre podría constituir una marca? Observando las prohibiciones absolutas del artículo 5 LM, por lo menos, parece que tal nombre podría ser contrario a algunas de ellas¹⁹⁷. Y quizá esa sea la razón por la que actualmente las aceitunas esferificadas se comercializan bajo otra denominación, *Caviaroli* –de caviar, por ser esféricos y de *oli*, aceite en catalán–, registrada como marca en la OEPM y que impide que otra persona pueda denominar de ese modo a la aceituna esferificada. Pero también por esa razón, por haber registrado como marca un nombre tan distinto al que se utilizó para denominar al *signature dish*, hoy en cualquier restaurante podrías degustar una aceituna esferificada, sin referencia alguna a los hermanos Adrià y presentándose al comensal con el nombre de *aceituna verde esferificada*.

2.4. Marcas no tradicionales

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

A. Marcas gustativas (y olfativas)

La admisión de marcas olorosas y gustativas es uno de los temas sobre los que más se ha escrito en el derecho europeo, aunque sin llegar a una conclusión unánime. Antes de la transposición de la Directiva 2015/2436, se exigía que todo signo pudiera representarse gráficamente, por lo que se

197. V. gr., los compuestos «exclusivamente de signos o indicaciones que puedan servir en el comercio para designar la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, la procedencia geográfica o la época de obtención del producto o de la prestación del servicio u otras [de sus] características».

198. J. D. CASTRO GARCÍA, «Las marcas...», *op. cit.*, p. 297.

había negado que pudiera haber marcas de este tipo, ya que «el requisito de la representación gráfica no se cumple mediante una fórmula química, una descripción con palabras escritas, el depósito de una muestra de olor en cuestión ni una combinación de dichos elementos»¹⁹⁹. Con la transposición de la directiva, en cambio, parece ser que sí que se podría registrar una marca olfativa o gustativa, pues no se exige representación gráfica, sino cualquier tipo de representación, dándose «entrada a nuevas técnicas, distintas a las técnicas gráficas, siempre que permitan determinar de manera clara y precisa el objeto de inscripción y de tutela»²⁰⁰. No obstante, esta variación no significa que se olviden los requisitos que se establecieron en el caso *Sieckmann*: que la representación «sea clara, precisa, completa en sí misma, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva»²⁰¹.

Por tanto, para que pueda existir una marca de este tipo es necesario representarla cumpliendo esos requisitos, y ahí es donde se encuentra uno de los grandes problemas para admitirlas en la actualidad. Por un lado, el sabor tiene «un objeto de protección difícil de identificar»²⁰² porque responde mayoritariamente a una percepción subjetiva, siendo necesario basarse en «sensaciones y experiencias gustativas, [...] subjetivas y variables, pues dependen de factores relacionados con la persona que prueba el producto en cuestión»²⁰³. Por otro lado, para que cualquier signo sea considerado marca es necesario que pueda separarse del producto, lo cual parece complicado en las marcas gustativas donde el sabor forma un todo inescindible con el producto²⁰⁴.

199. Párr. 73 STJUE 12 de diciembre de 2002, *Ralf Sieckmann vs DMPA.*, C-273/00. Posteriormente se ha mantenido en otras como: STGUE de 27 de octubre de 2005, *Eden SARL vs EUIPO*, T-305 04. Como excepción, siendo una *rara avis*, la antigua OAMI en 1999 aceptó la famosa marca *The smell of fresh cut grass*.

200. M. RUIZ MUÑOZ, «Nuevo concepto de marca y signos olfativos», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º 30, 2022, p. 8, disponible en <https://www.laleydigital.es> [consultado el 1 de julio de 2022].

201. Párr. 55 STJUE 12 de diciembre de 2002, *Ralf Sieckmann...*, C-273/00.

202. M. VÁZQUEZ ESTEBAN, «La percepción gustativa...», *op. cit.*, p. 403.

203. Párr. 42 STJUE 13 de noviembre de 2018, *Levola Hengelo...*, C-310/17. Lo mismo se ha sostenido por la USPTO, *v. gr.*, *In re N.V Organon.*, 79 U.S.P.Q.2d 1639 (2006).

204. J. M. OTERO LASTRES, «La definición legal de marca en la nueva Ley española de Marcas», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t. 22, 2001, p. 206. Aunque quizá pudiera plantearse tal independencia en ciertas obras gastronómicas. *V. gr.*, Bittor Arginzoniz, cocinero del Asador Etxebarri, tiene como plato insignia las *angulas a la brasa*, que adquieren un sabor propio de la leña utilizada, diferente al de las angulas crudas o al de las preparadas de manera tradicional. *Vid.* M. FERNÁNDEZ GUADAÑO, «Angulas Etxebarri, de las mejores en España por el chef Bittor Arginzoniz», *Expansión*, 27 de octubre de 2017, disponible en <https://www.expansion.com> [consultado el 15 de septiembre de 2022].

Finalmente, es necesario igualmente que la marca gustativa sea representada para acceder al Registro de Marcas. Por lo que ¿de qué modo podrá ser representado un sabor de manera objetiva, clara, precisa...? Se ha propuesto desde la utilización de fórmulas químicas a la descripción del sabor, pasando por la utilización de muestras o modernos métodos científicos²⁰⁵. Y la respuesta siempre es la misma: no parece posible que en la actualidad se puedan representar las marcas gustativas y, por tanto, admitir su registro²⁰⁶. Pero más allá de su representación, hay que cuestionarse qué papel juega una marca gustativa en la protección de una obra gastronómica. Su practicidad es escasa. Rara vez se relaciona un sabor concreto con un cocinero. A lo sumo, se limitaría a la protección de sabores en productos que, en principio, deberían presentar uno distinto –v. gr., las patatas fritas con sabor a huevo frito– y, en ese caso, quizá la marca gustativa tenga cierta utilidad, pero solo para proteger un determinado sabor en un determinado producto.

B. Marcas tridimensionales (y trade dress)

La otra categoría de marca no tradicional que ha sido estudiada en sede gastronómica es la tridimensional, es decir, «toda forma dotada de altura, anchura y profundidad» que sirva para identificar o representar cierto producto o servicio, englobándose en tal denominación tres tipos de forma: i. la del propio producto, ii. la del envase y iii. aquella que esté desvinculada del producto que representa²⁰⁷. Se debe tener en cuenta, no obstante, la

205. La utilización de fórmulas químicas ha sido descartada porque el signo no permitiría reconocer el producto sin esfuerzo, como se mantuvo en el caso *Sieckmann*. La descripción de la percepción del sabor se ha descartado por la imposibilidad de describir objetivamente un sabor, pues lo que para un sujeto tendrá unas notas muy amargas, para otro no lo serán tanto; lo que para un sujeto es salado, para otro será soso. La utilización de muestras no cumpliría el requisito de perdurabilidad, la muestra está destinada a ser efímera, a consumirse por el paso del tiempo, el cual influye en el sabor de los alimentos –V. gr., ¿sabe igual un queso con una curación de 8 o 24 meses? ¿Sabe igual un chuletón con una maduración de 60 días que uno con 180 días? ¿No afecta el tiempo de envejecimiento a los vinos? –. Y, finalmente, en cuanto a los medios científicos –»cromatografía de gases, cromatografía líquida, metrología sensorial, evaluación sensorial por listas o tecnología 'ismell'»: M. VÁZQUEZ ESTEBAN, «La percepción gustativa...», *op. cit.*, p. 408–, ya se señaló en el párr. 43 STJUE 13 de noviembre de 2018, *Levola* que actualmente no permiten una identificación objetiva del sabor.

206. Así lo entiende, también, entre otros, Ruiz Muñoz, aunque respecto de las marcas olfativas: M. RUIZ MUÑOZ, «Nuevo concepto...», *op. cit.*, pp. 11-16 [consultado el 12 de septiembre de 2022].

207. M. REY-ALVITE VILLAR, «El carácter distintivo de la marca tridimensional en la jurisprudencia de la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º 1, 2014, pp. 295-296.

prohibición absoluta del artículo 5.1.e LM, pues no serán registrables como marca los signos «*constituidos exclusivamente por la forma u otra característica impuesta por la naturaleza misma del producto o [...] necesaria para obtener un resultado técnico, o [...] que dé un valor sustancial al producto*». De este modo, la marca tridimensional en relación con la gastronomía no es un asunto del todo pacífico.

El primer gran avance en cuanto a las marcas tridimensionales se produjo en el caso *Philips* del TJUE, donde se expuso claramente cómo las marcas tridimensionales podían ser objeto de protección, señalando tres líneas maestras –hoy recogidas en la regulación de los países de la UE–. En primer lugar, para que la forma sea «*apropiada para distinguir un producto*» es necesario que su forma «*no precis[e] ninguna adición arbitraria, como un adorno que no tenga finalidad funcional*». En segundo lugar, en caso de que un único operador oferte una clase de productos, «*el uso prolongado de un signo, que consiste en la forma de dichos productos, puede ser suficiente para otorgar al signo carácter distintivo*», siempre que como consecuencia de su uso una gran parte de los interesados en el producto asocien la forma exclusivamente con el operador o creen que todos los productos con esa forma «*proviene[n] de dicho operador*». Y, finalmente, «*un signo constituido exclusivamente por la forma de un producto no puede registrarse en virtud de dicha disposición si se demuestra que sus características funcionales esenciales sólo son atribuibles a un resultado técnico*»²⁰⁸. Desde el caso *Philips*, se ha ido ampliando el concepto de marca tridimensional, llegándose a admitir como marca tridimensional la disposición y el diseño distintivo de un establecimiento abierto al público²⁰⁹.

No obstante, hay que tener en cuenta que a través de una marca tridimensional no se puede obtener el monopolio sobre la comercialización de

208. Párr. 50, 65 y 84 STJUE 18 de junio de 2002, *Koninklijke Philips Electronics NV contra Remington Consumer Products Ltd.*, C-299/99.

209. STJUE 10 de julio de 2014, *Apple Inc. vs Deutsches Patent- und Markenamt*, C-421/13. En cambio, en otros casos se ha fracasado. Entre todos los habidos, destaca la STJUE 12 de junio de 2018, *Christian Louboutin SAS vs Van Haren Schoenen BV*, C-163/16, en la que se consideró que lo que pretendía la marca no era la protección de una forma, sino el uso del color en una determinada parte del zapato. Esta sentencia, ampliamente analizada, produjo un cierto revuelo pues la mayoría de la doctrina, del mismo modo que el Abogado General de la UE, consideraban que el color de las suelas terminaría siendo protegido. En mi humilde opinión, se erró al no conceder la protección pretendida, pues lo que se solicitaba como signo era la forma con un determinado color conjuntamente. Más allá de la decisión del TJUE, cabría plantearse si la sociedad en general al ver unos zapatos con la suela roja piensa inmediatamente o no en Louboutin como marca.

un tipo de producto. Señaló el Tribunal General de la Unión Europea –en adelante, TGUE– en el caso *Galletas Gullón* que la marca tridimensional de un producto impide que se puedan registrar marcas similares para un mismo tipo de producto, pero no que otro fabricante pueda realizar un producto de características similares o idénticas²¹⁰.

En el plano gastronómico, las marcas tridimensionales han tenido un notable recorrido. Por ejemplo, en España fue sonada la sentencia del Tribunal Supremo –en adelante, STS– de 23 de febrero de 1998 en la que se confirmó la prohibición a una determinada empresa de utilizar «*un envase cilíndrico con tapa roja y cuerpo amarillo para la comercialización de un producto a base de cacao*» por suponer la violación del derecho exclusivo sobre marca de otra compañía –cuya marca incluía dicho envase–²¹¹. Si bien, no siempre se ha conseguido la protección pretendida. Por ejemplo, el caso del *Kit Kat*, en el que se buscaba la protección de su forma, es uno de los más problemáticos jurisprudencialmente²¹², con dos vías cuasi simultáneas y paralelas.

La primera vía tuvo su origen en la aceptación de la Oficina de Marcas del Reino Unido de la forma tridimensional del dulce *Kit Kat*, llegando el caso

-
210. Párr. 136 STGUE 28 de mayo de 2020, *Galletas Gullón, S.A. vs EUIPO e Intercontinental Great Brands LLC*, T-667/18. Se concluyó que no se podía registrar la marca por las similitudes existentes, pero que nada impedía que se pudiera realizar por otra empresa una galleta tipo sándwich de chocolate con relleno blanco de vainilla. En un sentido similar se pronunció en su FJ 20.º, la STS, civil, de 2 de septiembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4245): «[El registro de la marca] no justifica que se le atribuya a Kraft el monopolio sobre la comercialización de este tipo de galletas sándwich».
211. FFJJ 3.º y 4.º de la STS, civil, de 23 de febrero de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:1199). Lo más probable es que el lector, aunque no se haya mencionado cuál es la marca vulnerada, sepa cuál es a través de la descripción del envase.
212. Otro caso cuya evolución judicial ha sido conflictiva es el del chocolate con forma de conejo de Lindt. En el que existen las siguientes resoluciones: i. STJUE 11 de junio de 2009, *Lindt & Sprüngli* en la que se resuelve una cuestión prejudicial; ii. Sentencia del Tribunal Supremo de Austria de 17 de enero de 2012, a raíz de esa cuestión prejudicial, en la que la marca se considera protegida en Austria e impide la existencia de otros dulces con la forma conejuna; iii. STJUE 24 de mayo de 2012, *Lindt & Sprüngli* en la que se dio la razón a la OAMI en su negativa de registrar tal forma como marca comunitaria; iv. Sentencia del BGH de 28 de marzo de 2013 (I ZR 72/12) en la que se considera que, aunque Lindt tuviera registrada la forma como marca tridimensional, no significaba que no pudiera haber otros dulces con forma de conejo, siempre que no hubiera riesgo de confusión; v. aunque no sea un país de la UE, la reciente sentencia del 30 de agosto de 2022 del Tribunal Federal de Suiza consideró que la forma del conejo constituía una marca tridimensional y que por tanto, en este caso, Lidl no podía comercializar un conejo de chocolate similar.

a la High Court of Justice, quien planteó una cuestión prejudicial, resuelta en la sentencia del TJUE *Société des Produits Nestlé* de 2015, donde se sostuvo que se podía negar la forma como signo cuando incluyera «tres características esenciales, de las que una resulta de la propia naturaleza del producto y las otras dos son necesarias para la obtención de un resultado técnico», refiriéndose tal necesidad «al modo en que funciona el producto [...] y no] al modo en que se fabrica»; añadiendo que debía probarse que «los sectores interesados perciben el producto o el servicio que designa esta marca por sí misma»²¹³, por lo que los tribunales ingleses consideraron que no se había demostrado que se percibiera la forma tridimensional del *Kit Kat* como indicativa de su origen²¹⁴.

Simultáneamente e intercalándose entre las decisiones expuestas, en sede de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea –en adelante, EUIPO– comenzó un procedimiento similar, con las mismas partes y sobre la misma forma, pero como marca tridimensional de la UE. El TGUE en su sentencia de 15 de diciembre de 2016 consideró que no podía otorgarse tal marca porque, «aunque se ha acreditado que la marca controvertida había adquirido carácter distintivo por su uso en Dinamarca, Alemania, España, Francia, Italia, Reino Unido [y otros Estados]», no se pudo concluir tal carácter distintivo en todo el territorio de la UE²¹⁵. El TJUE confirmó el pronunciamiento por entender que efectivamente no se había probado la adquisición del *carácter distintivo en Bélgica, Irlanda, Grecia y Portugal*²¹⁶. No obstante, a la vista de estos pronunciamientos, respecto de los Estados en los que sí que está probado el carácter distintivo, considero que se podría intentar –y obtener– la obtención de marcas nacionales²¹⁷.

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

214. *Société des Produits Nestlé SA vs Cadbury UK Ltd.*, Court of Appeal (Civil), EWCA Civ 358 (2017).

215. Párr. 177 STGUE 15 de diciembre de 2016, *Mondelez UK Holdings & Services Ltd. vs EUIPO y Société des produits Nestlé SA*, T-112/13. Decisión que, por ejemplo, los tribunales del Reino Unido no tuvieron en cuenta en las sentencias antedichas, puesto que el TGUE sí que consideró que en el Reino Unido la forma había adquirido carácter distintivo.

216. Párr. 88 STJUE 25 de julio de 2018, *Société des produits Nestlé SA vs Mondelez UK Holdings & Services Ltd.*, C-84/17 P, C-85/17 P y C-95/17 P.

217. En relación con el carácter distintivo por el uso, podemos traer a colación la reciente STS, civil, de 19 de julio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3361) en la que se analizaba el envase de vidrio verde típico de las sidras asturianas como marca tridimensional. En ella, el alto tribunal española ha entendido que «el uso puede haber contribuido a resaltar la distintividad del envase. Que es lo que ocurre en este caso, en que su uso por los asociados de la titular de la marca, lagareros de Asturias, ha dado lugar a que un consumidor medio de sidra natural al ver este envase pueda distinguir el origen empresarial, en cuanto que se trata

En el derecho estadounidense encontramos una figura que presenta grandes similitudes con la marca tridimensional, el *trade dress*²¹⁸, entendiéndose que es la «combinación de cualquier elemento con la que un producto se presenta al comprador»²¹⁹. Así, en torno a este concepto, se engloba tanto «la apariencia general de las etiquetas, envoltorios y contenedores o envases usados para empaquetar un producto, como la totalidad de los elementos que componen la forma en que el producto es empaquetado o presentado e incluso, también, la forma y diseño del producto mismo»²²⁰. Es decir, es más que una marca tridimensional que proteja la forma del producto o del envase, pues busca una protección de la imagen en su conjunto, la *imagen total*, incluyendo «el tamaño, la forma, el color, las texturas o los gráficos», así como el propio diseño de un producto²²¹.

En Estados Unidos, regulada la materia en la *Lanham Act*, no se exige registro para su protección, si bien se requerirá que el demandante pruebe

de sidra que proviene de lagareros asturianos». Así, concluye el Tribunal Supremo que el envase señalado constituye una marca tridimensional registrada y que, por lo tanto, el infractor –una marca de sidra cántabra– no puede utilizar dicha forma.

218. En nuestro derecho se considera que el *trade dress* no forma parte del derecho de marcas, a diferencia de lo que ocurre en el estadounidense, sino que forma parte del derecho de la competencia, tal y como se señaló en el FJ 6.º STS, civil, de 30 de junio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:4484) y que indicó que su protección se encuentra en el artículo 6 LCD. En ese mismo sentido se había pronunciado con anterioridad, entre otros, J. MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999 [E-book], disponible en <https://www.proview.thomsonreuters.es> [consultado el 10 de septiembre de 2022]. A pesar de que dicha inclusión en el derecho de la competencia es innegable, se ha optado por tratar el *trade dress* junto con las marcas tridimensionales por varias razones: i. porque en este trabajo no incidimos directamente en el estudio de la competencia desleal, aunque en varias ocasiones se trate como al estudiar los secretos empresariales; ii. porque a pesar de las diferencias existentes –que las hay–, los requisitos de ambas –o las razones que hay detrás de estos– presentan grandes similitudes; y iii. porque la inclusión en el derecho de la competencia responde principalmente al requisito de que debe causar una confusión en el consumidor medio, requisito determinativo de la protección, pero que, a los efectos de este trabajo, será tratado en menor medida.
219. S. C. SANDBERG, «Trade Dress: What Does It Mean?», *Franchise Law Journal*, n.º 1, 2009, p. 10.
220. M. C. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, «La protección de la presentación comercial en el Common Law: EE. UU. –Trade Dress– y Gran Bretaña –Get up–», *Revista de Gestión Pública y Privada*, n.º 5, 2005, p. 107.
221. La jurisprudencia utiliza la expresión *total image* para referirse a su protección: *John H. Harland Co. vs Clarke Checks, Inc.*, 711 F.2d 966 (11th Cir. 1983): *Trade dress involves the total image of a product*. Vid. E. CUNNINGHAM, «Protecting Cuisine...», *op. cit.*, pp. 24-25: «Trade dress can include features such as size, shape, colour, textures or graphics. It can also include the design of a product».

tres aspectos. En primer lugar, que la imagen comercial presenta una distintividad inherente, si es una imagen comercial arbitraria, o que ha adquirido dicha distintividad a través de un significado secundario, si es una imagen comercial descriptiva²²². Además, si es la imagen comercial del producto –no del envase– no se considera que este pueda presentar una distintividad inherente, sino que es necesario que adquiera un significado secundario que le aporte la distintividad²²³. En segundo lugar, que la imagen comercial no sea funcional al producto, si bien, como señala la doctrina americana, no debe tratarse de una funcionalidad *de iure*, es decir, que, aunque el *trade dress* pueda desempeñar una función o tenga una utilidad, el producto pueda existir y cumplir su función principal con otro *trade dress*²²⁴. Así, no será protegible cuando la apariencia sea esencial para la finalidad del producto, o cuando la apariencia afecte al coste o a la calidad del producto notablemente o cuando el uso exclusivo de la apariencia pudiera implicar una desventaja significativa para los competidores²²⁵. Y, finalmente, que haya probabilidad de crear confusión al consumidor medio comparado dos *trade dress*²²⁶.

Después de todo lo visto, sin embargo, la pregunta sería ¿cómo puede proteger una marca tridimensional o el *trade dress* una obra gastronómica? A pesar de sus diferencias y de que una pertenezca al ámbito marcario y otra al de la competencia desleal, ambas, en definitiva, protegen la apariencia de un producto o su forma. Por lo que podrían servir para proteger la apariencia

-
222. Cfr. *Tone Bros. Inc. vs Sysco Corp.*, 28 F.3d 1192 (Fed. Cir. 1994) y *Two Pesos, Inc. vs Taco Cabana, Inc.*, 505 US 763 (1992). En cuanto a que sea arbitraria, se señala que es necesario que sea algo más que la única de su tipo, pues debe ser original, distintiva y peculiar en su apariencia (*v. gr.*, la imagen de una manzana y su relación con los ordenadores de la propia marca *Apple* no responde a un criterio descriptivo, sino que es una relación arbitraria): K. M. GEORGE, «Trade Dress Law in the Commercial Kitchen: Exploring the Application of the Lanham Act to Food Plating in the Culinary Industry», *NUJS Law Review*, N. 10, 2017, p. 625. En cuanto al significado secundario, lo importante es que los consumidores mayoritariamente consideren que el producto proviene de una única ‘fuente’, aunque no conozcan el nombre del productor o piensen que este es anónimo: *Processed Plastic Co. vs Warner Communications, Inc.*, 675 F.2d 852 (7th Cir. 1982).
223. *Wal-Mart Stores, Inc. vs Samara Brothers, Inc.*, 529 US 205 (2nd Cir. 2000).
224. *In re Morton-Norwich Products, Inc.*, 671 F.2d 1332 (C.C.P.A. 1982). Vid. C. CASLOWITZ, «Trade Dress and Section 43(A) [N.1] of the Lanham Act», *Idea. The Journal of Law and Technology*, n.º 33, 1993, pp. 189-190.
225. *SK&F, Co. vs Premo Pharmaceutical Laboratories, Inc.*, 625 F.2d 1055 (3rd Cir. 1980); *In re Morton-Norwich Products, Inc.*; *Epic Metals Corp. vs Souliere*, 99 F.3d 1034 (11th Cir. 1996).
226. *Two Pesos, Inc. vs Taco Cabana, Inc.*; J. W. REESE, «Defining the elements of Trade Dress infringement under section 43(A) of the Lanham Act», *Texas Intellectual Property Law Journal*, n.º 2, 1994, p. 121.

de la obra gastronómica, a través de la forma creada por la combinación de texturas e ingredientes²²⁷. La creación gastronómica puede presentar un festín no solo gustativo, sino también visual, puesto que la apariencia externa de la creación gastronómica va más allá «*de un mero acto de embellecimiento superficial*»²²⁸. Pero para ello será necesario que cumpla todos los requisitos que se establecen para las marcas tridimensionales o, en su caso, para el *trade dress*, lo cual no es nada sencillo²²⁹. Si bien, antes de proceder a tal análisis, es necesario recordar que ambos no protegen la obra en su conjunto, sino solo su representación o forma concreta²³⁰.

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

Por otro lado, ambas instituciones requieren que haya una cierta disociación entre lo que se pretende proteger y su funcionalidad, pues en el caso de nuestro derecho no se podrá registrar una marca tridimensional cuando la forma del producto sea necesaria para obtener un resultado técnico, ya

227. Straus sostiene que debería tratarse de una marca de servicio, pues la creación gastronómica se presenta en el marco de una experiencia mayor que es el acudir a un restaurante: N. STRAUS, «Trade Dress...», *op. cit.*, pp. 227-228.

228. K. M. GEORGE, «Trade Dress...», *op. cit.*, p. 613. E. CUNNINGHAM, «Protecting Cuisine...», *op. cit.*, p. 42: «*They might protect a unique style of presentation if it is non-functional, has acquired secondary meaning, and there is a likelihood of consumer confusion*» [Traducción propia].

229. En EE. UU. se llegó a la conclusión de que un plato podía ser protegido mediante el *trade dress* siempre que fuera distintivo y no funcional [N.Y. *Pizzeria, Inc. vs Syal*, 56 F. Supp. 3d 875 (S.D.Tex. 2014)], aunque no hayan considerado en ningún caso que el plato sea distintivo y no funcional [Entre otras: *Universal Frozen Foods, Co. vs Lamb-Weston, Inc.*, 697 F. Supp. 389 (D. Or. 1987)]. En cambio, sí que se ha conseguido la protección de ciertos productos gastronómicos industriales como son las galletas de Pepperidge Farm: K. M. SAUNDERS y V. FLUGGE, «Food for...», *op. cit.*, pp. 179-180. También se ha admitido la protección del *trade dress* del glaseado de unos pasteles: *Denbra IP Holdings vs Thornton*, 521 F. Supp. 3d 667 (E.D.Tex. 2021).

230. N. STRAUS, «Trade Dress...», *op. cit.*, p. 195.

231. S. JUNG *et al.*, *Signature dishes...*, *op. cit.*, p. 412.

que, aunque el derecho marcario proteja aquellos signos que permitan diferenciar un producto de los que ofrezcan los competidores, esa prohibición tiene por objetivo impedir que se pueda otorgar a un sujeto el monopolio de una solución técnica o de una característica de uso del producto, suponiendo «un obstáculo a que [los competidores] puedan ofrecer libremente productos que incorporen dichas soluciones técnicas o dichas características de uso»²³². Por ejemplo, el *croissant* de François Perret para Le Comptoir del Ritz de París²³³, en lugar de presentar la tradicional forma de medialuna, se creó con una forma paralelepípeda, alargada y oblonga, para que sea más sencillo tanto degustarlo con un café o mientras uno se desplaza como para conseguir que el *croissant* se cueza uniformemente. ¿Tal forma podrá ser registrada como marca tridimensional? ¿O por facilitar su forma el consumo y cocción se impedirá que sea registrada y protegida?²³⁴.

Si pensamos en la protección del emplatado, se podría argumentar que la comida no necesita ninguna sofisticación en su presentación y que, por tanto, el emplatado no tendrá una función práctica, pero, al mismo tiempo, si no se emplata no puede ser degustado. ¿Para qué y por qué se hace un determinado emplatado? Si su colocación es puramente estética nos encontraríamos ante una prohibición del derecho europeo; si su objetivo es una mejor degustación de los ingredientes del plato, permitiendo apreciarlos homogénea o heterogéneamente, estaríamos, en este caso, ante una prohibición de nuestro derecho, porque la forma del emplatado respondería a una función utilitaria. Por tanto, parece complicado que el emplatado pueda ser protegido como marca tridimensional.

Otro de los requisitos que plantean las marcas tridimensionales, como se ha visto en la jurisprudencia europea, es la necesidad de que sea distintiva, que sea reconocida por los consumidores de manera generalizada. Un

232. Párr. 25 STJUE 23 de abril de 2020, *Gömböc Kutató, Szolgáltató és Kereskedelmi Kft. vs Szellelmi Tulajdon Nemzeti Hivatala*, C-237/19.

233. Vid. <https://www.ritzparislecomptoir.com/fr/viennoiserie/croissant> [Consultado el 1 de junio de 2022].

234. En EE. UU., en el caso *Sweet Street Desserts Inc. vs Chudleigh Ltd.*, 655 F.App'x 103 (3rd Cir. 2016) se pretendió proteger una tarta de manzana de una sola porción, con forma circular, en cuyo centro era visible el relleno de frutas y rodeada de una serie de pliegues que simulaban los pétalos de una flor. Se consideró que el pastel no era protegible a través del *trade dress* porque lo característico del pastel, los pétalos, más allá de su carácter estético, cumplían una función que era sujetar el relleno, mantener la forma redondeada del pastel y permitir que este pueda ser recalentado sin que el relleno, al tener un orificio superior, pueda derramarse.

plato en su conjunto puede tener un aspecto distintivo y que su origen sea reconocido fuera de toda duda, como ocurre, por ejemplo, con las *aceitunas esferificadas*²³⁵. Pero ¿se podría afirmar lo mismo de un *simple* proceso de colocación como cuando se sirven las patatas fritas con el corte *Pont Neuf*? ¿O colocarlas de un modo distinto sería suficiente para ser distintivas?²³⁶.

No considero que, de manera general, las obras gastronómicas sean el objeto idóneo de las marcas tridimensionales o del *trade dress*²³⁷. En primer lugar, resulta complicado que una obra gastronómica pueda presentar un carácter distintivo y no funcional, al tiempo que no infrinja ninguna de las prohibiciones que se recogen en nuestro ordenamiento, sobre todo al ser vinculadas con la estética y, viendo la jurisprudencia del TJUE, no es nada sencillo que una receta pueda llegar a ser reconocida de manera general como proveniente de un determinado cocinero²³⁸. En segundo lugar, la utilización de estas instituciones solo protegería, en su caso, la percepción externa, la forma de la creación, lo que no impediría que otro cocinero pudiera realizar la misma receta²³⁹, pero presentándola con otro emplatado, o realizase una variación –por ejemplo, el chef Dani García en su restaurante Leña presenta un homenaje al *Meat Fruit* de Heston Blumenthal a través de una

235. No obstante, no considero que este plato pudiera ser protegido como marca tridimensional, ya que las características funcionales esenciales del mismo son atribuibles a un resultado técnico concreto.

236. Brown sí que considera que la forma de colocar los ingredientes –en su caso habla del glaseado de los pasteles– puede permitir identificar un plato –tarta– de un determinado cocinero –pastelero– y que su colocación, por tanto, cumple con el requisito de ser distintiva sin lugar a duda: H. BROWN, «Having your cake and eating it too: Intellectual Property Protection for Cake Design», *IDEA – The Journal of the Franklin Pierce Center for Intellectual property*, n.º 1, 2016, pp. 53-54.

237. Otra figura similar es el *passing off* del derecho anglosajón, por el que se impide que se pueda hacer pasar el producto de un comerciante como propio de otro, requiriéndose: i. Que el titular del bien copiado acumule un fondo de comercio; ii. que el infractor tenga como objetivo engañar al público; y iii. que con el engaño se perjudique al fondo de comercio del titular del bien copiado: L. BENTLY y B. SHERMAN, *op. cit.*, p. 826. No obstante, presenta como obstáculos para la protección de una obra gastronómica que i. tiene que ser un plato distintivo, pues se exige la existencia de un fondo de comercio directamente vinculado a la creación; y ii. es necesario que el segundo cocinero realizase el plato haciéndolo pasar por propio, requiriéndose una actitud positiva del cocinero, no bastando con no mencionar a su creador: *vid. entre otras: Reckitt & Colman Products Ltd. vs Borden Inc., Appellate Committee of the House of Lords*, AII E.R. 873 (1990).

238. C. Y. N. SMITH, «Food art...», *op. cit.*, p. 19.

239. D. J. GANZ, «Intellectual Property Protection for Food: Balancing Competing Policy Objectives», *University of La Verne Law Review*, n.º 2, 2019, p. 133.

manzana²⁴⁰-. En tercer lugar, tal y como se ha dicho respecto de las marcas tradicionales, la protección de una marca exige su uso continuado, requisito que no se tiende a dar en la mayoría de los supuestos gastronómicos²⁴¹.

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

3. INVENCIÓNES INDUSTRIALES

3.1. Patentes

A. Concepto, objeto, clases y contenido

¿Tienen algo que ver las patentes con la gastronomía? Mucho. Solo piensen que hubo un día en que alguien simplificó la alimentación de muchas personas inventando y patentando un microondas. ¿Pero pueden servir para proteger obras gastronómicas de restaurantes? Para responder esa pregunta es necesario, en primer lugar, adentrarse en el derecho de patentes, el cual tiene por objetivo «*impulsar el progreso tecnológico dentro de un mercado de*

240. Disponible en <https://www.hosteleriayturismomasterd.es> [consultado el 28 de septiembre de 2022].

241. Frente a lo aquí sostenido, autores como Krizman defienden que las marcas tridimensionales o el *trade dress* son el mejor instrumento para proteger las obras gastronómicas de autor, siempre que tengan una forma única y cumplan la función de identificar, distinguir e indicar el origen del plato, se garantice su calidad y posea un atractivo publicitario inherente que sirva para crear un mercado directo: L. K. KRIZMAN, «Trademark Protection for Restaurant Owners: Having Your Cake and Trademarking It Too», *Trademark Reporter*, n.º 4, 2009, p. 1026. No obstante, su practicidad es tan limitada que no se pueden erigir en la forma por excelencia para la protección de obras gastronómicas, cuando, además, no se protege la creación, sino solo su apariencia externa.

libre competencia», promocionar la innovación tecnológica, elevar la competitividad, recompensar al inventor y fomentar el desarrollo económico²⁴², buscando una utilidad para la sociedad²⁴³.

El artículo 1 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes –en adelante, LP– recoge como título de propiedad industrial para la protección de las invenciones industriales las patentes de invención, aunque no lo define directamente²⁴⁴, sino que opta por acudir a una serie de exclusiones y excepciones recogidas en sus artículos 4 y 5. El término patente de invención «evoca la idea de que el inventor describe o pone de manifiesto o revela su invención»²⁴⁵, de ahí que se diferencien tres conceptos: i. «el acto administrativo reglado y obligatorio si concurren los requisitos de patentabilidad»; ii. «el título o certificado de la patente que oficialmente se emite»; y iii. «el derecho de la patente como alusivo del conjunto de los derechos y facultades que asisten al titular de la invención»²⁴⁶. Por su parte, el artículo 4 LP dispone que «son patentables, en todos los campos de la tecnología, las invenciones que sean nuevas, impliquen actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial», recogiendo así los requisitos de patentabilidad.

Ante las diversas clasificaciones existentes, dado el objeto de las obras gastronómicas asumido en este artículo, puede ser ilustrativo diferenciar las patentes, según su objeto de protección²⁴⁷, entre patentes de producto, cuando lo que se proteja sea un «producto o sustancia resultante de la invención, con independencia tanto del proceso industrial utilizado en su obtención, como del uso específico que haya previsto darle»; y patentes de procedimiento, si lo protegido es «un modo, forma o método para obtener un resultado útil»²⁴⁸.

242. A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Apuntes...*, op. cit., p. 449; J. GARBAYO BLANCH, «Derecho de Patentes», en *Derecho de la Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y Propiedad Industrial* (dir. M. Ruiz Muñoz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 245.

243. L. BENTLY y B. SHERMAN, *International Property...*, op. cit., pp. 3-4.

244. S. FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, *Derecho de patentes e investigación científica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 83: «regla técnica para la resolución de un problema técnico, [caracterizada por su] carácter técnico, ejecutabilidad, repetibilidad y exposición de un problema y su resolución».

245. M. BOTANA AGRA, «Invención y patente», en *Manual de la Propiedad Industrial* (dir. C. Fernández-Novoa Rodríguez et al.), Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 99.

246. J. GARBAYO BLANCH, «Derecho de...», op. cit., p. 246.

247. A pesar de ser una clasificación habitual, no tiene reflejo directo en la LP –sí indirectamente, ex artículo 4 al tratar la patentabilidad de la materia biológica–, pero sí que se recoge en el artículo 27 del Acuerdo ADPIC.

248. M. BOTANA AGRA, «Invención y...», op. cit., p. 99. En el FJ 1.º de la STS, contencioso, de 21 de marzo de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:2032) se definen del siguiente modo: «Las

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

La obra gastronómica puede ser una obra artística, pero, al mismo tiempo, nada impide que pueda ser considerada una auténtica innovación –o, por lo menos, así se afirma en un lenguaje no jurídico–: Las esferificaciones de los hermanos Adrià, el nitrógeno líquido para la realización de sorbetes y helados planteado por André Daguin, la cocina al vacío de Praulus y de los hermanos Troigrois o cualquiera de las novedades de los *genios* del restaurante Disfrutar²⁵⁰. ¿Todo ello es innovación o qué es? Por tanto, la pregunta que debemos realizarnos es si una obra gastronómica puede ser protegida por el derecho de patentes y, en caso afirmativo, si puede ser un régimen útil para la industria gastronómica.

B. Exclusiones y excepciones a la patentabilidad

Se ha señalado anteriormente que el legislador ha optado por definir el término invención de manera negativa, indicando, por un lado, que *ciertas cosas* no tendrán la consideración de invención y, por otro lado, que ciertas invenciones, a pesar de serlo, no serán patentables. Por lo que debemos plantearnos si las creaciones gastronómicas se podrían encontrar en alguna de esas exclusiones o excepciones a la patentabilidad.

*primeras [producto] son el prototipo de una realidad, natural y consisten en la descripción de un cuerpo cierto, objeto o cosa. Las otras [procedimiento] formulan un modelo de conducta, de comportamiento y, en definitiva, de una acción para conseguir algo mediante una serie de manipulaciones necesarias para producirlo». A estas dos categorías 'tradicionales' se tiende a añadir una tercera, que sería aquella que tiene por objeto de protección un producto a través de un procedimiento –en inglés, *product-by-process*–. Ha sido reconocido, entre otros, en el FJ 6.º de la SAP Barcelona, civil, de 2 de febrero de 2016 (ECLI:ES:APB:2016:508); y ha sido defendida la categoría en M. VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, *Estudios sobre los requisitos de patentabilidad, el alcance y la violación del derecho de patente*, Bosch, Barcelona, 2005 [E-book], disponible en <https://www.vlex.es> [consultado el 22 de septiembre de 2022].*

249. J. MASSAGUER FUENTES, «El contenido y alcance del derecho de patente», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 15, 2006, p. 174.

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

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

La primera que tenemos intención de destacar son *los descubrimientos*. En la gastronomía es habitual el descubrimiento de nuevos ingredientes. Por ejemplo, pensemos en el trabajo incansable de Virgilio Martínez en su restaurante Central por «*descubrir, redescubrir y recuperar*» ingredientes de las comunidades indígenas²⁵¹; o en el esfuerzo de Ángel León por nutrir nuestras despensas de productos marinos²⁵². No obstante, estos descubrimientos no dejan de ser una constatación de la naturaleza y no una invención. A pesar de eso, en ciertos casos, se podría llegar a obtener una patente conforme al artículo 4.2 LP, cuando dispone este que «*la materia biológica aislada de su entorno natural o producida por medio de un procedimiento técnico podrá ser objeto de una invención, aun cuando ya exista anteriormente en estado natural*». Y, además, que el descubrimiento no fuera considerado una invención no impide que pueda formar parte de un producto o de un procedimiento que constituya una invención patentable²⁵³.

La segunda de las exclusiones que debe llamar nuestra atención es la relativa a las obras «*artísticas o cualquier otra creación estética*». Hemos defendido que la gastronomía es un arte y continuamos considerando que ciertas obras gastronómicas son artísticas. Y, por tanto, parecería que, ante tal asunción, se debiera excluir la patentabilidad de la obra gastronómica por ser artística. Empero, conforme al artículo 5 LP, la exclusión no significa que toda obra artística deba quedar excluida, sino que podrá ser paten-

251. AA. VV., «'Central', el diario de viajes de un explorador de ingredientes», *Gestión*, 4 de diciembre de 2016, disponible en <https://www.gestion.pe> [consultado el 20 de septiembre de 2022].

252. M. GOULDING, «Seeding the Ocean: Inside a Michelin-Starred Chef's Revolutionary Quest to Harvest Rice from the Sea», *Time*, disponible en <https://www.time.com> [consultado el 20 de septiembre de 2022]. Descubrió un cereal marino que puede ser utilizado como sustitutivo del arroz, medio e instrumento para acabar con el hambre del mundo, dada la cantidad de terreno que se podría cultivar.

253. Por ejemplo, la Universidad de Cádiz tiene patentado un *Mousse de algas frescas* realizado con algas «*de las especies Ulva sp. y/o Gracilaria sp., recolectadas en los esteros del Parque Natural de la Bahía de Cádiz, junto con otros ingredientes complementarios [...]*». Número de publicación de la OEPM: 2 425 606.

table cuando haya un elemento técnico que se presente como solución a un determinado problema y se cumplan todos los requisitos positivos de patentabilidad que se analizarán²⁵⁴.

Finalmente, tampoco se consideran invenciones los «planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales». Y se podría intentar esgrimir que una receta puede ser incluida en tal exclusión. No obstante, la receta no es una mera lista de hechos o una serie de reglas²⁵⁵, es una de las formas de representar la obra gastronómica, en la que no solo se define cuál es el proceso necesario para realizar el plato final, sino que se indican los ingredientes requeridos, la forma de presentarlo, sus propiedades organolépticas, etc.²⁵⁶.

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

Así, no se puede afirmar, más allá de las matizaciones expuestas, que haya una exclusión o excepción a que una obra gastronómica –el plato en

254. O. RAMON SAURI, *La actividad inventiva como requisito de patentabilidad* [tesis doctoral], Universitat de Barcelona, 2015, pp. 109-110. Piénsese en el mencionado *croissant* de Perret. Aunque podamos considerar que se trata de una obra gastronómica, artística y estética, su forma alargada, fruto de un ejercicio técnico, permite resolver el problema, tanto de cocción de los croissants, como de su degustación mientras se camina.

255. *Vid. supra* epígrafe dedicado a la propiedad intelectual. Conforme al artículo 27.1 LP se podría incluso llegar a plantear incluso un paralelismo entre la descripción que se requiere en la normativa para registrar la invención y la receta de las creaciones gastronómicas.

256. K. M. SAUNDERS y V. FLUGGE, «Food for thought...», *op. cit.*, p. 168: «Una receta puede considerarse tanto como un procedimiento como un producto» [Traducción propia].

257. En España contamos con un régimen de protección de las obtenciones vegetales regulado en la Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales.

su conjunto o la técnica— pueda ser una invención patentable²⁵⁸, por lo que será necesario el análisis de los requisitos positivos de patentabilidad para dilucidar con mayor detalle tal posibilidad.

C. Requisitos positivos de patentabilidad

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

a) Novedad

El primero de los requisitos establecidos es que la invención sea nueva, es decir, *ex artículo 6.1 LP*, que «*no está comprendid[a] en el estado de la técnica*»; concepto que requiere, a su vez, que se defina el término ‘estado de la técnica’, cosa que hace en su apartado segundo al establecer que este «*está constituido por todo lo que antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente se ha hecho accesible al público en España o en el extranjero por una descripción escrita u oral, por una utilización o por cualquier otro medio*»²⁶⁰. Al final, con este requisito se pretende premiar al primero que llega a una invención y la registra —en cierto modo, una manifestación del principio *prior in tempore, potior in iure*—. Pero ¿cuándo una obra gastronómica es novedosa? Mejor dicho: ¿cuándo una invención gastronómica es novedosa?

El TS, desde una perspectiva negativa, afirmó que una invención puede no ser novedosa debido «*a una descripción explícita, derivada de cuanto se expone explícitamente en el documento anterior (...), o por divulgación implícita, que concurre, cuando, al poner en práctica las enseñanzas del documento anterior, el experto hubiera inevitablemente llegado a un resultado comprendido en los términos de la reivindicación*». Añadiendo que el mencionado juicio comparativo deberá realizarse de manera individual «*con cada una de las anterioridades,*

258. En el derecho británico, aunque igualmente recogido en el español, se afirmó en el caso *Aerotel Ltd. vs Telco Holdings Ltd*, *Court of Appeal of England and Wales (Civil Division)*, EWCA Civ 1371 (2006) que en el término *campo de la tecnología* se incluye cualquier campo sin excepción por razón del campo.

259. J. GARBAYO BLANCH, «Derecho de...», *op. cit.*, p. 247.

260. En el artículo 6.3 LP añade que también estará formado por aquellas solicitudes, cuya fecha de presentación sea anterior a la de la solicitud pretendida, y que hubieran sido publicadas ya o se publiquen posteriormente.

sin que sea lícito determinar la falta de novedad de una invención a partir de la combinación de varios elementos precedentes»²⁶¹. En definitiva, para considerar que una invención es novedosa se requerirá analizar y determinar cuál es el estado de la técnica anterior relacionado con la invención y compararlo con la propia invención.

Así, para no ser novedosa se requiere que todos y cada uno de sus elementos deriven de manera clara, directa y no ambigua del estado de la técnica anterior²⁶². Ahora bien, aunque todos ellos se encontrasen en el estado de la técnica anterior, no implicaría necesariamente que la invención no fuera novedosa, pues lo necesario es que la invención en su conjunto esté completamente en el estado de la técnica y ello no es equivalente a que todos sus elementos lo estuvieran²⁶³. Por tanto, el análisis no debe hacerse abstractamente, sino centrado en las reivindicaciones concretas de la patente²⁶⁴.

La distinción entre la falta de novedad implícita y explícita ha sido tratada también en otros ordenamientos jurídicos. Por su importancia, destaca el desarrollo del concepto de *enabling disclosure* –divulgación habilitante– por parte de los tribunales de Reino Unido principalmente²⁶⁵, doctrina que, si bien no es propia de nuestro ordenamiento –contamos con el consagrado análisis de la novedad implícita y explícita–, comienza a plasmarse, por lo menos, terminológicamente en ciertas resoluciones de las Audiencias Provinciales²⁶⁶. No obstante, aunque se empleen términos totalmente distintos, las razones que se encuentran detrás de ellos presentan notables similitudes.

En primer lugar, sostienen que para que una invención sea novedosa se requiere que el estado de la técnica no divulgue la invención, es decir, que

261. Entre otros: FJ 10.º de la STS, civil, de 3 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2244).

262. V. gr., Decisión T 0610/95 (*Dressing/SQUIBB*), de 21 de julio de 1999 (ECLI: EP:BA:1999: T061095.1999907 21). También en nuestra jurisprudencia: SAP Barcelona, civil, de 13 de enero de 2022 (ECLI:ES: APB:2022:1).

263. L. BENTLY y B. SHERMAN, *International Property...*, op. cit., p. 470: «Si el experto al leer el estado de la técnica de un elemento, esta le conduce inevitablemente a otro elemento y a su estado de la técnica, como si fueran prácticamente un único elemento, entonces sí que se podría esgrimir que la invención no es novedosa» [Traducción propia].

264. A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Las reivindicaciones de la patente de invención», *Derecho PUCP*, n.º 47, 1993, pp. 170-172.

265. Entre otras, por la reciente *E Mishan & Sons, INC. (T/A EMSON) vs Hozelock LTD. & Ors*, *High Court of Justice*, EWHC 991 Pat (2019). También en EE. UU., v. gr., *Impax vs Aventis Pharma*, 545 F.3d 1312 (Fed. Cir. 2008).

266. FJ 8.º SAP Barcelona, civil, de 15 de enero de 2020 (ECLI:ES: APB:2020:477). También ha sido asumido por parte de nuestra doctrina: M. VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, *Estudios sobre...*, loc. cit. [consultado el 22 de septiembre de 2022].

un experto no sea capaz de llegar al objeto que se pretende proteger con la invención a partir de la información del estado de la técnica²⁶⁷, debiendo tener en cuenta que en nuestro ordenamiento se excluyen del estado de la técnica las divulgaciones inocuas en el artículo 7 LP. En segundo lugar, en ocasiones, no será posible considerar que la invención no es novedosa simplemente por la divulgación, sino que este primer requisito deberá enlazarse con el segundo –*enabling*–, es decir, aunque se entienda que el estado de la técnica divulga la invención, no será habilitante si esta divulgación «no contiene la información necesaria para poner en práctica la invención»²⁶⁸. En definitiva, mediante el requisito de la novedad «se trata de indagar si esta invención [...] es sustancial o esencialmente idéntica a otra que se encuentra comprendida en el estado de la técnica», tanto explícita como implícitamente²⁶⁹.

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

267. Como se recoge *sensu contrario* en el caso *Synthon BV vs Smithkline Beecham plc*, *Appellate Committee of the House of Lords*, UKHL 59 (2005): «La materia invocada como estado de la técnica debe revelar una materia que, si se ejecuta, necesariamente daría lugar a una infracción de la patente. En ese caso, no habrá duda de que la ejecución de la invención anterior constituiría una infracción [...]. Pero la infracción de patentes no requiere que uno sea consciente de que está infringiendo». M. VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BÉS, *Estudios sobre...*, *loc. cit.* [consultado el 19 de agosto de 2022] señala que es una lograda explicación del artículo 6.1. LP, al ejemplificar con exactitud la frase «*cuando no está comprendida en el estado de la técnica*», identificable con la novedad explícita.

268. O. RAMONSAURI, *La actividad inventiva...*, *op. cit.*, p. 193. Requisito que se vería reflejado en nuestro artículo 6.2 LP porque, aunque se entienda que la invención pueda estar divulgada, si lo que es «*accesible al público*» no contiene toda la información necesaria para poner en práctica la invención, no se podrá entender que el estado de la técnica divulgado es habilitante, tal y como sostuvo la EPO en su Decisión T 0230/01, de 26 de abril de 2005 (ECLI:EP: BA:2005:T023001.20050426) al señalar que la divulgación no excluirá el requisito de novedad si aquella no es habilitante, planteando similitudes con la novedad implícita de nuestra jurisprudencia.

269. J. GARBAYO BLANCH, «Derecho de...», *op. cit.*, p. 249. En *Procter & Gamble CO. vs Nabisco Brands*, 604 F. Supp.1485 (D. Del. 1985), el tribunal estadounidense llegó a la misma conclusión.

un congreso sin haber solicitado la protección de la patente, podría terminar no siendo patentable por falta de novedad²⁷⁰.

Con todo, para analizar la posible novedad de una invención gastronómica, se deberá analizar si del estado de la técnica se desprende explícita o implícitamente que hay una falta de novedad. Afirma la doctrina que la novedad gastronómica requiere que la creación presente una combinación de ingredientes desconocida hasta el momento o que sea una variación sin precedentes de una receta anterior²⁷¹, aunque «demostrar que no hay precedentes directos en el mercado para una idea será difícil»²⁷².

Veamos un ejemplo. La patente ES 2 382 644 B1 tiene por objeto una salsa brava tradicional, «que se fabrica de forma artesanal, siendo para uso alimentario con patatas y carnes rojas, caracterizada por su sabor picante». En la solicitud de patente se aportaban como estado de la técnica una serie de recetas anteriores de salsas bravas y el examinador consideró que la receta que se pretendía patentar era novedosa²⁷³. La admisión como nueva de una receta de salsa brava –que forma parte del acervo gastronómico común– plantea alguna que otra duda. Si admitimos que la conjunción de los ingredientes, proporciones de ellos y pasos determinan que estamos ante una invención novedosa, ¿cuántas recetas de salsa brava podrán llegar a ser novedosas? ¿El más mínimo cambio de un ingrediente o de una proporción o de uno de los pasos será suficiente para reconocer que una invención es novedosa? ¿La admisión de que la variación de una salsa tradicional es una novedad puede ir en contra de los fines del derecho de patentes?

b) Actividad inventiva

Las reflexiones anteriores no se pueden responder de manera aislada, pues «incluso si una receta o un producto alimenticio son novedosos, la receta o el producto alimenticio podrían considerarse que no presentan actividad inventiva».

270. En EE. UU. se contempla un periodo de un año desde la primera divulgación para que no se pueda ver afectado el requisito de la novedad. No obstante, aunque se realizase en dicho país la divulgación, se plantearía el mismo problema en España dado que el ámbito del análisis del estado de la técnica es global.

271. M. P. ARONS, «A Chef's Guide to Patent Protections Available for Cooking Techniques and Recipes in the Era of Postmodern Cuisine and Molecular Gastronomy», *Journal of Business & Technology Law*, n.º 1, 2015, p. 141.

272. E. CUNNINGHAM, «Protecting Cuisine...», *op. cit.*, pp. 46-47.

273. En la solicitud de patente se incluía el listado de ingredientes necesarios, los porcentajes de cada uno de ellos para una determinada cantidad de salsa y los pasos a seguir para realizarla.

va»²⁷⁴. Dispone el artículo 8.1 LP que «se considera que una invención implica una actividad inventiva si aquella no resulta del estado de la técnica de una manera evidente para un experto en la materia», concepto que puede producir cierta confusión con el estudio de la novedad, dado que en ambos casos se parte del estudio del estado de la técnica²⁷⁵, si bien en esta ocasión se trata de averiguar «si el experto en la materia, partiendo de lo descrito y en función de sus propios conocimientos, es capaz de obtener el mismo resultado de manera evidente, sin aplicar su ingenio»²⁷⁶.

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

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

274. K. M. SAUNDERS y V. FLUGGE, «Food for thought...», *op. cit.*, p. 169. En el mismo sentido, A. CUETO, «Novedad y actividad inventiva», en *La nueva Ley de Patentes* (dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2015 [E-book], disponible en <https://www.proview.thomsonreuters.es> [consultado el 17 de octubre de 2022].

275. O. RAMON SAURI, *La actividad inventiva...*, *op. cit.*, pp. 147-157.

276. V. gr., FJ 6.º STS, civil, de 16 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:531). Por otro lado, aunque el análisis se base en un juicio de valor, con la posibilidad de que lo subjetivo se adueñe de él, se ha intentado acompañar de una serie de valores de carácter objetivo: M. BOTANA AGRA, «Invención y...», *op. cit.*, p. 123.

277. Aunque mencionen otros métodos posibles, la jurisprudencia ni los analiza, ni tan si quiera los menciona sucintamente. Entre otras muchas: STS, civil, de 16 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:531); STS, civil, de 2 de octubre, de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3472); STS, civil, de 14 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1703).

278. FJ 13.º STS, civil, de 12 de junio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:3503).

279. Aunque se admite también partir presente mayor similitud con el problema técnico.

«constituya el camino más fácil para que el experto llegue a la solución reivindicada o el punto de partida más prometedor para un desarrollo obvio que conduzca a la invención reivindicada»²⁸⁰.

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

Finalmente, habría que analizar si la invención hubiera sido obvia para un experto en la materia. El TS ha señalado que «si el experto en la materia, partiendo de lo descrito anteriormente (estado de la técnica) y en función de sus propios conocimientos, es capaz de obtener el mismo resultado de manera evidente, sin aplicar su ingenio»²⁸², estaremos ante un supuesto en que falta la actividad inventiva. Así recuerda que la EPO afirmó que lo que importa no es que fuera obvio para una persona inventiva, sino que lo fuera para alguien «competente, pero no imaginativ[o]»²⁸³. El TS considera que para analizar tal

280. EPO, *Case Law OF THE Boards of Appeal of the EPO*, EPO, Munich, 2022, p. 190. No obstante, no se sigue en Europa un único criterio lo cual complica la protección de la patente en el seno de los diferentes países de la UE: M. MONTAÑÁ MORA, «La determinación del estado de la técnica más cercano», en *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual. Homenaje a Luis-Alfonso Durán* (dir. P. Merino Baylos), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 597-618.

281. M. VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, *Estudios sobre...*, loc. cit. [consultado el 15 de agosto de 2022].

282. FJ 6.º STS, civil, de 16 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:531).

283. *Id.* También señala García Vidal, «al juzgar la actividad inventiva no se trata de preguntarse si un experto en la materia, con grandes dosis de ingenio e imaginación, habría alcanzado la invención [...] El experto en la materia es un técnico medio, ni muy especializado ni poco, con competencias normales y que está al corriente del conocimiento general común en el estado de la técnica»: Á. GARCÍA VIDAL, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2015. La actividad inventiva como requisito de patentabilidad: el método problema-solución, el test *would could* y el *teaching away*», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 99, 2015, disponible en <https://www.proview-thomsonreuters.es> [consultado el 13 de octubre de 2022].

obviedad es necesario que el experto no trate todas las anterioridades de manera aislada, sino conjuntamente, si bien «*la concreta combinación de anterioridades tiene que resultar sugerida en el estado de la técnica o ser evidente para el experto medio*»²⁸⁴. En definitiva, no se trata de que el experto pudiera haber optado por la solución propuesta, sino que hubiera efectuado tal elección, siguiendo la regla inglesa de *would-could approach*²⁸⁵.

En cuanto a la aplicación de este requisito en la gastronomía, afirmaba Arons que para implicar actividad inventiva debía tratarse de una «*receta no evidente, que dé lugar a un producto con características de utilidad adicionales y materialmente diferentes a las de los ingredientes utilizados y a los de cualquier receta anterior [...], pues] debe existir una relación de cooperación entre los ingredientes seleccionados que produzca una realidad inesperada*»²⁸⁶. Por lo que, si la invención gastronómica conduce a los resultados esperados, a una combinación de sabores presumible, lo más probable es que se considere que no implica actividad inventiva²⁸⁷. Ahora bien, ¿qué obras gastronómicas podrán cumplir este requisito?²⁸⁸.

En España, si se recuerda la patente de la salsa brava, el examinador llegó a la conclusión de que implicaba novedad, pero no actividad inventiva porque el hecho de añadir cayena es simplemente la sustitución del ingrediente picante que llevan la mayoría de las salsas bravas por otro. O, por ejemplo, la patente ES 2 564 739 B1 se solicitó para una «*composición energética para uso alimentario caracterizada por una mezcla de quinoa junto con gofio canario de*

284. FJ 3.º de la STS, civil, de 20 de mayo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2139).

285. FJ 12.º de la STS, civil, de 14 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1703). A ello se añade también la posibilidad de acudir a la regla *teaching away* con la que «*se trata de comprobar si el estado de la técnica [...] dirige en un sentido opuesto al de la invención que se pretende patentar. Porque, si así fuera, estaríamos ante un indicio, o en su caso, confirmación de que la invención presenta actividad inventiva*»: Á. GARCÍA VIDAL, «Comentario a la...», *loc. cit.* [consultado el 13 de octubre de 2022].

286. M. P. ARONS, «A Chef's Guide...», *op. cit.*, p. 145.

287. K. M. SAUNDERS y V. FLUGGE, «Food for thought...», *op. cit.*, p. 170. Hyland, por su parte, sostuvo que implicaría actividad inventiva siempre que se demuestre que la creación «*no es un avance trivial o rutinario con respecto de otras creaciones previamente divulgadas*»: M. G. HYLAND, «A Taste of the Current Protection Offered by Intellectual Property Law to Molecular Gastronomy», *Cybaris, an Intellectual Property Law Review*, n.º 1, 2017, p. 166.

288. De manera general se sostiene por la doctrina estadounidense y por la UPSTO que una receta no implica actividad inventiva: B. ZARIN, «Knead to know...», *op. cit.*, p. 189. E. CUNNINGHAM, «Protecting Cuisine...», *op. cit.*, pp. 33-35, defiende que este requisito será imposible de cumplir de manera general, dada la alta exigencia en el cumplimiento de este requisito. N. STRAUS, «Trade Dress...», *op. cit.*, p. 198, considera que cualquier receta que sea una evolución de otras recetas clásicas no podrá cumplir con el requisito de la actividad inventiva.

maíz», considerándose que no implicaba actividad inventiva, puesto que, aunque no hubiera precedentes de tal mezcla, «*el empleo de gofio en lugar de harina es, en este caso, una mera sustitución de un ingrediente alimenticio por otro muy similar*». Aunque el valor jurídico de un examen de este tipo se limite a las partes, no deja de ser premonitorio de cuál es el parecer de la OEPM respecto de posibles invenciones gastronómicas.

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

Si pensamos en ciertas obras gastronómicas no podemos dejar de dudar de si se cumpliría o no el requisito de implicar actividad inventiva²⁹⁰. Volvamos al *Solomillo Wellington*: ¿la *Lubina en hojaldre* de Paul Bocuse implicaría actividad inventiva por el hecho de que se ha cambiado el solomillo por una lubina? ¿Y la *Langosta Wellington* de David de Coca? ¿A un experto en la materia le habría parecido obvio? O, si el *Solomillo Wellington* estuviera patentado, ¿incluiría su protección también la lubina o la langosta por la teoría de los equivalentes? ¿O son ingredientes demasiado distintos?²⁹¹. Sobre estos cambios, la antigua Corte de Apelaciones de Aduanas y Patentes estadounidense sostuvo en el caso *Levin* que añadir o eliminar

289. SJPI, Barcelona n.º 37, de 10 de septiembre de 2002 *apud* SJM, Valencia n.º 2, de 6 de mayo de 2019 (ECLI:ES: JMV:2019:5336). Ambas posturas han sido admitidas, entre otras por: FJ 3.º SAP Valencia, de 28 de junio de 2022 (ECLI:ES: APV:2022:2001).

290. Sostuvo Pollack ya en los años 90 que los requisitos de novedad y actividad inventiva podrían ser dos grandes obstáculos para patentar recetas, puesto que los altos niveles que se exigen de estos requisitos no suelen darse habitualmente en las recetas: M. POLLACK, «IP Protection...», *op. cit.*, pp. 1500 y ss.

291. Lo mismo podría plantearse respecto de otro de los grandes platos de la gastronomía francesa, la *Poulet de Bresse en vessie*, donde el ave se cocina dentro de una vejiga de cerdo y que fue desarrollado por Fernand Point y Paul Bocuse. El *signature dish* del

ingredientes de una receta anterior o cocinarlos de una manera diferente no implica actividad inventiva porque antes nadie haya realizado dicha variación, sino que lo que se debe demostrar es «*que la nueva combinación de ingredientes produce un resultado inesperado [no obvio]*»²⁹².

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

c) Aplicación industrial

El último requisito positivo de patentabilidad requiere que la invención sea susceptible de aplicación industrial, disponiendo el artículo 9 LP que la invención será susceptible de aplicación industrial «*cuando su objeto puede ser fabricado o utilizado en cualquier clase de industria, incluida la agrícola*», requisito que, como ha señalado la doctrina, es poco problemático, a pesar de su importancia²⁹³. A simple vista, la invención gastronómica podría plantear un problema, ya que los restaurantes no se conciben como industria. Pero la industria gastronómica es más amplia y nada impide que determinada invención sea repetida de manera constante a nivel industrial –piénsese en las ya mencionadas aceitunas esferificadas de los hermanos Adrià–, sin perder de vista que ser susceptible de aplicación industrial no implica que deba ser efectivamente industrializada la creación, sino solamente que pueda ser posible. Por lo que este requisito no debiera plantear problema alguno.

3.2. Modelos de utilidad

A. Concepto, manifestaciones y delimitación

Junto con las patentes, la LP regula los modelos de utilidad, si bien a diferencia de aquellas, no están sujetos «*a criterios de armonización internacionales afectando no solo a los procedimientos, sino a la concepción misma del título e incluso a su misma existencia, ya [...] no se reconoce en todos los países*». Ahora

restaurante Lido 84 es *Cacio e pepe en vessie*, la tradicional pasta *cacio e pepe*, pero cocinada dentro de una vejiga de cerdo. ¿Implicaría actividad inventiva?

292. *Application of Levin*, 178 F.2d 945 (C.C.P.A 1949). En un sentido similar se pronunció el Tribunal de Grande Instance de Paris en su sentencia de 8 de marzo de 2011, *Société des Produits Nestlé SA vs Comptoir Européen de la Confiserie SAS et Cadbury France SAS*.

293. M. BOTANA AGRA, «Invención y...», *op. cit.*, p. 135.

bien, no se trata de un concepto totalmente claro, pues presenta rasgos tanto de la patente como del diseño industrial.

El artículo 137.1 LP los define como «*las invenciones industrialmente aplicables que, siendo nuevas e implicando actividad inventiva, consisten en dar a un objeto o producto una configuración, estructura o composición de la que resulte alguna ventaja prácticamente apreciable para su uso o fabricación*»²⁹⁴, indicándose en su apartado segundo una serie de exclusiones y excepciones, remitiendo a las de las patentes, pero añadiendo como particularidad que no podrán ser protegidas, entre otras, «*las invenciones de procedimiento o las que recaigan sobre materia biológica*». Puede resultar conflictiva la exclusión de los procedimientos en relación con la gastronomía si se piensa que la receta es un procedimiento. No obstante, aunque se considerase de ese modo –lo cual podría ser discutido–, nada impide que se proteja una invención gastronómica, no por los pasos seguidos para llegar a ella, sino por el resultado final de la combinación de unos determinados ingredientes²⁹⁵.

Mediante los modelos de utilidad se protegerán aquellas invenciones que «*consisten en dar a un objeto o producto una configuración, estructura o composición de la que resulte alguna ventaja prácticamente apreciable para su uso o fabricación*», requiriéndose que sean novedosas, impliquen actividad inventiva y tengan aplicación industrial; invenciones que solo se podrán materializar a través de configuraciones, estructuras o composiciones de objetos o productos. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 25 de mayo de 2022 señaló que las características de los modelos de utilidad son las que siguen: i. que se trate de una invención, es decir, que dé «*una solución a un problema técnico*»; ii. que se deba «*manifestar, necesariamente a través de la forma de un objeto, entendida en un sentido amplio como configuración externa, estructura interna y constitución o cambio de materia*»; y iii. que la forma debe «*mejorar la utilidad o efecto técnico de dicho objeto*», es decir, que reporte una ventaja práctica, que sea «*útil y esa utilidad*» se manifieste en su uso o fabricación²⁹⁶.

294. Candelario Macías considera que dicho precepto no define el modelo de utilidad, sino los condicionantes delimitadores de los modelos de utilidad: M. I. CANDELARIO MACÍAS, *La innovación en la pequeña empresa: El modelo de utilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 55.

295. Del mismo modo que no se protegería, por ejemplo, el procedimiento para la construcción de un mueble, incluido en unas instrucciones, pero sí el mueble en su conjunto como modelo de utilidad.

296. FJ 3.º STSJ Madrid, de 25 de mayo de 2022 (ECLI:ES: TSJM:2022:6601). En resumen, como sostuvo el FJ 3.º STS, civil, de 25 de junio de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:3567) es necesario: i. que haya «*una modificación formal en el aspecto*» de objetos anteriores y ii. que

A pesar de que, a simple vista, el modelo de utilidad y la patente presenten notables similitudes –la tríada de requisitos positivos, *v. gr.*–, en el caso de los modelos se exige que de la invención se derive una «*ventaja prácticamente apreciable para su uso o fabricación, que consiste siempre en una regla materializada en la forma de un objeto*»²⁹⁷, debiendo entenderse en un sentido amplio, pues el precepto habla de «*configuración, estructura o constitución*» y la STS de 5 de noviembre de 2012²⁹⁸ recordó que bajo esas denominaciones se encontraban, respectivamente, la forma externa, la interna y la materia de un objeto. Por ello, la invención puede implicar una nueva configuración del objeto o del producto, es decir, una variación en su forma externa –*v. gr.*, las *patatas bravas* del chef Sergi Arola–; o una nueva estructura lo que implica una variación en su forma interna –*v. gr.*, la *tortilla deconstruida* de Marc Singla–; o una nueva composición que se materializa en el cambio de la materia de un objeto –*v. gr.*, la *Lubina en hojaldre* de Paul Bocuse–.

La diferenciación con las patentes²⁹⁹ no solo reside en lo expuesto, sino, como se verá, en el requisito de actividad inventiva. Además, el plazo de protección de un modelo es sensiblemente inferior, pues, *ex* artículo 148 LP, será de diez años improrrogables, sin olvidar que, conforme a sus artículos 142.3 y 144, la OEPM no analizará en el procedimiento de registro los requisitos de «*la novedad, la actividad inventiva, la suficiencia de la descripción o la aplicación industrial*», salvo que un tercero se oponga a su concesión. No obstante, esto debe ser matizado, ya que el artículo 148.3 LP exige que para ejercitar las acciones de protección de un modelo de utilidad ante las actuaciones de terceros será preciso haber obtenido o solicitado el informe sobre el estado de la técnica, establecido en sede de patentes, «*referido al objeto del título en el que se funde la acción*»³⁰⁰.

Por otro lado, en cuanto a sus similitudes con los diseños industriales, aunque después se analicen detalladamente, cabe apuntar que la problemática de la diferenciación se encuentra cuando el diseño industrial no solo es

la modificación incida en el funcionamiento, produciendo una utilidad, es decir, que aporta al producto «*un beneficio o efecto nuevo, bien una economía de tiempo, energía o mano de obra, o bien un mejoramiento de las condiciones higiénica o psicofisiológicas del trabajo*».

297. J. M. OTERO LASTRES, «Concepto y derecho a la obtención del modelo de utilidad», en *Manual de la Propiedad Industrial* (dirs. C. Fernández-Novoa Rodríguez, J. M. Otero Lastres y M. Botana Agra), Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 283.

298. FJ 5.º de la STS, civil, 5 de noviembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:9149).

299. No obstante, el artículo 150 LP recoge que en defecto de norma expresa para los modelos de utilidad se aplicarán las normas de las patentes, «*siempre que no sean incompatibles con la especialidad de aquellos*».

300. Existen otras diferencias respecto del procedimiento, pero por el objeto de este estudio no analizarán.

ornamental, sino que presenta rasgos funcionales. Por lo que, sin entrar en mayores detalles por ahora, a modo de resumen se puede indicar que, si «*la forma es separable del efecto técnico producido, las características de apariencia funcionales, pero no necesarias, podrán ser protegidas como diseño industrial, mientras que si en una apariencia funcional, la forma es inseparable de la función técnica, [...] podrá ser amparada por un derecho de modelo de utilidad*»³⁰¹, siempre, claro está, que cumpla los requisitos que se establecen en la LP.

Con todo ello, lo que debemos plantearemos es si es posible acudir a los modelos de utilidad para proteger una obra gastronómica, es decir, si podemos considerar que una invención gastronómica puede ser protegida mediante estos. A tal fin, viendo que el régimen jurídico que presenta es similar al de las patentes, nos centraremos en el análisis de las diferencias existentes entre ambos, concretamente en el requisito de la actividad inventiva, puesto que ni la aplicabilidad industrial ni la novedad³⁰² presentan diferencias respecto del análisis ya efectuado.

B. Requisitos: actividad inventiva

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

Señala la OEPM³⁰⁴ que el término *muy evidente* debe significar que «*algo no va más allá del progreso normal de la tecnología sino, que se deduce muy simple*

301. J. M. OTERO LASTRES, «Reflexiones sobre el diseño industrial», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, n.º 1, 2008, p. 227.

302. En la anterior legislación, su estado de la técnica estaba formado únicamente por lo difundido en España, pero, en la actual, su ámbito es mundial como en patentes.

303. FJ 3.º SAP Madrid, civil, de 1 de marzo de 2012 (ECLI:ES: APM:2012:6039).

304. OEPM, *Directrices de examen de solicitudes de modelos de utilidad (Ley 24/2015)*, OEPM, Madrid, 2020, p. 167, disponible en <https://www.oepm.es> [consultado el 24 de septiembre de 2022].

o lógicamente del estado de la técnica, es decir, que está dentro de la habilidad o capacidad que se espera de un experto en la materia de una forma casi inmediata», criterio que algunos tribunales han empezado a asumir de manera literal y que es un reflejo de lo que señalaba la doctrina más consagrada de nuestro país³⁰⁵, al afirmar que lo *muy evidente* es aquello que, en definitiva, se presenta al experto, tras analizar el estado de la técnica, como una conclusión paladina, palmaria o indudable, pues, como señaló la STS de 27 de octubre de 2011, «*si evidente es lo “tan claro que resulta indudable o innegable”, “lo que salta a la vista”, lo muy evidente es lo que no deja lugar a duda alguna*». Por tanto, si, al analizar el estado de la técnica conforme a la capacidad presupuesta de un experto en la materia, la regla técnica del modelo se encuentra en el estado de la técnica sin dificultad alguna, no cabrá considerar que implica actividad inventiva³⁰⁶. Pero hemos de recordar nuevamente la teoría de los equivalentes positivizada en la LP, también aplicable a los modelos, aunque, al exigirse una menor actividad inventiva, puede resultar más complicada su aplicación.

No cabe duda de que la invención gastronómica podría encuadrarse en esta categoría, tal y como lo demuestra el hecho de que en España contamos con numerosos modelos registrados, como es, por ejemplo, el *salmorejo natural de preparación instantánea*³⁰⁷ o el *plato dulce de natillas con galleta rellena de crema de chocolate*³⁰⁸. Otra cuestión es si realmente estamos ante un sistema que proteja adecuadamente a las invenciones gastronómicas. Acceder al registro es relativamente más fácil, al no examinarse la novedad y la actividad inventiva, pero para poder ejercitar las acciones de protección sí que será necesario el informe del estado de la técnica, por lo que, a la hora de la verdad, volvemos a encontrarnos con la problemática del análisis de si la invención es novedosa e implica actividad inventiva³⁰⁹, únicamente habiendo postergado su examen.

305. V. gr., FJ 3.º SJM Barcelona, de 9 de junio de 2022 (ECLI:ES: JMB:2022:5868). Con anterioridad, entre otros, J. M. OTERO LASTRES, «Requisitos de protección», en *Manual de la Propiedad Industrial* (dirs. C. Fernández-Novoa Rodríguez, J. M. Otero Lastres y M. Botana Agra), Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 289.

306. FJ 2.º de la STS, civil, de 27 de octubre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:7179). Aunque se pronunciaba sobre la anterior legislación, es igualmente predicable de la actual y así ha sido mantenido con posterioridad, v. gr., FJ 4.º de la SAP Vizcaya, civil, de 29 de septiembre de 2021 (ECLI:ES: APBI:2021:2757).

307. Número de publicación ES 1 216 385 U.

308. Número de publicación ES 1 146 510 U.

309. M. VAREA SANZ, «Modelos de utilidad: Requisitos de protección», en *La nueva Ley de Patentes* (dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur

3.3. Estado de la cuestión en relación con la gastronomía

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

La patentabilidad de una técnica no presenta inconveniente alguno desde un punto de vista jurídico, pues se trata de un procedimiento como el que se podría patentar en cualquier otra industria³¹⁰. Empero la patentabilidad de ciertas técnicas-procedimientos puede plantear algún que otro problema, pues no todas las técnicas que se desarrollan en la gastronomía son propias de ellas, sino que son técnicas patentadas para usos en otras industrias, por lo que se debería acudir a una patente en la que se reivindicara un uso concreto para la gastronomía, lo cual no es del todo pacífico, teniendo en cuenta además que aquí el requisito de la novedad es más cuestionado todavía. Por ejemplo, Ferrán Adrià desarrolló la técnica de la creación de espumas en la alta gastronomía, empleando para ello un sifón de pastelería –para nata– de la marca iSi. ¿Podría ser patentable dicho uso por Ferrán Adrià?

La protección de una invención gastronómica como plato mediante patentes y modelos de utilidad puede plantear mayores inconvenientes. La novedad y la actividad inventiva, a pesar de la objetividad que debe reinar en su análisis, pueden terminar tiñéndose de subjetividad, dado que se trata de una industria en la que todo el mundo está involucrado y puede implicar que tengamos una serie de sesgos insalvables que no se predicarían en otras industrias –prácticamente todo el mundo cocina y en más de una ocasión en un ataque de creatividad podemos creernos el mayor de los cocineros–. A pesar de ello, hemos visto ejemplos de creaciones gastronómi-

Menor, 2015 [E-book], disponible en <https://www.proview.thomsonreuters.es> [consultado el 15 de octubre de 2022].

310. V. gr., el chef Homaro Cantu, uno de los valedores de la cocina molecular en Estados Unidos, llegó a tener veintidós patentes de procedimientos gastronómicos. Ello demuestra, no lo sencillo que es obtener una patente, sino que puede ser factible para determinadas técnicas. Algunos autores han sostenido que solo serán patentables las técnicas gastronómicas de la cocina molecular porque son las únicas que presentan un componente científico de manera clara, pero entiendo que tal apreciación es subjetiva, pues la gran mayoría de técnicas gastronómicas tiene por base un componente científico –desde el baño maría hasta la esferificación–: M. G. HYLAND, «A Taste of the...», *op. cit.*, pp. 165-167.

cas protegidas por estos instrumentos en nuestro país –como el mousse de algas–³¹¹. Pero viendo el ejemplo de la solicitud de patente de la mezcla de quinoa y gofio, donde el examinador consideró que no era patentable por carecer de actividad inventiva, cualquier cocinero se preguntará: ¿cuándo el cambio de un ingrediente supondrá actividad inventiva? Paul Bocuse fue el *inventor* de la receta de la *Lubina en hojaldre*, ¿pero puede ser suficiente tal cambio para considerar que se trata de una receta patentable frente al tradicional y conocido *Solomillo Wellington*?

La protección mediante un modelo de utilidad reduciría, en principio, esta problemática al exigirse una menor actividad inventiva, pues para no reconocer tal implicación se necesita que esta sea «muy evidente». Muchas de las dudas que se plantean en sede de patentes decaerían si se optase por esta protección al no requerirse el examen previo de la novedad y de la actividad inventiva, siendo su registro bastante más factible. Aunque, en la práctica, ello solo implica postergar el análisis a un momento posterior, ya que para poder ejercitar las acciones de defensa se exige que se acompañe el informe del estado de la técnica, donde se analizará la actividad inventiva y la novedad y, además, podría implicar que el cocinero, confiando en la protección del modelo, hubiera divulgado su invención en un congreso gastronómico, por ejemplo, y que, cuando llegue el momento decisivo de protección, descubra no solamente que no era protegible mediante un modelo, sino que ha estado divulgando su invención sin una protección real³¹².

Pero, al final, la inconcreción y casuística de los requisitos de novedad y actividad inventiva pueden convertirse en un lastre para la protección de las invenciones gastronómicas tanto a través de las patentes como a través de los modelos. Pensemos en la tradicional tortilla de patatas española³¹³ –la cual puede dar mucho juego con sus posibles novedades e incluso actividad inventiva–: ¿realizar una tortilla de patatas con huevos de gallina araucana

311. También en otros países, como EE. UU., donde la UPSTO expide numerosas patentes sobre productos alimentarios y ha afirmado que «las recetas son susceptibles de ser protegidas por patentes porque contienen potencialmente materia patentable». Vid. A. GHOSE y S. M. A. ALI, «Protection of cuisine under Intellectual Property Law: A global Perspective», *Journal of Intellectual Property Rights*, n.º 27 (mayo-2022), p. 175.

312. Si bien, todas estas posibles consecuencias casuísticas se pueden ver reducidas por el efecto desincentivador de copia que presenta cualquier tipo de protección.

313. Bajo la patente ES 2 132 039 B1 se encuentra registrada en España –habiendo superado los requisitos legales– un «producto alimenticio tipo tortilla de patata o revuelto de patata u otros ingredientes, parcialmente precocinado y procedimiento para su preparación».

chilena –conocidos porque su cáscara es azul– cumpliría el requisito de novedad? ¿O si somos partidarios la tortilla de patatas con cebolla, pero la sustituimos por chalotas que son más dulces que la cebolla común? ¿Y realizar la tortilla de patatas con alguna de los más de cuatro mil variedades de patatas que existen, apreciando las diferencias de sabores existentes entre unas y otras? ¿Y si cambiamos la técnica y cocinamos una tortilla de patatas a la brasa como hacen en el restaurante madrileño Piantao? ¿Y si deconstruimos la tortilla de patatas como hizo Marc Singa? ¿Y si usamos papas fritas de bolsa como hizo Ferrán Adrià?

¿Qué determina que la creación gastronómica se pueda proteger mediante una patente o un modelo? ¿Un cambio de ingrediente? ¿Un cambio de técnica? Si admitimos que un cambio de ingrediente o de técnica es suficiente, ¿cuántas recetas podríamos patentar o proteger mediante un modelo? Si yo crease una receta totalmente innovadora, ¿tendría que proteger todas las posibles variaciones que se me pudieran ocurrir para evitar que otro cocinero con una simple variación pudiera utilizar la receta?³¹⁴ ¿O, en cambio, la teoría de los equivalentes impediría cualquier cambio de cualquier ingrediente? A todo ello, deberíamos añadir –para acrecentar aún más la problemática– que la protección de un modelo de utilidad en el ámbito internacional es reducida³¹⁵, por lo que puede ser un problema en un sector global como es la gastronomía, por lo menos, para los cocineros de mayor prestigio que ven sus platos replicados en restaurantes de todo el mundo.

Por otro lado, como ya se indicó, los congresos gastronómicos, en su configuración actual, son un obstáculo para estos instrumentos de protección. Por ejemplo, de manera sistemática los cocineros del restaurante Disfrutar, así como la empresa Caviaroli, han visto rechazadas sus solicitudes de patentes para procedimientos de esferificación por haberlos divulgado previamente, considerando la OEPM que tales invenciones no presentaban actividad inventiva³¹⁶. Por lo que si se quiere acudir a esta protección se requiere un cambio en la mentalidad de los profesionales.

314. Cunningham sostiene que la receta patentada debería incluir todos los posibles cambios de ingredientes: «*si un cocinero no piensa o no incluye ingredientes sustitutivos equivalentes en su solicitud, la patente solo protegerá los ingredientes enumerados*». Lo cual, ante la cantidad de ingredientes sustitutivos que hay, parece una tarea de difícil aplicación: E. CUNNINGHAM, «Protecting Cuisine...», *op. cit.*, p. 46.

315. No es un instrumento admitido en todos los países y, en todo caso, su regulación no es uniforme.

316. Por ejemplo, solicitudes de patentes ES 2 540 922 B1, ES 2 541 504 B1, ES 2 345 601 B1...

A ello hemos de añadir otros aspectos no directamente jurídicos, pero que pueden desincentivar el uso de las patentes³¹⁷, como serían los costes de obtener una patente y el tiempo que se tarda en tal obtención. En España el coste medio, sin incluir el asesoramiento legal, está en torno a los 1.200 € y su procedimiento tarda entre 24 y 36 meses, quizá un tiempo excesivo para una industria que tiene por *leitmotiv* el cambio continuo. Imagínense que un cocinero de un modesto restaurante realiza una invención gastronómica. ¿Podría soportar económicamente que su patente pueda tardar dos años en ver la luz después de todo el tiempo que se ha invertido con anterioridad en el desarrollo de dicha invención sin haber podido rentabilizarla?

O, por ejemplo, en un contexto internacional como es el de la gastronomía de más alto nivel, una patente en un solo país es más que insuficiente e insignificante. ¿Cuál sería el coste de una patente de, por ejemplo, el danés René Redzepi que tiene discípulos e imitadores en toda la UE, EE. UU., Perú, México, Japón o Australia, entre otros muchos países? ¿Cuánto tiempo se tardaría en obtener una patente en todos ellos? Esto se reduce drásticamente en sede de los modelos de utilidad porque su concesión es sumamente económica –en torno a los 100 euros– y el plazo de concesión es brevísimo en comparación; si bien, su protección en otros países quizá no sea posible o siéndolo en uno, no lo fuera en otro.

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

Pero, aunque aceptemos su patentabilidad, esta podría entroncar con los valores que rigen y se comparten en la gastronomía. Afirmaba Arzak que «*nunca he patentado nada ni pienso hacerlo, aunque fuese posible*»³¹⁸. ¿Ese es el

317. V. gr., señala Cunningham que la institucionalización de las patentes podría conllevar la aparición de problemas que actualmente no se dan en el sector: E. CUNNINGHAM, «Protecting Cuisine...», *op. cit.*, p. 48.

318. P. SALAS DURÁN, «Platos de alta cocina que han pasado a la historia... de la falsificación», *La Vanguardia*, 28 de diciembre de 2016, disponible en <https://www.lavanguardia>.

sentir de los profesionales de la gastronomía? ¿Realmente el sector quiere limitar que otros cocineros puedan utilizar sus técnicas? ¿Los hermanos Adrià habrían querido en algún momento impedir que cocineros de todo el planeta pudieran esferificar? ¿La patentabilidad de una técnica se podría erigir en un auténtico cercenador del progreso científico-gastronómico? Utilizar patentes o modelos de utilidad para proteger obras gastronómicas puede terminar siendo un anatema para el espíritu de la gastronomía y terminar provocando un enfriamiento de la innovación y del compañerismo. Estamos ante una industria que lleva por bandera el compartir conocimientos, el avanzar a partir de la creación de un compañero, el versionar creaciones gastronómicas de otros y contribuir a la riqueza de este sector.

Ahora bien, ¿no es un sistema útil para ninguna creación gastronómica? Puede ser un instrumento más que adecuado para la industria alimentaria –como ya lo es–, pero no para la gastronomía y las creaciones de los cocineros en general³¹⁹. Podrá serlo para aquellas creaciones gastronómicas totalmente novedosas, que no tengan ningún precedente, que sean auténticas innovaciones e, incluso, revolucionarias³²⁰. Ante esos platos no considero que hubiera demasiados problemas interpretativos o valorativos. Si bien, incluso entre los más grandes cocineros, esa clase de platos no es lo habitual, pero, por lo menos, sí que permitiría que ciertas invenciones-creaciones estuvieran protegidas por las patentes o por los modelos de utilidad, sin que en su solicitud reinase la inseguridad³²¹.

Pero, con todo, presenta, en general, un problema de idoneidad para proteger las invenciones gastronómicas, pues solo será útil para unas pocas y concretas creaciones, aquellas en las que el valor resida en la innovación para el sector. Ahora bien, si no hubiera otra posibilidad, y pensando en

com [consultado el 19 de septiembre de 2022].

319. M. V. ROCHA, «The Mondrian Cake...», *op. cit.*, p. 172. También C. PINA SÁNCHEZ y R. LÓPEZ ALZAGA, «Protección legal de las recetas: ¡No copies mi receta ¡¿La patentamos?», *Diario La Ley*, n.º 9175, 2018, disponible en <https://www.laleydigital.es> [consultado el 20 de septiembre de 2022].

320. E. FAUCHART y E. HIPPEL, «Norms-Based...», *op. cit.*, p. 189. Aunque consideran posible la patentabilidad de las recetas, entienden que prácticamente ninguna cumplirá los requisitos que se exigen.

321. M. G. HYLAND, «A Taste of the...», *op. cit.*, pp. 169-171, señala que serían patentables los raviolis transparentes, el caviar de aceite de oliva y las tagliatelle al azafrán de Adrià. Y, por ejemplo, la patentabilidad de una receta de alta cocina la consiguió en 1994, Joël Robuchon quien patentó en Francia –con un sistema similar al español– «una sopa caliente de foie gras con gelatina de pollo, evitando que el foie gras se mezcle con la gelatina»: Patente FR 9301990A.

esas invenciones gastronómicas que rompen con lo anterior, que son disruptivas, considero que el modelo de utilidad presenta mayores facilidades al cocinero, pues al exigirse una menor actividad inventiva, los requisitos de esta serán, lógicamente, menores. Al mismo tiempo, presenta mayores ventajas para la gastronomía porque los cocineros podrán proteger mediante modelos de utilidad invenciones-creaciones que presenten menor actividad inventiva, con lo que el número de recetas protegibles será mayor, pues con ‘cambios’ menores se conseguirá igualmente una cierta protección.

4. DISEÑOS INDUSTRIALES

4.1. Concepto y clases

La última de las categorías tradicionales de la propiedad industrial en España la componen los diseños industriales³²² que se encargan *grosso modo* de la protección de las invenciones estéticas —en EE. UU. se conciben como patente de diseño—. La ya mencionada LPJDI recoge en su exposición de motivos que «*el diseño industrial se concibe como un tipo de innovación formal referido a las características de apariencia del producto en sí o de su ornamentación*», y en su artículo primero define el diseño como «*la apariencia de la totalidad o de una parte de un producto, que se derive de las características de, en particular, las líneas, contornos, colores, forma, textura o materiales del producto en sí o de su ornamentación*»³²³, para a continuación definir los términos *producto* y *producto complejo*.

Así, conforme a lo dispuesto en la LPJDI, se define como «*una creación de forma dotada de especial atractivo para los potenciales usuarios y destinada a servir de modelo para la fabricación de un producto industrial o artesano*»³²⁴, pues, en

322. Bajo la denominación de diseño industrial en nuestra legislación se recogen tanto los modelos como los dibujos industriales, dando respuesta a las exigencias de la doctrina española en aras de simplificar la protección de los diseños tridimensionales y bidimensionales, a diferencia del criterio europeo, que ha preferido mantener la doble denominación, a pesar de que luego sea el mismo régimen jurídico aplicable: G. M. IBÁÑEZ ROMÁN, «El concepto de dibujo o modelo en el Reglamento comunitario», en *El diseño comunitario* (dirs. G. Palao Moreno y M. Clemente Meoro), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 168-169.

323. El concepto legal de diseño industrial ha sido ampliamente criticado, entre otras cosas por la disociación entre el elemento inmaterial y material del diseño, por la doctrina española. Vid. C. ROGEL VIDE, «Diseños, Propiedad Intelectual y Propiedad Industrial», *Revista Galega de Administración Pública*, n.º 36, 2004, pp. 47 y ss.; J. M. OTERO LASTRES, «Reflexiones sobre...», *op. cit.*, pp. 220 y ss.

324. J. A. GÓMEZ SEGADÉ, «Pasado, presente y futuro del diseño comunitario», en *El diseño comunitario. Estudios sobre el Reglamento (CE) núm. 6/2002* (dir. Á. García Vidal),

definitiva, lo que se protege es «la creación de la apariencia de los productos»³²⁵, teniendo como función principal «ornamentar un objeto con el fin de incorporarlo al mercado de la forma más atractiva posible»³²⁶. Por otro lado, no se puede dejar de mencionar que la exposición de motivos de la ley establece que el bien jurídicamente protegido «es, ante todo, el valor añadido por el diseño al producto desde el punto de vista comercial, prescindiendo de su nivel estético o artístico y de su originalidad», lo cual es significativo porque, si bien lo estético tiene una gran importancia en el diseño, lo que se protege es el valor añadido desde un punto de vista comercial.

Del concepto legal de diseño podemos destacar una serie de aspectos. En primer lugar, que como se refiere a la «apariencia de la totalidad o de una parte de un producto», el diseño aparece ligado necesariamente al término producto³²⁷, el cual es definido en el artículo 1 LPJDI como «todo artículo industrial o artesanal», incluyéndose a continuación un listado de carácter abierto de posibles productos. De este modo, se nos presenta una de las bases fundamentales del diseño, su constitución por una entidad inmaterial –la apariencia– y un soporte material –el producto o producto complejo–³²⁸.

En segundo lugar, que la definición del diseño pivota en torno al concepto de *apariencia*, entendiendo que es aquello que «da carácter y diferencia un producto o su ornamentación de los demás»³²⁹, pero teniendo en cuenta que tal apariencia debe derivarse de las características de una serie de elementos del producto que, *ex* artículo 1 LPJDI y sin ánimo excluyente, son «las líneas, contornos, colores, forma, textura o materiales del producto en sí o de su ornamentación». Pero, además, ese aspecto que da carácter debe «resultar visible en la

Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 34.

325. M. L. LLOBREGAT HURTADO, «El nuevo régimen jurídico del diseño industrial en Derecho español», *Diario La Ley*, n.º 5877, 2003, disponible en <https://www.laleydigital.es> [consultado el 17 de septiembre de 2022].

326. F. L. DE LA VEGA GARCÍA, *Protección del diseño en el Derecho Industrial y de la Competencia*, Edersa, Madrid, 2006, p. 66.

327. M. L. LLOBREGAT HURTADO, «El nuevo régimen...», *loc. cit.* [consultado el 17 de septiembre de 2022].

328. I. BLANCO ESGUEVILLAS, *La protección jurídica y eficacia del diseño industrial no registrado*, Reus, Madrid, 2017, p. 56.

329. J. M. OTERO LASTRES, «Concepto legal de diseño y requisitos de protección», *Revista Galega de Administración Pública*, n.º 36, 2004, p. 18. Se ha criticado que el legislador europeo y español haya optado por el término *apariencia* en lugar de *forma*: M. L. LLOBREGAT HURTADO, «El nuevo régimen...», *loc. cit.* [consultado el 17 de agosto de 2022].

utilización normal de ese producto»³³⁰, lo cual puede llegar a ser contradictorio al recogerse elementos del producto, como la textura o los materiales que pueden no ser apreciables visualmente³³¹.

En tercer lugar, que el componente estético se ha suavizado hasta cierto punto. No se concibe ya lo estético como lo bello, pues señala la exposición de motivos de la LPJDI que «*se registran tanto los diseños meramente ornamentales como los funcionales, con exclusión de aquellos cuyas características vengan exclusivamente impuestas por su función técnica*», es decir, lo estético puede proceder tanto de lo ornamental como de lo funcional, siempre que este último no venga impuesto por su función técnica. No obstante, esta diferenciación puede no ser sencilla, dada la problemática distinción existente entre modelos de utilidad y diseños industriales, donde unos y otros pueden compartir funcionalidad y estética.

Cuando el diseño «*consiste exclusivamente en la apariencia ornamental de un producto o de una parte*»³³² no hay problema alguno. En cambio, cuando el diseño es funcional u ornamental y funcional la distinción no es clara. Mediante un diseño industrial se pueden proteger aquellas apariencias útiles, pero siempre que su utilidad no sea necesaria para el desarrollo de su función técnica, es decir, debe predominar «*la forma en que se presentan los elementos que lo componen*» frente a su función utilitaria³³³, pues «*solo protegen las creaciones de forma que supongan una novedad en el patrimonio de las formas estéticas y pueden ser formas útiles que no sean necesarias para cumplir una determinada regla técnica*»³³⁴.

Para determinar cuándo una forma se puede escindir de su función se admiten numerosos criterios con distinto respaldo jurisprudencial, de los

330. G. M. IBÁÑEZ ROMÁN, «El concepto de...», *op. cit.*, p. 170.

331. I. BLANCO ESGUEVILLAS, *La protección jurídica...*, *op. cit.*, pp. 56-57. Por ello parte de la doctrina se cuestiona si deberían incluirse también la apreciación por otros sentidos: C. SAIZ GARCÍA, «Requisitos de protección de los dibujos y modelos industriales», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 22, 2001, p. 375; J. OTAMENDI, «Breves comentarios sobre modelos y diseños industriales en la Comunidad Europea», en *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual. Homenaje a Luis-Alfonso Durán* (dir. P. Merino Baylos), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 640-641. Piénsese, por ejemplo, en una piedra pómez y una esponja de baño, visualmente similares, pero con texturas y composiciones distintas.

332. J. M. OTERO LASTRES, «Reflexiones sobre...», *op. cit.*, p. 225. En el mismo sentido, M. I. CANDELARIO MACÍAS, *La innovación en...*, *op. cit.*, p. 121.

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

334. M. L. LLOBREGAT HURTADO, «El nuevo régimen...», *loc. cit.* [consultado el 17 de septiembre de 2022].

que por importancia destacamos los dos siguientes³³⁵: i. la multiplicidad de formas, seguido mayoritariamente en España, por el que se admite la protección mediante el diseño industrial si «*la misma función técnica puede ser realizada por apariencias formales diversas*»³³⁶; y ii. la intención del diseñador, seguido por la EUIPO, por el que se protegen aquellos diseños en los que la forma responde, aun mínimamente, a «*mejorar la apariencia visual del producto*»³³⁷, es decir, el criterio para elegir la forma no puede haber sido únicamente que cumpla una función.

En cuarto lugar, hemos de hacer referencia, como ya se hizo *ut supra*, a que el componente artístico no es óbice para que pueda ser protegido un diseño. En concreto, la DA 10.^a LPJDI dispone que la protección que se establece en ella es «*independiente, acumulable y compatible*» con la de la propiedad intelectual, siempre que el diseño «*presente en sí mismo el grado de creatividad y de originalidad necesario para ser protegido como obra artística*»³³⁸. De este modo, se considera que entre el diseño y la obra de arte «*no existe diferencia alguna en cuanto a su naturaleza, sino solo respecto de su distinto grado de nivel artístico*»³³⁹. No obstante, el TJUE en el caso *G-Star Raw* ha venido a concretar o matizar esta doble protección, al entender que un diseño para que sea protegido como obra artística deberán cumplirse necesariamente los requisitos establecidos en sede de los derechos de autor sin que el carácter estético, que es subjetivo, sea suficiente³⁴⁰.

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

335. Otros criterios admitidos: variación de la forma, adiciones, embellecimientos o contornos: S. LOUREDO CASADO, *El diseño industrial no registrado*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 183-187.

336. FJ 2.º SJM Alicante, de 28 de noviembre de 2012 (ECLI:ES: JMA:2012:1306).

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

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

339. J. M. OTERO LASTRES, «Una aproximación...», *op. cit.*, p. 118.

340. Párr. 54-56 STJUE 12 de septiembre de 2019, *Cofemel – Sociedade de Vestuário, S.A. vs G-Star Raw CV*, C-683/17.

Ahora bien, hemos de realizar una diferenciación entre los diseños registrados y no registrados. El contenido de la LPJDI se refiere casi exclusivamente a los registrados, y para obtener la protección que se establece se requiere que el diseño sea registrado, pero junto con ellos encontramos también los no registrados, que podrán obtener su protección a través de la normativa comunitaria, en concreto, el Reglamento (CE) n.º 6/2002 del Consejo de 12 de diciembre de 2001 sobre los dibujos y modelos comunitarios –en adelante, Reglamento 6/2002–, aplicable en España, y que los protege «*en los mismos términos que los derechos de autor*»³⁴¹, si bien el plazo de su protección es de tan solo 3 años

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

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

341. M. L. LLOBREGAT HURTADO, «El nuevo régimen...», *loc. cit.* [consultado el 17 de septiembre de 2022].

aunque facilite su degustación, no responde mayoritariamente a cuestiones funcionales, sino estéticas u ornamentales³⁴².

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

4.2. Contenido

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

Además, el artículo 47 LPJDI determina el alcance de la protección al disponer que la protección «*se extenderá a cualquier diseño que no produzca en el usuario informado una impresión general diferente*», mientras que en el caso de los diseños no registrados el artículo 19 del Reglamento 6/2002 establece que «*solo confiere a su titular el derecho de impedir [la fabricación, oferta, puesta en el mercado, importación, exportación o utilización] si la utilización impugnada resulta de haber sido copiado el dibujo o modelo protegido*».

Por tanto, se concede al titular del diseño industrial, de manera similar a las patentes, un derecho de uso exclusivo y excluyente, lo cual impedirá que otra persona sin su autorización pueda utilizar el diseño protegido –sin perjuicio del posible agotamiento del derecho–. No obstante, en relación con la gastronomía el diseño no protegería la creación en su conjunto, sino solo la apariencia externa del resultado final³⁴⁴. Si pensáramos en el plato men-

342. K. M. SAUNDERS y V. FLUGGE, «Food for thought...», *op. cit.*, p. 195.

343. Comprende la fabricación, oferta, comercialización, importación y exportación o el uso de un producto que incorpore el diseño y el almacenamiento de dicho producto para los fines mencionados.

344. M. P. ARONS, «A Chef's Guide...», *op. cit.*, p. 141: «Una patente de diseño puede utilizarse para proteger la apariencia estética de una creación gastronómica» [Traducción propia].

cionado de Robuchon, se podría realizar una combinación con los mismos ingredientes y técnicas, pero con otro emplatado-diseño.

4.3. Requisitos

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

A. Novedad

En cuanto a la novedad, dispone el artículo 6 LPJDI que *«un diseño es nuevo cuando ningún otro diseño idéntico haya sido hecho accesible al público antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro o [...] según los casos] de la fecha de prioridad, añadiéndose que se considerarán idénticos los diseños cuyas características difieran solo en detalles irrelevantes»*. Así, hay que partir, por un lado, de la divulgación realizada previamente del diseño y, por otro, del parecido que presente con otros diseños anteriores³⁴⁵. Con todo, la ley ha adoptado el concepto de novedad alemán por el que se entiende que *«lo nuevo es lo que no se haya puesto a disposición del público, que equivale a lo no conocido»*³⁴⁶.

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

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

345. J. M. OTERO LASTRES, «En torno a la directiva 98/71/CE sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 19, 1998, p. 31.

346. M. L. LLOBREGAT HURTADO, «El nuevo régimen...», *loc. cit.* [consultado el 17 de septiembre de 2022].

en cuenta para valorar la accesibilidad por parte del público –pudiéndose incluir en ellas las participaciones en congresos gastronómicos–.

Respecto del parecido que presente el diseño con otros anteriores, la LPJDI no incluye en la comparación todos los diseños existentes en el mundo, sino solo aquellos que hayan sido divulgados. No obstante, tal divulgación es matizada, puesto que solo impedirá el carácter novedoso de un diseño en caso de que «*haya sido de tal naturaleza que sea razonable esperar que el diseño haya llegado a ser conocido en el tráfico ordinario por los especialistas del correspondiente sector de la UE*»³⁴⁷. Es decir, compararemos el nuevo diseño con ‘algunos’ anteriores que serán aquellos que razonablemente sean conocidos en la UE por el sector al que pertenezca el diseño³⁴⁸. Si bien, en caso de que un diseño pueda estar relacionado con más de un producto de sectores distintos, la doctrina no es unánime acerca de los especialistas de qué sector serían los que deberían analizar la novedad³⁴⁹. Y en cuanto al concepto de ‘tráfico ordinario’, deben excluirse del mismo aquellas actividades que no sean frecuentes o usuales en el sector en cuestión³⁵⁰.

Respecto de la comparación entre los diseños, el artículo 6.2 LPJDI señala que «*se considerarán idénticos los diseños cuyas características difieran solo en detalles irrelevantes*». Así, el Tribunal Supremo ha entendido que las características relevantes son aquellas que al comparar dos diseños se aprecian a simple vista, por lo que *a sensu contrario* un detalle irrelevante será aquel que no se aprecie a simple vista³⁵¹.

347. J. M. OTERO LASTRES, «Concepto legal...», *op. cit.*, p. 29.

348. M. T. ORTUÑO BAEZA, «El requisito de novedad», en *El diseño comunitario. Estudios sobre el Reglamento (CE) núm. 6/2002* (dir. Á. García Vidal), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 133. Esta circunscripción europea es uno de los motivos por los que parte de la doctrina considera adecuada la decisión de que el objeto jurídicamente protegido por el diseño industrial sea el valor añadido desde el punto de vista comercial, porque, aunque el diseño haya sido divulgado, si no ha sido accesible en la UE, el atractivo estético para el consumidor va a existir igualmente: J. MACÍAS MARTÍN, «La protección comunitaria del diseño industrial», en *Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea* (dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 321.

349. A favor de los especialistas del segundo: A. CASADO CERVIÑO y A. BLANCO JIMÉNEZ, *El diseño comunitario. Una aproximación al régimen legal de los dibujos y modelos de Europa*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 42. A favor de los del primero: M. T. ORTUÑO BAEZA, *op. cit.*, pp. 89-91.

350. A. CASADO CERVIÑO y A. BLANCO JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 47.

351. FJ 11.º STS, civil, de 30 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1766). Para un estudio más detallado de diversos supuestos y criterios delimitadores de la cuestión, *vid.* M. T. ORTUÑO BAEZA, *op. cit.*, pp. 151-191.

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

¿Se cumple este requisito de novedad en un diseño gastronómico? Hay numerosos ejemplos de ello³⁵⁴. La novedad en sede del diseño industrial pivota sobre dos ideas. Por un lado, que no haya sido divulgado previamente, con las matizaciones realizadas. Por otro lado, que sus características diferenciadoras no sean detalles irrelevantes. Respecto del primero, siendo la gastronomía un sector prácticamente universal, hay una gran probabilidad de que diseños de todas partes del mundo sean conocidos en la UE, por lo que será el segundo matiz el que determinará verdaderamente el cumplimiento de este requisito. Muchas veces el cambio de un ingrediente es lo que determina que estemos ante obras gastronómicas distintas, pero en sede de diseños, ¿un cambio de ingrediente puede ser entendido como ese elemento que aporta valor? Si la apariencia se refiere a lo visual, ¿solo se contemplarán los cambios de ingredientes que sean externos? ¿O deberán tenerse en cuenta los que sean visibles al partir el plato con cuchillo y tenedor? Por ejemplo, volviendo a la *Lubina en hojaldre* de Paul Bocuse ¿sería posible protegerla, aunque la lubina no se vea hasta que se decida comer? ¿El diseño protegería la utilización de la lubina? ¿O solo la apariencia conseguida con el hojaldre que simula un pescado? Ciertas dudas que no son fáciles de resolver.

352. M. L. LLOBREGAT HURTADO, «El nuevo régimen...», *loc. cit.* [consultado el 17 de septiembre de 2022].

353. C. SAIZ GARCÍA, «Requisitos de...», *Actas...*, *op. cit.*, p. 390.

354. En España encontramos, entre otros, pasteles –D0532688-01–, patés –I0144884–, turrone –D0512938-02– o pizzas –D0521510-01–. Y en EE. UU. encontramos también muchas patentes de diseño relacionadas con la gastronomía: barras de caramelo (n.º D593.276), pasteles (n.º D571.526).

B. *Carácter singular*

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

Los dos requisitos del diseño industrial presentan grandes similitudes³⁵⁶. No obstante, frente a la comparación objetiva del anterior centrada en los detalles irrelevantes, aquí se trata de la comparación³⁵⁷ de la impresión general del nuevo diseño, analizada por un «usuario informado»³⁵⁸. Por tanto, para que un diseño sea protegido conforme a la LPJDI no basta con que presente un cambio de detalles relevantes, que se vean *a simple vista*, sino que será necesario que la impresión general del nuevo diseño, es decir, el diseño en su conjunto «difiera de la impresión general» de cualquier otro diseño en opinión de un «usuario informado», por lo que «las diferencias deben ser por tan tanto apreciables, que no provoquen en el usuario informado la sensación de un diseño ya visto»³⁵⁹.

355. L. A. MARCO ARCALÁ, «Últimas aportaciones en torno al carácter singular de los diseños comunitarios en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 33, 2013, p. 505.

356. C. SAIZ GARCÍA, «Requisitos de protección de los dibujos y modelos comunitarios», en *El diseño comunitario* (dir. G. Palao Moreno y M. Clemente Meoro), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 198; L. A. MARCO ARCALÁ, «El requisito del carácter singular», en *El diseño comunitario. Estudios sobre el Reglamento (CE) núm. 6/2002* (dir. Á. García Vidal), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 233-239.

357. J. MACÍAS MARTÍN, *op. cit.*, p. 319: «Su apreciación es más compleja que la de la novedad, de la que no es una mera extensión».

358. En EE. UU. se ha optado por la utilización del concepto de «observador ordinario» como la persona que habitualmente compra dicho producto: K. M. SAUNDERS y V. FLUGGE, «Food for thought...», *op. cit.*, pp. 173.

359. El legislador ha optado por proteger los denominados diseños fuertes frente a los débiles: M. L. LLOBREGAT HURTADO, «El nuevo régimen...», *loc. cit.* [consultado el 17

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

Otro de los aspectos destacables de este requisito es que la valoración del diseño será realizada por un «usuario informado», no cualquier usuario del diseño como en sede de marcas, ni tampoco un experto en la materia como en sede de patentes³⁶³. El TJUE, en sede de diseños comunitarios, pero extrapolable a la cuestión tratada, afirmó, en el caso *PepsiCo*, respecto de este concepto, que el usuario informado «conoce los diferentes [diseños] existentes en el sector de que se trata, dispone de un determinado grado de conocimiento sobre los elementos que normalmente contienen esos [diseños] y, debido a su interés por los productos de que se trata, presta un grado de atención relativamente elevado al utilizarlos»³⁶⁴. Así, en la STS de 16 de septiembre de 2021 se señaló que el usuario informado «no es un simple consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, sino un usuario que presenta un especial cuidado, ya sea debido a su experiencia personal, ya a su amplio conocimiento del sector de que se trate»³⁶⁵. Además, en la STS de 30 de abril de 2014³⁶⁶ se había considerado

de septiembre de 2022]. Este mismo criterio se ha mantenido en EE. UU., por ejemplo, en el caso *Durling vs. Spectrum Furniture Co., Inc.*, 101 F.3d 100 (Fed. Cir. 1996), donde se mantuvo que, si resultaba obvio visualmente el cambio, podría ser protegido.

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

361. FJ 13.º STS, civil, de 25 de junio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2804).

362. FJ 13.º STS, civil, de 30 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1766).

363. En cuanto a las diferencias con estos conceptos, *vid.* I. BLANCO ESGUEVILLAS, *La protección jurídica...*, *op. cit.*, pp. 106-107.

364. Párr. 59 STJUE 20 de octubre de 2011, *PepsiCo Inc. vs Grupo Promer Mon Graphic, S.A.*, C-281/10 P.

365. FJ 3.º STS, civil, de 16 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3416).

366. FJ 11.º de la STS, civil, de 30 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1766).

que en caso de que un diseño se aplique a productos de sectores distintos, los «usuarios informados, a efectos de uno y otro producto, serán diferentes».

No obstante, la mayor problemática radica en la materialización de este concepto en sede procesal, ya que habrá casos en los que el propio juez se considere a sí mismo «usuario informado», mientras que en otros necesitará de un apoyo, sin que pueda ser un perito porque este tiene la condición de experto. Por lo que parece ser que, en caso de que el juez no pueda considerarse a sí mismo como «usuario informado» o las partes entiendan que no lo es, la opción más recomendable sería el uso de encuestas o sondeos realizados a usuarios informados³⁶⁷.

En último lugar, es necesario referirse al «grado de libertad del autor», ya que el artículo 7.2 LPJDI establece que deberá tenerse en cuenta para analizar el carácter singular del diseño, pues, tal y como recuerda su exposición de motivos, la industria del diseño es heterogénea y en gran cantidad de ocasiones la creatividad de los diseñadores se ve encuadrada necesariamente en ciertos gustos o modas. Es decir, habrá que tener en cuenta qué margen tenía el autor-diseñador para el desarrollo del nuevo diseño³⁶⁸. La sentencia del TGUE de 21 de noviembre de 2013 sostuvo que para el análisis del grado de libertad del autor se debía tener en cuenta «*las características impuestas por la función técnica del producto o de un elemento del producto, o incluso de las prescripciones legales aplicables*», por lo que cuanto mayor libertad tenga el diseñador, «*menor será la posibilidad de que las diferencias secundarias que existan [...] causen una impresión general distinta, mientras que si su libertad era menor, mayor será la posibilidad de que las diferencias secundarias [...] causen una impresión general distinta*»³⁶⁹.

Tras todo lo analizado, debemos cuestionarnos si un diseño gastronómico podría presentar carácter singular. La respuesta es lacónica y asertiva: Sí. La impresión general de un diseño gastronómico perfectamente puede

367. Á. GARCÍA VIDAL, «El contenido del derecho sobre el diseño comunitario», en *El diseño comunitario. Estudios sobre el Reglamento (CE) núm. 6/2002* (dir. Á. García Vidal), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 356-360.

368. En cuanto a los diversos criterios para analizar la libertad del autor, *vid.* S. LOUREDO CASADO, *El diseño industrial...*, *op. cit.*, pp. 155-162, quien estudia estos criterios apoyándose en resoluciones judiciales españolas y europeas.

369. Párr. 31-33 STGUE, de 21 de noviembre de 2013, *El Hogar Perfecto del Siglo XXI, S.L. vs OAMI y Wenf International Advisers Ltd.*, T-337/12. Un criterio similar se ha mantenido en la jurisprudencia estadounidense: *Contessa Food Products, Inc. vs Conagra, Inc.*, 282 F.3d 1370 (Fed. Cir. 2002). Y este criterio ha sido asumido por la jurisprudencia española: FJ 5.º STS, civil, de 25 de junio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2804).

producir una impresión distinta a la de cualquier otro diseño. Por ejemplo, piensen en el tartar del restaurante triestrellado alemán Waldhotel Sonnora que se presenta como si fuera una porción de pastel. No hay inconveniente alguno en ello, aunque deba analizarse caso por caso.

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

4.4. Contextualización en el sector gastronómico

¿Hay creaciones gastronómicas protegidas como diseños industriales? Sí. ¿Puede una creación gastronómica ser novedosa y poseer carácter singular? Sí. Ahora bien, ¿sirve el diseño industrial para proteger efectivamente las obras gastronómicas en general? No. Por un lado, no se lograría su protección total, ya que solo abarcaría la apariencia externa, su diseño, no los pasos seguidos o los otros muchos componentes sensitivos que construyen la obra gastronómica como obra total. Solo protege su apariencia, cuando la obra gastronómica es mucho más³⁷⁰. No impediría que otro cocinero empleara los mismos ingredientes, los mismos pasos, pero presentándolo de un modo distinto. Al final, el diseño sería otro³⁷¹. Por otro lado, los requisitos de novedad

370. En contra de la protección mediante los diseños se pronuncia: C. Y. N. SMITH, «Food Art...», *op. cit.*, p. 21; S. ROBERT GUILLÉN, *La protección jurídica...*, *op. cit.*, p. 332: «Una obra culinaria [...] tiende a la forma artística, visual y gustativa, no a la mera consideración de [...] diseño industrial».

371. Por ejemplo, la receta del tartar del Waldhotel Sonnora, servido como porción de tarta, podría, sin problema, servirse con forma de tarta entera y ya se habría sorteado la protección.

y carácter singular no se cumplen con una ligereza pasmosa. Un cambio de ingrediente por importante que sea –la lubina en lugar de solomillo– puede ser que no cumpla los parámetros para entender que es un diseño novedoso y singular. Además, nada impediría que pasado el tiempo de protección en un restaurante se sirviera el plato sin mencionar quién lo diseñó.

En cambio, el diseño sí que puede presentar una cierta utilidad en relación con una serie de obras gastronómicas concretas: aquellas que presentan un alto grado de creatividad y originalidad, puesto que si la obra gastronómica es creativa, original, nueva y singular podría ser protegida como diseño artístico³⁷², es decir, protegida por los derechos de autor y por el diseño industrial, una doble protección de dos sectores distintos, pero complementarios, pudiendo llegar a proteger también la forma representativa del plato, la receta. En los diseños artísticos gastronómicos, diseño, arte y gastronomía se dan la mano y «*el creador de una forma estética, sugestiva o atrayente aplicable a la industria, además de la protección mediante el régimen específico del diseño industrial, podrá disfrutar conjunta o alternativamente de la protección mediante derecho de autor*»³⁷³.

Un ejemplo claro de esta protección sería la *Tarte bouquet de roses* del cocinero Alain Passard del restaurante *L'Arpège*, una tarta de manzana caracterizada por la laminación de la totalidad de cada fruta en una sola pieza extremadamente fina para posteriormente darle forma de capullo de rosa. De este modo, tras juntar varias manzanas, da la impresión de que estamos ante un ramo, diseño que es una auténtica obra de arte. Passard tiene registrado como diseño industrial –en Francia se distingue entre diseños y modelos– un total de once posibilidades de la mencionada tarta³⁷⁴. Y no solo eso, sino que el Tribunal de Grande Instance de París³⁷⁵ consideró que un determinado supermercado infringía el diseño de Passard y que no podía comercializar una tarta de manzana con forma de ramo de rosas. Ejemplo demostrativo, aunque sea mínimamente, del éxito que se puede conseguir mediante la consideración de la obra gastronómica como diseño artístico.

Ahora bien, el diseño en general plantea los mismos problemas en relación con el sector gastronómico que los demás instrumentos de protección

372. J. M. OTERO LASTRES, «Una aproximación...», *op. cit.*, p. 119; K. M. SAUNDERS y V. FLUGGE, «Food for thought...», *op. cit.*, p. 197.

373. J. A. GÓMEZ SEGADÉ, «Pasado...», *op. cit.*, p. 35.

374. Por ejemplo, los siguientes números de registro: DM/070613-005 o DM/070613-002.

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

analizados³⁷⁶. Es muy complicado aunar los efectos de esta clase de protección con los ideales que rigen en la gastronomía. ¿Quién querría ser *stagier* de un gran restaurante si luego no puede emplear las creaciones aprendidas para desarrollar un nuevo plato, una nueva obra o un nuevo diseño? ¿Permite el diseño artístico la inspiración en obras anteriores o su modificación para la creación de otras nuevas? Los artículos 45 y 47 LPJDI confieren al titular del diseño la facultad de «prohibir su utilización por terceros sin su consentimiento» y su protección se extiende «a cualquier diseño que no produzca en el usuario informado una impresión general diferente». ¿Cuándo un cambio de un diseño artístico gastronómico se considerará legítimo? Volvamos al caso de la *Lubina en hojaldre* de Paul Bocuse. Si protegemos el *Solomillo Wellington* como diseño artístico, ¿podría considerarse que la creación de Bocuse es una infracción del otro diseño? ¿Quieren realmente esta clase de protección o lo que buscan es simplemente un reconocimiento a su condición de diseñadores?

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

VI. SECRETOS EMPRESARIALES

1. IDEAS PREVIAS

Lo más probable es que cuando se haya hablado de la protección de las obras gastronómicas más de uno haya pensado inmediatamente en esas recetas secretas que se guardan con celo, que nuestro imaginario coloca dentro

376. En concreto sobre la problemática respecto de la protección mediante diseños y modelos europeos se pronuncia: M. V. ROCHA, «The Mondrian Cake...», *op. cit.*, p. 173.

de cámaras acorazadas. Todos conocemos la existencia de recetas secretas o, más bien, conocemos historias, mitos y leyendas sobre ellas. Desde que un niño lee *Charlie y la fábrica de chocolate* de Roald Dahl o ve alguna de sus versiones cinematográficas, se adentra de cabeza en el mundo de los secretos empresariales en la gastronomía, aprendiendo sin excesivo esfuerzo qué es el espionaje industrial o cómo se deben proteger los más importantes secretos.

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

En definitiva, secretos en la gastronomía, *haberlos, haylos*. ¿Pero pueden realmente servir para proteger una obra gastronómica? ¿O su virtualidad se limita a la protección de un ingrediente, paso o proporción concreta? Si se protege mediante un secreto una pequeña parte de la receta, ¿se logra el efecto de protegerla entera? Con cada vez más cocinas abiertas en los restaurantes ¿se puede lograr una efectiva protección de la creación? ¿Los clientes cuando acuden a un restaurante podrían realizar ingeniería inversa para averiguar la composición de la obra gastronómica? ¿O se les podría obligar a firmar un acuerdo de confidencialidad, casi como si *contractualizásemos* la expresión *come y calla*? ¿Cómo se puede conjugar el secreto de un ingrediente con la normativa de alérgenos nacional y europea? Sin duda, los secretos empresariales en la gastronomía nos plantean numerosas cuestiones³⁷⁷.

2. CONCEPTO Y REQUISITOS

2.1. Concepto

Risch escueta, pero certeramente, definió los secretos empresariales como «un tipo de información que tiene valor porque no se conoce de forma general»³⁷⁸.

377. Aunque sea anecdótico, el caso canadiense *Positron INC. vs Desroches et al.*, RJQ 1636 (1988), utilizado para definir los secretos empresariales en Canadá, incluye en tal definición el término 'receta'.

378. M. RISCH, «Why do we have trade secrets?», *Marquette Intellectual Property Law Review*, n.º 1, 2007, p. 7.

No obstante su lacónica virtualidad, en nuestro ordenamiento hemos de partir de la definición legal recogida en la LSE, cuyo artículo 1 dispone que el secreto empresarial es «*cualquier información o conocimiento*^[379]», *incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero*» que reúna tres condiciones: i. «*ser secreto*»; ii. «*tener valor empresarial por ser secreto*»; iii. «*haber sido objeto de medidas razonables [...] para mantenerlo en secreto*»³⁸⁰.

Así, se construye la definición en torno a tres elementos: «*el objeto que puede constituir secreto empresarial, la naturaleza de ese objeto y las condiciones que hacen de ese objeto un secreto empresarial merecedor de la protección establecida*»³⁸¹. No obstante, un sector amplio de la doctrina ha criticado, a pesar de reconocer la dificultad de la conceptualización, que la LSE –también la Directiva 2016/943– no construye un concepto de secreto empresarial, sino que establece su definición por remisión a una serie de requisitos³⁸². Desde una perspectiva jurisprudencial, la STS de 20 de diciembre de 2018³⁸³ –anterior a la LSE, aunque plenamente vigente su aportación– definió el secreto

379. La inclusión del término *conocimiento* es una de las innovaciones españolas frente a la Directiva 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016 –en adelante, Directiva 2016/943–, relativa a la producción de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados que solo recogía el término *información*. No obstante, sí que se hacía mención del término *conocimiento* en su preámbulo.

380. Definición que sigue la mantenida en sede europea y que no se aleja de la mantenida en el artículo 39.2 del Acuerdo ADPIC o de lo dispuesto en la sección 1.4 de la Uniform Trade Secrets Act de 1985 o de lo que se sostuvo en el FJ 2.º de la STS, civil, de 21 de octubre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:6410).

381. J. MASSAGUER FUENTES, «De nuevo sobre la protección jurídica de los secretos empresariales: a propósito de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n.º 51, 2019, p. 50.

382. Entre otros y ya desde su anterior regulación en el artículo 13 LCD: A. SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial. Un estudio del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*, Thomson Reuters – Civitas, Cizur Menor, 2009, p. 190. La autora definió el secreto empresarial como «*toda información relativa a la empresa a la que los terceros no pueden acceder fácilmente por medios lícitos sin emplear una cantidad significativa de recursos, y respecto de la cual su titular ha adoptado medidas razonables para mantenerla en secreto, tanto en relación con los sujetos a los que se la comunicó, como respecto de aquellos que la ignoran*». A. Bercovitz Rodríguez-Cano lo ha definido como «*una información o conocimiento, referido a cualquier modalidad de actividad [...] que no sea conocida por las personas pertenecientes al círculo en que se maneja habitualmente ese tipo de conocimientos, [...] que tenga] valor empresarial por el hecho de ser secreta. Y [se hayan] adoptado medidas serias para mantener el secreto*»: A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Nociones introductorias sobre la Ley de Secretos Empresariales», en *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual. Homenaje a Luis-Alfonso Durán* (dir. P. Merino Baylos), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 201.

383. FJ 4.º STS, penal, de 20 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4422).

empresarial desde «una concepción funcional-práctica, debiendo considerar secretos de empresa los propios de la actividad empresarial, que de ser conocidos contra la voluntad de la empresa, pueden afectar a su capacidad competitiva». Pero no podemos obviar que se trata de una definición poco concreta.

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

2.2. Información o conocimiento de carácter empresarial

En primer lugar, aunque pueda parecer lógico, el objeto de todo secreto empresarial debe ser información o conocimiento, pues el secreto es algo inmaterial³⁸⁵ que está «constituido por una actitud mental de reserva sobre un conocimiento o por decirlo de otra manera, el secreto es un conocimiento reservado»³⁸⁶, siendo la información el conjunto de datos que puede ser interpretado por una persona³⁸⁷. No obstante, información y conocimiento, a pesar de las similitudes conceptuales que presentan, ejemplifican dos puntos de vista

384. A. CASTÁN PÉREZ-CANO, «Secretos empresariales y Propiedad Industrial e Intelectual: Afinidades y divergencias», en *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual. Homenaje a Luis-Alfonso Durán* (dir. P. Merino Baylos), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 308.

385. Aunque pueda materializarse: FJ 1.º STS, penal, de 12 de mayo de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:2885): «Su materialización puede producirse en todo género de soporte, tanto papel como electrónico, y tanto en original como copia, y aún por comunicación verbal». Así, se ha entendido también en la jurisprudencia estadounidense: *Bridgestone/Firestone, Inc. vs Lockhart*, 5 F. Supp. 2d 667 (S.D.Ind. 1998).

386. J. A. GÓMEZ SEGADE, *El secreto industrial (know how): concepto y protección*, Tecnos, Madrid, 1974, pp. 43-44.

387. P. GUILLÉN MONGE, «Artículo 1», en *Comentarios a la Ley de Secretos Empresariales* (coord. J. M. Lissén Arbeloa), Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2020, disponible en <https://www.laleydigital.es> [consultado el 15 de septiembre de 2022]. Si bien debe ser entendido en un sentido amplio, pues en él deben incluirse no solo «conocimientos técnicos o científicos, sino también datos empresariales relativos a clientes y proveedores, planes comerciales y estudios o estrategias de mercado, siempre que esta no haya sido divulgada»: R. GUILLÉN CATALÁN, «¿Cómo proteger un secreto comercial o empresarial?», en *Curso de especialización en Know-How, propiedad intelectual e industrial en el mercado único digital* (dir. J. Plaza Penadés), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019 [E-book], disponible en <https://www.proview.thomsonreuters.es> [consultado el 8 de octubre de 2022].

distintos del objeto del secreto empresarial, pues la información «*incide en el aspecto objetivo del objeto protegido*» y el conocimiento se refiere al *aspecto intelectual*³⁸⁸. Por otro lado, se ha de tener en cuenta que el concepto de información o conocimiento no puede comprender simples trucos o la práctica empírica basada en la habilidad y en la experiencia, pues ese saber hacer es distinto de lo que constituye el objeto de los secretos empresariales³⁸⁹.

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

Ahora bien, no importa si la información o el conocimiento es relativo a aspectos productivos, financieros, comerciales, de márketing o cualquier otro, siempre que entre dentro de «*la esfera reservada de la empresa*»³⁹¹. Este carácter abierto se desprende de manera clara del artículo 1 LSE cuando dispone que «*se considera secreto empresarial cualquier información o conocimiento*», indicando a continuación alguna de sus clases, pero no con carácter de *numerus clausus*³⁹², superándose la tradicional distinción entre secretos técnico-industriales, comerciales y organizativos, como ya sostuvo la STS

388. J. MASSAGUER FUENTES, «De nuevo sobre...», *op. cit.*, p. 51. No obstante, otros autores, como Guillén Monge, han criticado que se incluya el término *conocimiento* junto con el de *información* porque entienden que «*se debe a una incorporación parcial de la traducción del concepto know-how [...] subsumido en la lista ejemplificativa [...] y porque el término 'conocimiento' tiende a confundirse con las experiencias y competencias del trabajador, las cuales se encuentran expresamente excluidas del objeto de protección de la LSE*»: P. GUILLÉN MONGE, «Artículo 1...», *loc. cit.* [consultado el 15 de septiembre de 2022].

389. J. RICHARD, *La divulgation de l'information protégée et les libertés économiques* [tesis doctoral], Université Paris-Saclay, 2018, pp. 56-57.

390. A. SUÑOL LUCEA, *El secreto...*, *op. cit.*, pp. 117-118.

391. J. A. GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto...*, *op. cit.*, p. 51.

392. Aunque sea en sede penal, *vid.* FJ 1.º de la STS, penal, de 12 de mayo de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:2885): «*un concepto lábil, no constreñible en un 'numerus clausus'.* Por

de 21 de octubre de 2005³⁹³ y positivizando tal sentir, pues lo definitivo es que se trate de una información o conocimiento vinculado a una empresa. A pesar de ello, como ya se pronunció la STS de 4 de marzo de 2005, el secreto empresarial tiene un contenido patrimonial, por lo que «no puede ser equiparado al derecho fundamental a la intimidad»³⁹⁴.

En relación con la gastronomía, no podemos dejar de señalar que una creación gastronómica es el resultado final de un proceso creativo. Un proceso que está conformado por una serie de informaciones y conocimientos –desde los ingredientes hasta la forma de su presentación– que se entrelazan de una determinada manera para alcanzar un concreto resultado. Y, además, toda creación gastronómica es, en definitiva, un activo tangible e intangible, al mismo tiempo, de una empresa. Por lo que, sin duda alguna, la obra gastronómica puede cumplir con este primer requisito, pues la misma no deja de resguardar una serie de informaciones y conocimientos que se aplican para realizar una determinada creación en el ámbito de una empresa. Incluso, si como vimos en sede de derechos de autor, se considerase que la creación gastronómica es solo una idea, los secretos empresariales podrían protegerla igualmente³⁹⁵. Piensen, sin poner ejemplos concretos de ciertos restaurantes, en un guiso que se realiza de una manera particular, sin que nadie, salvo su cocinero, conozca cuál es su secreto. Esa forma de realizar el plato es la información, posiblemente, más preciada de esa empresa de restauración³⁹⁶.

2.3. Carácter secreto de la información o conocimiento

El segundo de los requisitos es que la información sea secreta, siendo el requisito más importante, puesto que de su carácter secreto dependen directa

ello, habremos de ir a una concepción funcional-práctica, debiendo considerar secretos de empresa los propios de la actividad empresarial».

393. FJ 2.º STS, civil, de 21 de octubre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:6410). En el mismo sentido y más recientemente, el FJ 4.º de la STS, civil, de 4 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1568).

394. FJ 1.º STS, civil, de 4 de marzo de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:1356). Por tanto, estarán excluidas aquellas informaciones que, aunque sean secretas o tengan connotaciones económico-comerciales, tengan carácter privado al ser cuestiones relativas a la intimidad o sean datos de carácter personal. *Vid.* J. MASSAGUER FUENTES, «De nuevo sobre...», *op. cit.*, pp. 52-53.

395. Esto mismo es mantenido en EE. UU. Entre otros: M.-C. JANSSENS, «Copyright for...», *op. cit.*, p. 4 [consultado el 11 de septiembre de 2022]; H. BROWN, «Having your cake...», *op. cit.*, p. 17; *Boeing Co. vs Sierracin Corp.*, 108 Wn. 2d 38 (Wash. 1987).

396. Así, por ejemplo, se ha sostenido en multitud de ocasiones en la jurisprudencia canadiense, entre otras, en *Cadbury Schweppes INC. vs FBI Foods Ltd.*, 1 SCR 142 (1999).

o indirectamente los demás requisitos³⁹⁷. Para discernir cuándo la información empresarial será secreta, el artículo 1 LSE establece que es necesario que se den dos requisitos acumulativos: i. que la información no sea conocida de manera general por quienes habitualmente actúan en los círculos donde suele ser utilizada; y ii. que el acceso a dicha información no conocida por parte de tales círculos no sea sencillo, enlazándose necesariamente con el requisito de que se establezcan medidas de protección que impidan un fácil acceso a ella.

De tales condiciones o requisitos, en primer lugar, es necesario destacar la utilización de la expresión «círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento»³⁹⁸, círculos que incluirían a todas aquellas personas que se vean involucradas directa o indirectamente por sus actuaciones o intereses en los sectores afectados, siendo un estándar subjetivo cercano al usuario informado del derecho marcario, pero con notas del experto en la materia del derecho de patentes³⁹⁹. Una de las pocas sentencias de nuestra jurisprudencia que analiza en detalle esta cuestión es la SAP Barcelona de 10 de septiembre de 2019, en la que se mantuvo que las personas de dichos círculos serían «tratándose de una información técnica, [...] técnicos que trabajen en el campo relativo a dicha información, ya que son los círculos en los que normalmente se utiliza dicho tipo de información»⁴⁰⁰. En mi opinión, la inconcreción e indeterminación de este término, aunque sea conveniente ir realizando aproximaciones al mismo, es altamente ventajosa, pues, de este modo, no

397. A. B. CAMPUZANO LAGUILLO y E. SANJUÁN MUÑOZ, «Marco normativo. El concepto de secreto empresarial», en *La protección de secretos empresariales* (dir. A. B. Campuzano Laguillo et al.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 34.

398. Concepto criticado por algunos autores por su inconcreción: T. APLIN, «A critical Evaluation of the Proposed EU Trade Secrets Directive», *King's College London Law School Research Paper*, n.º 25, 2014, p. 262. Aunque alabado por otros por la misma razón: J. SALVÀ, «Un secreto a voces en la UE: La nueva protección jurídica del know-how en España», *Derechos Intelectuales*, n.º 25, 2020, p. 155. No obstante, no es un término utilizado por la totalidad de transposiciones de la directiva. Por ejemplo, en Francia el artículo L151-1 del Código de Comercio establece que no debe ser generalmente conocido y accesible «pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité»; en Italia el artículo 98 del Código de Propiedad Industrial dispone que no debe ser generalmente conocido y accesible «agli esperti ed agli operatori del settore».

399. P. GUILLÉN MONGE, «Artículo 1...», *loc. cit.* [consultado el 15 de septiembre de 2022]; J. MASSAGUER FUENTES, «De nuevo sobre...», *op. cit.*, p. 54: «[un] operador medio del sector concernido que no es omnisciente, sino que simplemente tiene un conocimiento general de experto, que no alcanza al conocimiento de todo lo que se ha hecho público, y que tiene un dominio experto, pero no absoluto, de las fuentes de información y conocimiento».

400. FJ 4.º SAP Barcelona, civil, de 10 de septiembre de 2019 (ECLI:ES: APB:2019:10731).

se concreta *ex ante* con un posible efecto limitador, sino que tal concreción se realizará *ex post* atendiendo a las características propias del mercado en que se encuentre el secreto.

Ahora bien, el carácter secreto requiere que la información o conocimiento no sea «generalmente conocido», encontrándonos de nuevo ante un concepto indeterminado⁴⁰¹. Así, en primer lugar, no se trata de que la información sea novedosa, como vimos en sede de propiedad industrial, ya que los secretos empresariales permiten que dos personas distintas lleguen a una misma información por caminos independientes⁴⁰², por lo que no importa, en definitiva, que la información protegida sea una novedad absoluta⁴⁰³, sino que sea generalmente conocida. En este sentido, la SAP Barcelona de 4 de febrero de 2021 indicó que el «*carácter secreto resulta del poco o nulo conocimiento que se tenga de la información o conocimientos en el sector comercial donde la misma puede tener relevancia y se viene rechazando la protección a aquellas informaciones*»⁴⁰⁴. Por tanto, se trata de que la información que constituye el secreto solo sea conocida por su titular y, en su caso, por su círculo de confianza –personas que tienen acceso al secreto por motivos productivos, comerciales, legales... y que tienen una obligación de mantener el secreto– o, a lo sumo, que sea conocido por otro titular cuando haya llegado al secreto de manera independiente.

Pero, además, debe completarse lo dicho con el hecho de que el artículo 1 LSE disponga que la información debe ser secreta, o bien en su conjunto, o

401. Esto fue señalado por el CGPJ en su *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Secretos Empresariales* de 22 de marzo de 2018 al indicar que «*se mantiene la incógnita [...] de dónde se encuentra el límite del conocimiento tolerable para determinar el carácter secreto*».

402. Precisamente en el análisis económico del derecho de los secretos empresariales se destaca este factor como uno de sus grandes alicientes frente a las patentes: F. CUGNO y E. OTTOZ, «Trade Secret vs. Broad Patent: The role of licensing», *Review of Law and Economics*, n.º 2, 2006, pp. 209-221; M. F. SCHULTZ y D. C. LIPPOLDT, «Approaches to Protection of Undisclosed Information (Trade Secrets)», *OECD Trade Policy Papers*, n.º 162, 2014, p. 13. Piénsese, *v. gr.*, en la receta de Coca-Cola y Pepsi.

403. De manera muy criticable se mantuvo en el mencionado FJ 4.º de la SAP Barcelona, civil, de 10 de septiembre de 2019 (ECLI:ES: APB:2019:10731) que «*quien reivindica ser el titular de una información secreta, deberá de alegar y probar que es secreta [...]. Lo que implica que alegue y pruebe que dicha información ni sea generalmente conocida ni sea fácilmente accesible por sus usuarios habituales. [...] parece razonable sostener que el titular debería de alegar y probar el conocimiento general común en ese momento, así como la novedad técnica de la información secreta respecto de dicho conocimiento*». El titular no debe probar la novedad técnica de su información o conocimiento, debe probar que no es conocido generalmente. En sede de secretos empresariales no estamos analizando su novedad, sino su secretismo.

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

bien en la configuración y reunión precisas de sus componentes⁴⁰⁵. Es decir, el desconocimiento puede ser respectivo a la totalidad de la información, pero también en caso de que una parte de la información sea generalmente conocida, el desconocimiento puede referirse «a la integración de datos y saberes en una pieza de información o conocimiento, a la forma en que están ensamblados, en que interactúan y se relacionan unos datos con otros»⁴⁰⁶. A lo que habría que añadirse el caso en que el secreto no recaiga sobre la información, sino sobre la forma de utilizarla para determinados fines empresariales⁴⁰⁷.

El último pilar de este requisito se encuentra en el hecho de que la información no conocida no debe ser «fácilmente accesible», condición que parece indisociable a que una información no sea generalmente conocida, puesto que, si la información fuera fácilmente accesible resultaría complicado argumentar o, mejor dicho, probar que no se trata de una «información generalmente conocida». *A sensu contrario*, aunque sea elucubrativo, si una información es «generalmente conocida», a lo mejor, se deba a que sea «fácilmente accesible». Pero, en definitiva, estamos de nuevo ante un término indeterminado. En la SAP Barcelona de 30 de julio de 2021 se consideró que una información no será fácilmente accesible cuando «pueda ser conocida por los terceros en poco tiempo o con escaso coste»⁴⁰⁸. No obstante, el hecho de que la información pueda ser descubierta por un tercero a través de una investigación no implica necesariamente que dicha información dejase de estar protegida como secreto, siempre que su descubrimiento hubiese sido especialmente costoso, en términos cuantitativos o cualitativos⁴⁰⁹. Si bien, en todo caso, para que un secreto se considere fácilmente accesible y, por tanto, no tenga la protección que establece la LSE solo se deben tener en cuenta aquellas investigaciones, descubrimientos o estudios que tengan un respaldo legal, que supongan medios lícitos⁴¹⁰, es decir, no se puede afirmar que un secreto es fácilmente

405. Bajo la anterior regulación, *vid.* FJ 5.º SAP Madrid, civil, de 14 de octubre de 2011 (ECLI:ES: APM:2011:15159): «la información es secreta cuando los terceros y, especialmente, los terceros interesados, en disponer de ella, no tienen conocimiento en general de la misma, bien de la totalidad de la información, bien de una parte esencial de la misma o bien del resultado de la interacción de las partes».

406. J. MASSAGUER FUENTES, «De nuevo sobre...», *op. cit.*, p. 55.

407. P. GUILLÉN MONGE, «Artículo 1...», *loc. cit.* [consultado el 15 de septiembre de 2022].

408. FJ 5.º SAP Barcelona, civil, de 30 de julio de 2021 (ECLI:ES: APB:2021:10117).

409. Idea recogida por el FJ 2.º SAP Pontevedra, civil, de 13 de junio de 2012 (ECLI:ES: APPO:2012:1795) y con anterioridad por la doctrina: J. MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley...*, *loc. cit.* [consultado el 10 de junio de 2022].

410. A. SUÑOL LUCEA, *El secreto...*, *op. cit.*, pp. 190-191.

accesible si para demostrarlo se emplean medios ilegales –v. gr., si para descubrirlo se ha realizado espionaje industrial–.

Hemos visto ejemplos en la práctica de secretos en el mundo gastronómico. Ahora bien, ¿cumplen tales secretos las condiciones para entender que la información es realmente secreta? Hemos señalado que para considerarse que es secreta una información deben darse dos condiciones: que la información ni sea conocida de manera general ni fácilmente accesible por quienes habitualmente actúan en los círculos donde suele ser utilizada. ¿Se pueden cumplir respecto de una creación gastronómica? En la jurisprudencia estadounidense, en el caso *Hui Kun LI vs Shuman* se incidió en esta cuestión y el tribunal señaló que lo que importa para determinar la protección de un secreto es el hecho de que sea secreto, sin importar su novedad y debiendo probarse que no se trataba de una receta generalmente conocida, ni fácilmente accesible⁴¹¹. A ello habría que añadir que la información debe ser secreta, o bien en su conjunto, o bien en la configuración y reunión precisas de sus componentes, por lo que también podría ser que, aunque los ingredientes fueran ampliamente conocidos, fuese la proporción en la que se combinan o la forma de cocinarlos lo que le otorgara el carácter secreto, tal y como se pronunciaron los tribunales estadounidenses en el caso *Katiroll Co. vs Kati Junction, Inc.*, donde se afirmó que, en una receta tradicional, se podría obtener la protección del secreto empresarial si la información secreta fuera la lista de ingredientes concreta y sus proporciones⁴¹², o en el caso *Hutchinson vs KFC Corp.*, donde el tribunal sostuvo que las técnicas empleadas y la forma de combinar los ingredientes podían constituir un secreto empresarial⁴¹³.

Sin entrar en una casuística que escaparía nuestro cometido, de manera general, una creación gastronómica o, mejor dicho, la información o conocimiento que constituye el secreto de una obra gastronómica podría cumplir perfectamente ambas condiciones. En cuanto a la primera, todo dependerá de cuál sea la información que se protege. Aunque pueda parecer absurdo, está claro que, si se pretende proteger mediante un secreto empresarial que a una tarta de manzana se le ha añadido azúcar, esta información no cumpliría el requisito porque todo cocinero –entendiendo que este sería la persona a la que se refiere el artículo 1 LSE– sabe que si quieres que una

411. *Hui Kun LI vs Shuman*, 5:14-cv-0030 (W.D.Va. 2016). En el mismo sentido se resolvió el caso canadiense *Québec INC., vs Thailyn*, CanLII 29935 QC CS (2003).

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

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

tarta de manzana sea dulce hay que añadirle un edulcorante –sea azúcar u otro–. Ahora bien, la gran mayoría de recetas sí que pueden llegar a contener una información que no sea ampliamente conocida⁴¹⁴. Piensen, por ejemplo, en una tortilla de patatas y en las diferencias que pueden existir entre la tortilla de Casa Dani en Madrid, la de Mantequerías Pirenaicas de Barcelona, la de Casa Miranda en Betanzos o la del Bar Néstor de Donostia. ¿Alguien del sector de la gastronomía conoce cuáles son los secretos de esas recetas que les han dado fama? ¿Será un determinado ingrediente? ¿Una determinada técnica en el cocinado de las patatas? ¿Será solo cuestión de tiempo en su cocinado?

En cuanto a la segunda de las condiciones, su demostración puede ser todavía más sencilla. Desenmarañar los secretos de una receta, incluso para los paladares más avanzados, no es nada sencillo⁴¹⁵; no es ni tan siquiera fácil descubrirlos con la ayuda de las nuevas tecnologías, no solo porque no den un resultado completo del análisis, sino porque acceder a dichas tecnologías implica una inversión económica tan elevada que, en término de costes, no permitirían considerar que se tratase de una información fácilmente accesible. La mayoría de las recetas secretas en la gastronomía no se encuentran plasmadas en ningún soporte tangible, por lo que su descubrimiento o se realiza mediante técnicas de ingeniería inversa u otro modo legal o se realiza mediante un acceso ilegal a la misma –aunque pueda sonar mundano, espionando lo que se realiza en una cocina–.

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

414. V. gr., en el caso estadounidense *Peggy Lawton Kitchens, Inc. vs Hogan*, 532 N.E.2d 54 (Mass. 1989) se consideró que una receta de galletas de chocolate era protegible por los secretos empresariales porque se le añadía virutas de nueces, lo que aportaba algo que las diferenciaba de cualquier otra receta de galletas de chocolate.

415. En el caso canadiense *Cadbury Schweppes INC. vs FBI Foods Ltd.*, 1 SCR 142 (1999) el tribunal consideró que, si una receta no es especialmente complicada, un experto tardaría como mínimo un año en poder descubrir cuáles son todos los ingredientes.

Lo que se trata, en definitiva, es que la receta no sea ni conocida ni accesible⁴¹⁶. Aunque sea con carácter meramente anecdótico o ejemplificativo, los tribunales estadounidenses, en el caso *Buffets, Inc. vs Klinke* resumieron esta cuestión con bastante claridad al entender que una cosa es que para proteger un secreto no se tenga en cuenta la novedad y otra muy distinta es que se intente proteger mediante la regulación de los secretos algo que es conocido por todos y que no presenta ni una característica desconocida⁴¹⁷. Por lo que, aunque la novedad no sea un requisito de los secretos empresariales, *de facto*, hasta cierto punto, debe ser tenida en cuenta, puesto que para probar la existencia en ciertos casos de un secreto empresarial será necesario identificar suficientemente sus diferencias respecto de los de otras recetas similares que sean públicas⁴¹⁸.

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

416. K. M. SAUNDERS y V. FLUGGE, «Food for thought...», *op. cit.*, p. 162: «los métodos y conceptos básicos de cocina no pueden ser protegidos por el secreto empresarial porque o son conocidos o es muy sencillo llegar a conocerlos».

417. *Buffets, Inc. vs Klinke*, 73 F.3d 965 (9th Cir. 1996). Puede ser todavía más anecdótico el caso *Vraiment Hospitality, LLC vs Binkowski*, 8:11-cv-1240-T-33TGW (M.D. Fla. 2012), donde, a pesar de que un perito consideró que la receta presentaba un ingrediente secreto que le daba singularidad, el tribunal, tras saber cuál era el ingrediente secreto, consideró que era un ingrediente común y que su utilización no podía considerarse como no conocida. Estas decisiones han sido criticadas por entender que los jueces deberían contar con ayuda técnica para determinar cuándo un ingrediente es o no obvio: P. DIAZ y D. RUTHERFORD, «Restaurant Espionage: When recipes are not trade secrets», *The Cornell Hotel and Restaurant Administration Quarterly*, n.º 1, 1997, pp. 44-45. ¿Debería haberse valido el juez de los conocimientos técnicos externos al no tenerlos él o deberían las partes haber demostrado que no era obvia la información secreta?

418. C. B. KING y B. V. WARREN, «IP Protection for Recipes», *The Licensing Journal*, n.º 10, 2019, p. 4.

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

proteger la forma de llegar a él si tiene valor económico debido a su carácter secreto⁴²⁰.

2.4. Valor empresarial

El tercero de los requisitos para que una información sea considerada secreto empresarial es que dicha información tenga un valor empresarial derivado, precisamente, de su carácter secreto, es decir, que tenga valor por el hecho de ser secreto, pudiendo ser un valor real o potencial, por lo que no se exige que su titular «*lo esté explotando económicamente o prevea hacerlo*»⁴²¹. Además, al afirmar que la información debe tener un valor empresarial, debemos traer aquí nuevamente lo dicho *ut supra* sobre qué se debe entender por empresarial en relación con el secreto, por lo que por mucho valor que pueda tener una información de carácter personal, esta no entrará en la protección de la LSE por carecer de valor empresarial. Por otro lado, la doctrina ha optado por definir el término valor subjetivamente, al entender que ni es necesario, ni conveniente objetivarlo, ya que bastará con que de la información se derive una ventaja competitiva para su titular⁴²² –aunque esta no lo fuera para otro–.

La doctrina tradicional española señaló, no obstante, que el valor real o potencial no era determinante para que una información fuera protegida como secreto, sino que se requerían dos condiciones acumulativas. En primer lugar, que hubiera por parte del titular un deseo de ocultar la información –lógicamente es muy complicado imaginar una información

420. K. M. SAUNDERS y V. FLUGGE, «Food for thought...», *op. cit.*, p. 161. Por ejemplo, el pastelero francés Cédric Grolet, famoso por sus postres con forma de fruta, realmente tendrá complicado proteger como secreto empresarial tales diseños, pero sí que podrá proteger como secreto todo el proceso técnico para llegar a mostrarnos tal diseño. En este sentido, respecto del diseño de pasteles, se pronuncia: H. BROWN, «Having your cake...», *op. cit.*, p. 51.

421. P. GUILLÉN MONGE, «Artículo 1...», *loc. cit.* [consultado el 15 de septiembre de 2022].

422. F. CARBAJO CASCÓN, «Violación de secretos, inducción y aprovechamiento de la infracción contractual e infracción de normas», en *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad* (coord. J. A. García-Cruces González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 1538. Lo mismo se mantiene en el FJ 6.º SJM Barcelona, de 6 de marzo de 2014 (ECLI:ES: JMB:2014:4087). En cambio, Galán Corona entiende que no es necesario que haya una ventaja competitiva, pues el secreto tiene valor únicamente por ser secreto, con independencia de que reporte o no una ventaja a su titular: E. GALÁN CORONA, «Artículo 13. Violación de secreto», en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal* (dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 358.

que sea secreto sin que su titular quiera que lo sea-. Y, en segundo lugar, que hubiera una razón legítima para que se ocultase la información, fuese dicha razón de carácter cuantitativo o cualitativo. Esta segunda condición fue asumida por gran parte de nuestra jurisprudencia, cuando analizaba los secretos empresariales bajo el régimen del artículo 13 LCD, y se mantuvo en no pocas ocasiones que para que una información fuera secreta era necesario que hubiera una razón que legitimara su mantenimiento como secreto, un interés legítimo que lo justificara, no bastando con la mera voluntad de su titular⁴²³.

La Directiva 2016/943 indicaba en su preámbulo que para la protección de un secreto empresarial tenía que existir «*un interés legítimo por mantenerlos confidenciales y una expectativa legítima de que se preserve dicha confidencialidad*», si bien posteriormente no se recogía tal requisito ni en la definición de secreto empresarial que contenía ni en su articulado⁴²⁴; y a la vista de la LSE española no se puede sostener que la existencia de un interés legítimo sea un requisito que se deba valorar para otorgar la protección o que en el análisis del requisito del valor del secreto se deba tener en cuenta. Así, la doctrina más moderna ha mantenido que el auténtico valor del secreto deriva únicamente de su carácter secreto, sin tener en cuenta la existencia de una razón legítima, ya que los demás operadores del mercado, principalmente competidores, no podrán acceder a dicha información⁴²⁵.

A modo de ejemplo muy simple, y en relación con la gastronomía, si una empresa dedicada a la venta de refrescos mantiene ‘secreta’ la receta de una determinada bebida, esta tendrá valor porque ningún competidor la conocerá y podrá replicarla con exactitud milimétrica. En cambio, si fuera pública, tendría un valor económico menor, pues todo agente del mercado podría utilizarla. En este sentido, por ejemplo, la SAP Vizcaya de 23 de abril de 2019 señaló que «*el valor competitivo es la ventaja de la que goza la empresa*

423. Entre otros: J. A. GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto...*, op. cit., pp. 238-249. Entre otras: SAP Madrid, civil, de 9 de junio de 2004 (ECLI:ES: APM:2004:8479),

424. No obstante, Alemania es el único país de los 27 que en la transposición de la mencionada directiva ha incluido ese interés legítimo como un requisito más. Así, el artículo 2 de la Ley de Secretos Empresariales de Alemania –*Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen*– contempla que para proteger la información como secreto empresarial es necesario que «*exista un interés legítimo para la confidencialidad*». Lo cual puede llegar a resultar problemático al establecer un requisito más restrictivo y sin que en el texto que se debía transponer se hubiera recogido como tal. Lo cual, en un momento u otro, terminará siendo resuelto por el TJUE.

425. P. GUILLÉN MONGE, «Artículo 1...», loc. cit. [consultado el 15 de septiembre de 2022].

*que conoce y aplica la información secreta frente a las empresas que carecen de ella»*⁴²⁶, debiendo estar, además, el valor en el conjunto de la información que se mantiene en secreto⁴²⁷. Ahora bien, aunque la LSE no lo establezca de manera directa en su articulado, deberán excluirse de su protección una serie de informaciones, aunque tengan valor empresarial, por su escasa importancia cuantitativa o cualitativa, tal y como se recoge en la exposición de motivos de la LSE, es decir, se excluirán cuando impliquen una ventaja de escasa importancia.

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

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

426. FJ 4.º SAP Vizcaya, civil, de 23 de abril de 2019 (ECLI:ES: APBI:2019:1397).

427. FJ 4.º STS, civil, de 4 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1568).

2.5. Medidas razonables para la protección

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

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

Es en el derecho anglosajón donde más se ha estudiado la razonabilidad de las medidas, tanto doctrinal como jurisprudencialmente⁴²⁹. En primer lugar, se ha sostenido, como es lógico, que no se considerarán razonables si las medidas son pocas o ninguna⁴³⁰, requiriéndose, además, que las medidas empleadas no sean las mismas que las utilizadas para salvaguardar el resto de la información de la empresa, es decir, que haya una diferenciación entre las medidas de protección de la información secreta y no secreta⁴³¹. En segundo lugar, se ha destacado que los acuerdos de confidencialidad pueden implicar un remedio contractual en caso de apropiación indebida

428. A. SUÑOL LUCEA, *El secreto...*, op. cit., p. 186.

429. Para un estudio doctrinal y jurisprudencial reciente, *vid.* S. GRIMES y S. MURPHY, «Reasonable Measures for protecting trade secret: A primer», *Law 360*, 2019, disponible en <https://www.law360.com> [consultado el 10 de septiembre de 2022]; de fechas anteriores: V. A. CUNDIFF, «Reasonable measures to protect trade secrets in a digital environment», *IDEA-The Intellectual Property Law Review*, n.º 3, 2009, pp. 359-410; P. P. PHILLIPS, «The Concept of Reasonableness in the Protection of Trade Secrets», *The Business Lawyer*, n.º 4, 1987, pp. 1045-1051. En la doctrina española, *vid.* SUÑOL LUCEA, *Aurea: El secreto...*, op. cit., pp. 172-186.

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

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

o sustracción ilícita de un secreto, pero por sí solo el acuerdo no supone el cumplimiento de establecer medidas razonables, aunque, al mismo tiempo, se ha considerado en ciertos casos que la no adopción de un acuerdo de confidencialidad implica que las medidas no son razonables⁴³². Lo cual denota una cierta contradicción o, por lo menos, lo casuístico que puede ser el cumplimiento del requisito.

En tercer lugar, es importante su contextualización con las relaciones laborales, pues en caso de que un trabajador vaya a dejar de prestar sus servicios, las medidas deberán ser mayores que cuando los prestaba, ya que se entiende que hay un incremento del riesgo en los momentos de cambio⁴³³. Por último, se ha hecho hincapié en que es imprescindible que la persona a la que se le revela el secreto sea consciente de la naturaleza secreta de lo que se le revela, por lo que dentro de las medidas razonables deberá incluirse el hacer entender tal naturaleza y las consecuencias de no mantener la confidencialidad de su contenido⁴³⁴. A todo ello debe añadirse, como ya mencionamos en relación con el valor del secreto, que no es un requisito objetivo, sino subjetivo, puesto que las medidas dependerán de las circunstancias concretas de la empresa a la que pertenezcan⁴³⁵.

En la jurisprudencia española, se ha señalado que estas medidas⁴³⁶ deben evitar la divulgación, tanto hacia el exterior, como hacia el interior, es decir, se

432. *Bison Advisors LLC vs Kessler*, 14-3121 (D.Minn. 2016); *Bumper Man, Inc. vs Smit*, 3:15-CV-02434-BF (N.D. Tex. 2017).

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

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

435. *Elmer Miller, Inc. vs Landis*, 253 Ill. App. 3d 129 (Ill. App. Ct. 1993): «Las medidas razonables para un taller de dos o tres personas pueden ser diferentes de las medidas razonables para una empresa más grande». Puede resultar ejemplificativa de esta subjetividad el FJ 3.º de la SAP Barcelona, civil, de 13 de enero de 2009 (ECLI:ES: APB:2009:239), pues en ella se afirmó que las medidas adoptadas eran razonables, consistiendo estas en «que la información se guardara solo en papel y no en soporte informático y que fuera custodiada por una sola persona», aunque tuvieran acceso a ella tres superiores. En un mismo sentido, se ha pronunciado la doctrina francesa, abogando por entender que la protección dependerá del tamaño de la empresa y de sus características: N. DOSTERT y T. LAUTIER, «La protection du secret des affaires: quelles conséquences sur la propriété intellectuelle?», *Revue Propriétés Intellectuelles*, n.º 71, 2019, pp. 6-18.

436. La jurisprudencia las ha clasificado entre legales –acuerdos de confidencialidad, relaciones laborales, pactos de no competencia–, técnicas –desde cajas fuertes a sistemas de seguridad informáticos– y organizativas: A. SUÑOL LUCEA, *El secreto...*, op. cit., pp. 159-167; P. GUILLÉN MONGE, «Artículo 1...», loc. cit. [consultado el 15 de septiembre de 2022]; T. E. FONT ACUÑA, «La razonabilidad de las medidas de protección en el secreto empresarial», *Propiedad Intelectual*, n.º 20, 2017, pp. 154-156, 160-165.

trata de impedir que un tercero ajeno a la empresa acceda a la información y de que solo accedan a ella los empleados o colaboradores que necesariamente deban conocerla por sus funciones y «*siempre sometidos a un deber de secreto*»⁴³⁷.

La utilización de un concepto indeterminado conlleva la problemática típica derivada del uso de estos, pues no será hasta que ocurra el incidente cuando se podrá conocer si las medidas adoptadas fueron razonables y, por tanto, suficientes para que la información sea protegida por la LSE. Empero, al mismo tiempo, si no fuera por esta inconcreción no se podría garantizar una efectiva protección de los secretos empresariales, ya que, dada la amplitud de su objeto, si se optara por delimitar tales medidas positivamente, podría suponer una merma del ámbito objetivo de la pretendida protección, sin olvidar la presencia de los avances tecnológicos, puesto que en una materia tan cambiante es complicado prever si las medidas razonables de hoy lo serán también mañana⁴³⁸.

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

Respecto de los dos primeros reparos, estos se basarían en una contradicción entre lo querido por el cocinero y su forma de actuar. Si se pretende proteger una creación gastronómica mediante un secreto empresarial, lo primero que debe tener claro el cocinero es que no debe revelar su receta, ni en un libro ni en un congreso. Puede publicar libros sin una concreta receta y puede participar en congresos para explicar una parte de su criterio gastronómico o de su forma de entender la gastronomía o de otros aspectos, pero no podrá divulgar la receta que pretende mantener en secreto⁴³⁹. En cuanto

437. FJ 5.º SAP Barcelona, civil, de 13 de julio de 2005 (ECLI:ES: APB:2005:12269).

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

439. De un modo similar se pronunciaron los tribunales estadounidenses en el caso *In re Dippin' Dots Patent Litigation*, 249 F. Supp.2d 1346 (N.D.Ga. 2003), al entenderse que

a las cocinas a la vista de los comensales, se podría salvar el obstáculo realizando las preparaciones secretas o la mezcla de sus ingredientes de manera separada y respecto de las explicaciones demandadas por los clientes, una cosa es la explicación genérica de la obra gastronómica y otra es el detalle concreto de la información de la receta –desde sus ingredientes hasta sus proporciones, técnicas empleadas...–. Finalmente, sí que es cierto que a la vista del Reglamento 1169/2011 y del Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios no es posible mantener como secreto un ingrediente, pero sí que se puede mantener secreta la proporción de estos, salvo supuestos tasados⁴⁴⁰. Es decir, no importa tanto saber que una receta lleva canela, como saber qué cantidad lleva o de qué modo se emplea en la receta. Todos estos obstáculos podrán ser salvados si el cocinero realmente quiere la protección mediante un secreto empresarial.

Por otro lado, también se debe tener en cuenta cuál es la organización de una cocina, la cual, en la alta gastronomía, contribuye a establecer medidas razonables de protección. Desde la configuración de la cocina clásica de Escoffier, en los grandes restaurantes cada cocinero tiene asignada una determinada tarea –primer plato, segundo, carnes, pescados, salsas, postres...– y, aunque puedan puntualmente entrar en contacto con otra tarea, de manera general trabajan de manera exclusiva las elaboraciones que les corresponden⁴⁴¹. Por tanto, en caso de que una parte de una receta o una

la información no era un secreto porque la empresa durante cuatro años había estado discutiendo con agentes del sector, incluido competidores, su nuevo proceso de congelación de helados por lo que no se podía sostener que fuera secreto, pues se había divulgado.

440. En el caso canadiense *Santé Naturelle Ltée v. Produits de Nutrition Vitaform Inc.*, 5 C.P.R. (3d) 548 (1985) se sostuvo que no implicaba una obtención ilícita el hecho de que se hubiera sacado la receta secreta realizando ingeniería inversa a través del listado de ingredientes que legalmente se debía publicar.

441. Al respecto puede ser paradigmático el ejemplo de la famosa *Tarta Sacher Original* del Hotel Sacher de Viena. Prácticamente en todo café de Austria se sirve esta famosa tarta de chocolate, sin embargo, solo el hotel puede decir que es la original. Además, se afirma que la receta está guardada bajo llave, cada empleado solo realiza una elaboración y firman cláusulas de confidencialidad, por las que pagarían más de cien mil euros en caso de incumplimiento, *vid.* <https://www.diepresse.com/297183/die-sacher-torte-feierte-175-geburtstag> [consultado el 19 de septiembre de 2022]. También, en el caso estadounidense *Magistro vs J. Lou, Inc.*, 703 N.W.2d 887 (Neb. 2005), aunque no se consiguiera probar que se dieran todos los requisitos para ser considerada la receta secreta, el tribunal sí que entendió que el cocinero había establecido una serie de medidas razonables para la protección como, por ejemplo, que él realizaba de manera separada el contenido de

receta fuera secreta, su titular no tendría por qué compartirlo con todos los trabajadores del restaurante, sino que deberá compartirlo solo con aquellos que vayan a realizar la receta en cuestión. Todo ello, claro está, acompañado de, aunque no sea definitivo, de un acuerdo de confidencialidad con los empleados y, también, con los proveedores –pues estos últimos pueden terminar compartiendo qué cantidad de cierto ingrediente se suministra y con ello hacer público el secreto—⁴⁴².

Pero también se dan otros posibles problemas. Para entender la razonabilidad de las medidas adoptadas, ¿sería necesaria la firma de un acuerdo de confidencialidad con cada cliente para que, en el caso de que degusten una receta secreta, no puedan divulgarla o comentarla? Por ejemplo, en el mítico restaurante La Gastroteca de Madrid se firmaba un acuerdo de confidencialidad antes de degustar su *Cocido de oro*. Algunos cocineros impiden que en sus restaurantes se hagan fotos o vídeos y en Japón es habitual que algunos de los más selectos restaurantes de sushi o de cocina *kaiseki* tengan prohibido el uso del teléfono móvil. ¿Son estas medidas razonables? O ¿en cambio se puede entender que exceden de lo razonable? Si tales medidas no parecen razonables en la actualidad es porque la gastronomía se ha convertido en un espectáculo y, aunque una parte de su esencia lo sea, ella es mucho más. Del mismo modo que cuando se acude a ciertos museos –generalmente de arte contemporáneo– no se permite la toma de fotografías por cuestiones

las salsas, dándole a los empleados su contenido en bolsas herméticas a las que solo había que añadir agua, pero sin que estos supieran qué ingredientes llevaban o en qué cantidades.

442. Aunque se resolvió extrajudicialmente, el caso de la cocinera estadounidense Rebecca Charles realmente se basaba en la realización de una receta en otro restaurante, a pesar de que se había firmado una cláusula de confidencialidad: C. M. GERMAIN, «Don't Steal my...», *op. cit.*, p. 22 [consultado el 21 de septiembre de 2022]. Otro ejemplo de ello lo encontramos en la jurisprudencia francesa. En la *arrêt de la Cour d'Appel de Colmar*, 27 août 2008, *Poeles de Carottes vs Sarl au Potiron* se consideró que el empleado podía utilizar las recetas del restaurante en el que había trabajado porque no estaba sujeto a ninguna cláusula de confidencialidad. Por otro lado, resulta fundamental que la cláusula de confidencialidad se redacte de manera clara y precisa, sin posibilidad de ambigüedades y sin que la misma pueda ser declarada nula. Sobre este análisis en la gastronomía, *vid.* S. SEGAL, «Keeping it in the Kitchen: An Analysis of Intellectual Property Protection Through Trade Secrets in the Restaurant Industry», *Cardozo Law Review*, n.º 4, 2016, pp. 1544-1556. Precisamente, en el caso comentado en sede de derechos de autor, *Vásquez vs Ybarra*... el tribunal consideró que no se podía defender que fuera un secreto empresarial la información porque el acuerdo de confidencialidad, que había sido oral, no dejaba claro cuál era su objeto y se había informado de su aplicación tras haber despedido a los trabajadores.

de propiedad intelectual, no me parece descabellado que para preservar un secreto en un restaurante se pueda optar por la misma medida o, en su caso, por la firma de un acuerdo de confidencialidad⁴⁴³. Al final, el cocinero hace un esfuerzo por enseñar al comensal su creación y lo que le pide, en términos coloquiales, es que *no cuente de qué va su comida* con unos detalles que impidan disfrutar a otro de la creación gastronómica o que permitan a un competidor descubrir su secreto.

Con todo, las medidas razonables dependerán de las circunstancias particulares del restaurante, desde la naturaleza de la receta hasta dónde se sitúa el secreto empresarial, pasando por el estado de la técnica para el descubrimiento del secreto o los niveles de divulgación de una determinada tipología de receta, pero, lo que es claro es que en un restaurante se pueden adoptar medidas razonables para la protección⁴⁴⁴. Al final, todo depende de lo que el titular del secreto quiera terminar implementando.

2.6. Importancia de la exclusión

No se puede terminar de analizar el secreto empresarial –más aún, teniendo en cuenta que se estudia por su relación con la gastronomía– sin hacer mención del artículo 1.3 LSE, en el que se establece que el secreto empresarial no sirve para impedir que los empleados puedan utilizar los conocimientos derivados de su experiencia profesional y adquiridos *honestamente*, ni para que se establezcan en los contratos laborales *restricciones no previstas legalmente*. Lo cual plantea una gran complejidad, ya que se trata de distinguir dos términos tan estrechamente relacionados como son el secreto empresarial y el bagaje de conocimientos y experiencias adquirido por los trabajadores durante su relación laboral, sin que la LSE

443. El cocinero Homaro Cantu, por ejemplo, lo hacía firmar en su restaurante: E. CUNNINGHAM, «Protecting Cuisine...», *op. cit.*, p. 50.

444. Por ejemplo, en el caso estadounidense *205 Corp. vs Brandow*, 517 N.W.2d 548 (Iowa 1994), el tribunal consideró que había quedado más que probado que las medidas implementadas por el titular eran más que razonables. Díaz y Rutherford realizaron un estudio entero de los pasos que se debían seguir para que un restaurante protegiera razonablemente sus recetas: P. DIAZ y D. RUTHERFORD, «Restaurant Espionage...», *op. cit.*, pp. 43-50. Mientras que Reebbs sostiene que es realmente complicado establecer medidas razonables de protección, opinión que no comparto, puesto que considero que, atendiendo a las circunstancias concretas del restaurante, tanto las medidas de carácter legal o contractual como otras de carácter físico u organizativo servirían para establecer medidas razonables en un restaurante: C. REEBBS, «Sweet or Sour...», *op. cit.*, p. 57.

ni la Directiva 2016/943 hayan delimitado estos conceptos⁴⁴⁵. Ahora bien, su diferenciación presenta una importancia máxima, pues no se puede exigir a un trabajador que «*deja una empresa para trabajar en otra dedicada a la misma actividad [que] prescinda absolutamente [...] de todo lo aprendido en la primera, ya que esto equivaldría a la eliminación del propio concepto de experiencia profesional como factor relevante de todo currículum orientado a obtener un puesto de trabajo*»⁴⁴⁶.

La diferenciación no presenta atisbo alguno de sencillez, puesto que se deberá atender a las concretas circunstancias de cada supuesto, pues se trata de un asunto puramente casuístico⁴⁴⁷. Así, se ha sostenido que el secreto empresarial estaría formado por los conocimientos que se adquieran en el desempeño del puesto de trabajo o «*que no puedan ser retenidos en la memoria*»⁴⁴⁸, mientras que no será un secreto empresarial aquella información que podría obtenerse por cualquier otro trabajador de cualquier otra empresa del mismo sector, entendiéndose que el bagaje del trabajador «*no cubre la totalidad del acervo del trabajador sino exclusivamente aquel que, de no poder utilizarse, conculcaría su derecho constitucional a la movilidad laboral*»⁴⁴⁹. La mayor problemática reside cuando el secreto y la experiencia profesional forman un todo inescindible, por lo que, si se opta por entender que el secreto no forma parte de la experiencia, *de facto* el trabajador no podría seguir trabajando en el mismo sector⁴⁵⁰.

Pero más allá de este deslinde, la cuestión fundamental radica en comprender si una información que cumpla todos los requisitos para ser considerada secreto empresarial puede ser incluida o no en la experiencia profesional de un trabajador. Mayoritariamente se ha entendido que la experiencia

445. J. MASSAGUER FUENTES, «De nuevo sobre...», *op. cit.*, p. 59.

446. FJ 6.º STS, civil, de 21 de febrero de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:1324).

447. FJ 7.º SAP Oviedo, civil, de 21 de junio de 2021 (ECLI:ES: APO:2021:2465).

448. Creo que este último criterio es cuestionable. El hecho de que una información sea memorizable no debería ser un criterio suficiente para considerar que dicha información forma parte del bagaje de una persona. El concepto del secreto empresarial en ningún momento se hace depender de su extensión o longitud. Puede haber un secreto empresarial extremadamente breve, pero con un valor millonario. ¿Quién no memorizaría la receta de *Coca-Cola*? La memorización podrá tenerse en cuenta, pero no puede ser un factor determinante como ha mantenido en ocasiones la jurisprudencia de modo directo, aunque bajo el anterior régimen legal: FJ 4.º de la SAP Barcelona, civil, de 22 de septiembre de 2006 (ECLI:ES: APB:2006:14975).

449. A. SUÑOL LUCEA, *El secreto...*, *op. cit.*, p. 257.

450. M. M. BUSTILLO SAIZ, *Protección del secreto empresarial en la Directiva (UE) 2016/943 y en la Ley 1/2019*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 105.

profesional no podría incluir esas informaciones⁴⁵¹, aunque considero que es complicado que se erija en regla general y dependerá de un análisis casuístico a resolver una vez realizada la utilización de la información ‘secreta’.

Ahora bien, en la gastronomía esta exclusión adquiere una importancia, quizá, mayor que en otros sectores. Quien trabaja en un restaurante de alta cocina, piénsese, por ejemplo, en Coque, lo hace para aprender de los hermanos Sandoval, como revolucionarios de la cocina clásica madrileña, lo hace para descubrir qué tiene de especial el cochinillo con el que se cierran sus menús. Quien en su día decidió trabajar en elBulli lo hizo para aprender del genio de la creatividad absoluta, para aprender a esferificar, a hacer espumas o aires. Y no pensemos solo en trabajadores, pensemos en los *stagiers*, quienes, a cambio de alojamiento y comida, deciden adentrarse en las cocinas de los grandes cocineros para aprender de ellos; deciden sacrificar ciertas condiciones económicas –o laborales– por aprender, al tiempo que sirven de escape económico para los grandes cocineros. ¿Alguien estaría dispuesto a realizar este tipo de *estancias de investigación* si no puede aprovechar los resultados posteriormente?

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

451. P. GUILLÉN MONGE, «Artículo 1...», *loc. cit.* [consultado el 15 de septiembre de 2022]. Para un estudio más detallado, *vid.* J. MASSAGUER FUENTES, «De nuevo sobre...», *op. cit.*, pp. 60-63. Contrariamente, Suñol Lucea ha señalado que la experiencia profesional estará constituida por aquellos secretos que «como consecuencia de estar inextricablemente unidos a la experiencia, capacidad y otros conocimientos inseparables de una persona, prohibirles su uso, bien les impediría desarrollar la actividad para la que están profesionalmente preparados, bien conduciría a una limitación excesiva al desarrollo de su capacidad personal y profesional»: A. SUÑOL LUCEA, «Skill and knowledge y secretos empresariales (II)», *Almacén de Derecho*, 11 de abril de 2016, disponible en <https://www.almacendederecho.org> [consultado el 28 de julio de 2022].

durante un cierto período se hubiera dedicado a hacer esferificaciones en elBulli, ¿se podría llegar a considerar que conocer la técnica de la esferificación no forma parte de su bagaje profesional?

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

Por otro lado, se debe tener en cuenta la posibilidad de establecer pactos de competencia postcontractual, regulados en nuestro derecho en el artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores. Sin entrar a analizar las relaciones concretas entre estos pactos y los secretos empresariales, no se puede olvidar que una vez finalizado el plazo del pacto no implicaría en ningún caso que se pueda emplear la información configurada como secreto empresarial. Ahora bien, su inclusión en el caso de un cocinero⁴⁵³ –prohibir durante un determinado tiempo que pueda trabajar en restaurantes– podría llegar a ser duramente cuestionado por la jurisdicción social, puesto que ¿hasta qué punto sería válido prohibir a un cocinero trabajar durante dos años en cualquier restaurante de España?⁴⁵⁴ ¿Cumpliría una prohibición de ese tipo

452. *Québec INC. vs Thailyn*, CanLII 29935 QC CS (2003).

453. Sin ser un supuesto de un cocinero, podemos traer a colación el caso estadounidense *Bimbo Bakeries USA, Inc. vs Botticella*, 613 F.3d 102 (3rd Cir. 2010) –en el mismo sentido, también se resolvió en el caso *PepsiCo, Inc. vs Redmond*, 54 F.3d 1262 (7th Cir. 1995)–. En él un juez determinó que un directivo conocedor de la receta secreta de unos pasteles de la marca Bimbo no podía comenzar a trabajar inmediatamente en una empresa competidora, pues había un riesgo de que se pudiera utilizar tal información tanto consciente, como inconscientemente, lo que se conoce como doctrina de la *revelación inevitable*, propuesta con matices para España en A. SUÑOL LUCEA, *El secreto...*, op. cit., pp. 346 y ss.

454. V. gr., en sede de la abogacía, se establece en el artículo 12.1.III del Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos que «en ningún caso, la no competencia postcontractual que se establezca puede

los requisitos que ha ido señalando la jurisprudencia? En todo caso, es un pacto que puede ayudar, no a mantener el secreto en sí, sino a aumentar la tranquilidad del empresario que decide prescindir de los servicios de un cocinero ante la posibilidad de que utilice la información aprendida en su restaurante –sea un secreto empresarial o no lo sea–.

Quizá haya que tener en cuenta que no sería lo mismo si el secreto consiste en los ingredientes o en la aplicación de una técnica a los ingredientes o en la técnica en sí mismo considerada. En el primer caso parece complicado que la proporción de los ingredientes forme el bagaje profesional del cocinero⁴⁵⁵. En el segundo, según los casos puede ser más complicado –piénsese en el cocinero que trabaja o hace prácticas en un asador para aprender el secreto de sus brasas– y, por tanto, podremos llegar estar ante casos en que el secreto será subsumido en el bagaje. En el tercero, todavía se puede complicar más y su consideración no es nada clara. Sin duda, si los contornos ya son de por sí poco claros, en la gastronomía se debilitan todavía más y, de nuevo, solo la casuística podrá dar una respuesta concreta.

3. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL SECRETO EMPRESARIAL

A diferencia de la propiedad industrial o intelectual que se han analizado anteriormente, los secretos empresariales no proporcionan un derecho exclusivo y excluyente al uso de la información, siempre y cuando la otra parte lo hubiera obtenido de una forma legítima o la información hubiera pasado a ser pública⁴⁵⁶. Esta variación, aunque pueda parecer que carezca de importancia, implica una notable diferencia con el contenido de los derechos

actuar como limitación general del ejercicio de la profesión de abogado ni como limitación para actuar en los campos o especialidades del derecho a que se dedique el despacho».

455. Un asunto similar, aunque en la industria alimentaria, se resolvió en el caso canadiense *CPC Intl. Inc. v. Seaforth Creamery & Joseph Cianciaruso*, 15 O.T.C. 150 GD (1996). CPC era una empresa que se encargaba de la fabricación de la mayonesa de la marca *Hellmann's*. El señor Cianciaruso, tras ser despedido de CPC, comenzó a trabajar para Seaforth, empresa dedicada a la fabricación de mayonesas de marca blanca. Tras la llegada de Cianciaruso a Seaforth, su mayonesa mejoró notablemente, llegando a no presentar diferencias perceptibles con la de *Hellmann's*. Así, CPC interpuso una demanda por violación de sus secretos (la receta) y el tribunal consideró que efectivamente habían sido vulnerados porque un antiguo trabajador, aunque los ingredientes de la receta fueran públicos por normativa legal, no puede aplicar la información secreta de la receta, esto es, las cantidades de ingredientes y la forma de obtener su singular textura.
456. M. L. LLOBREGAT HURTADO, *La protección del secreto empresarial en el marco del derecho de la competencia (una aproximación al concepto de secreto empresarial en derecho norteamericano)*, Cedes, Barcelona, 1999, pp. 125 y ss.

de propiedad industrial e intelectual con los que se relaciona, puesto que no se puede impedir que otra persona utilice la información que constituye el secreto siempre que la haya obtenido lícitamente, con las consecuencias económicas que eso puede implicar y que deben ser tenidas en cuenta en todo caso⁴⁵⁷. Al concederse la impunidad a ciertas formas de obtención de la información, lo que hace la ley es abrir el control de la situación al derecho de la competencia, siendo este el que limitará la posible utilización de los secretos empresariales por parte de quien, en principio, no era su titular.

Para poder entender cuál es el contenido de los secretos empresariales es necesario determinar cuál es su naturaleza jurídica. Si bien, como señala Sandeen, los secretos empresariales son la «*Cenicienta de los derechos de propiedad intelectual, pues todos se han olvidado de ella*»⁴⁵⁸, de ahí que, entre otros motivos, no se haya impuesto en la doctrina una posición clara acerca de su naturaleza jurídica o concepción⁴⁵⁹.

457. M. F. SCHULTZ y D. C. LIPPOLDT, «Approaches to...», *op. cit.*, pp. 13 y ss.; J. POOLEY, «Trade Secrets», *Law Journal Seminars-Press*, Nueva York, 1997, pp. 32-40.

458. S. K. SANDEEN, «The Cinderella of Intellectual Property Law: Trade Secrets», en *Intellectual Property and Information Wealth: Issues and Practices in the Digital Age* (ed. P. K. YU), Praeger Perspectives, Westport, p. 399.

459. La doctrina anglosajona es la que más ha trabajado esta cuestión, destacando cinco teorías principales: i. que el secreto empresarial es una consecuencia directa de la titularidad de un derecho de propiedad; ii. que su protección se deriva de los principios generales de justicia que rigen nuestros ordenamientos; iii. que es una consecuencia del derecho de competencia desleal como efectiva medida para paliar el ejercicio desleal en el mercado; iv. que tiene naturaleza contractual; y v. que se trata de una amalgama de diversos motivos que tienen como único objetivo la protección de la información: R. G. BONE, «A new look at Trade Secret Law: Doctrine in search of justification», *California Law Review*, n.º 82, 1998, pp. 251-257; E. R. CLAEYS, «Private Law Theory and Corrective Justice in Trade Secrecy», *Journal of Tort Law*, n.º 4, 2011, p. 3. En la doctrina estadounidense, se viene entendiendo que es un derecho de propiedad, si bien con dos variantes: i. que es un auténtico derecho de propiedad [se basan en el caso *Ruckelshaus vs. Monsanto Co.*, *US Supreme Court*, 467 US 986 (1984), donde se señaló que los secretos empresariales podían ser objeto de diversos negocios jurídicos]; y ii. que es una forma particular de propiedad por sus limitaciones, al no otorgar un derecho de exclusividad [se basan en el caso *Peabody vs Norfolk*, 98 Mass. 452 (1868), en el que se mantuvo que el titular de un secreto empresarial no tiene un derecho de exclusividad, pero que tiene una propiedad que será defendida por los tribunales frente a la utilización u obtención ilícita de su secreta]. *Vid.* M. P. SIMPSON, «The future of Innovation: Trade secrets, Property Rights, and Protectionism – an Age-Old Tale», *Brooklyn Law Review*, n.º 3, 2005, p. 1122; O. LOBEL, «Filing for a Patent Versus keeping your invention a trade secret», *Harvard Business Review*, disponible en <https://hbr.org>. [consultado el 29 de agosto de 2022]; R. G. BONE, «A new look...», *op. cit.*, p. 254; J. CHALLY, «The Law of Trade Secrets: Toward a More Efficient Approach», *Vanderbilt Law Review*, n.º 4, 2004, p. 1274.

En el derecho español considero que debería entenderse que es un derecho de propiedad limitado principal, aunque no exclusivamente por el derecho de la competencia. Con todo, el titular de un secreto no dispone de un monopolio legal⁴⁶⁰, pues el secreto «no ha cristalizado en la atribución de un específico ius prohibendi o derecho subjetivo, sino que se compone de distintas facultades reconocidas a través de disposiciones de distinta procedencia y naturaleza»⁴⁶¹. En cambio, el derecho que otorga no está sujeto ni a limitaciones temporales ni geográficas, pues su duración dependerá de las actuaciones que realice su titular y de las posibles obtenciones lícitas por parte de terceros, pudiendo defender la información en cualquier lugar. Además, no es un derecho que exija ni publicidad, ni registro, por lo que su ‘concesión’ depende exclusivamente de la actitud de su titular⁴⁶².

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

En sede gastronómica, es necesario tener presente que en ciertos casos un secreto podrá ser obtenido, utilizado y revelado lícitamente. De ahí que sea especialmente importante la protección de la información del secreto, pero también que la información que proteja tenga hasta cierto punto una singularidad que complique que otra persona pueda llegar por otro camino a esa receta o que mediante técnicas de ingeniería inversa pudiera descubrirlo. Por ejemplo, en EE. UU. en el caso *Magistro vs J. Lou* se consideró que la receta que se pretendía proteger era sumamente sencilla y que no presentaba diferencia alguna con la de cualquier otro restaurante, por lo que el demandado perfectamente había podido obtener la receta a través de otro camino independiente⁴⁶³. Por ello resulta esencial ser consciente de qué es lo que se pretende proteger mediante los secretos empresariales.

460. P. PORTELLANO DÍEZ, «Artículo 13», en *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal* (dir. F. Martínez Sanz), Tecnos, Madrid, 2009, p. 219.

461. J. MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley...*, loc. cit. [consultado el 10 de septiembre de 2022].

462. A. ZUECO PEÑA, «Artículo 2», en *Comentarios a la Ley de Secretos Empresariales* (coord. J. M. Lissén Arbeloa), Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2020, disponible en <https://www.laleydigital.es> [consultado el 6 de septiembre de 2022].

463. *Magistro vs J. Lou, Inc...* Se señala tal posibilidad, en relación con la gastronomía en K. M. SAUNDERS y N. GOLDEN, «Skill or Secret? The Line Between Trade Secrets

Por otro lado, en caso de que se viole un secreto empresarial, se ha de tener en cuenta a quién corresponde la carga de la prueba en el ordenamiento jurídico español. Así, corresponderá al titular probar que la información reúne los requisitos para ser considerada como secreto empresarial, mientras que al presunto infractor le correspondería la demostración de que se adquirió la receta a través de un medio lícito⁴⁶⁴.

4. ENCUADRE GASTRONÓMICO

La utilización de secretos empresariales, hemos de reconocerlo, ha jugado un papel fundamental en la protección de las creaciones gastronómicas –tanto a nivel de la industria alimentaria, como a nivel de los restaurantes–. La industria y la restauración los han utilizado de manera sistemática, ya que eran la única manera de proteger sus creaciones a la vista de la dificultad de acudir a algunos de los otros mecanismos existentes y haciendo depender la efectiva protección de su creación a través únicamente de sus propios medios, de sus propias medidas⁴⁶⁵. Empero los secretos empresariales no son la panacea para todos los males que acaecen en relación con las obras gastronómicas. Por ello es esencial, analizar los inconvenientes que plantean y las ventajas que otorgan al sector gastronómico.

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

and Employee General Skills and Knowledge», *New York University Journal of Law and Business*, n.º 1, 2018, pp. 75 y ss.

464. FJ 2.º STS, civil, de 20 de julio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3025). En cambio, en EE. UU. se sigue el criterio contrario: *Magistro vs J. Lou, Inc.*...

465. S. ROBERT GUILLÉN, *La protección jurídica...*, op. cit., p. 326.

la realidad jurisprudencial, sobre todo la norteamericana, nos ha mostrado no solo que es posible, sino que se convierten en un mecanismo más que asumible para los restaurantes.

En segundo lugar, el secreto empresarial no sirve para proteger toda creación gastronómica –o no debiera servir–, sino solamente aquellas que sean *extraordinarias*, que presenten *una cierta magia*, pues, como es lógico, nadie va a proteger una receta básica o que no presenta algo que la haga *distinta o especial* –aunque sean términos poco precisos–. Si se atiende a los estudios de campo realizados⁴⁶⁶, lo que los cocineros parecen desear mantener en secreto no son todas las recetas que sirven o todas las técnicas que emplean en sus restaurantes para crear obras gastronómicas, sino solo unas pocas que exigen algún tipo de información o conocimiento concreto y que son particularmente identificables con ellos.

En tercer lugar, hemos de destacar que la regulación de los secretos empresariales plantea como inconveniente que no conlleva *per se* el reconocimiento al autor de la creación gastronómica, como sí que ocurre en la propiedad intelectual. Los secretos empresariales no van a dejar por sí mismos para la posteridad que cierto cocinero fue el creador de un determinado plato. Pero ese deseable y deseado efecto se puede obtener mediante otros medios complementarios. Piénsese en la *Coca-Cola*, aunque nunca se reconocieran los derechos propios de la propiedad intelectual a su autor, todo el mundo conoce o puede conocer con facilidad quién fue el creador y autor de la receta. O en la gastronomía española, por ejemplo, no se han necesitado los derechos de propiedad intelectual para que todo amante de la gastronomía sepa que las tortillas vagas que pueblan las mesas de todo el país fueron una creación de Sacha Hormaechea⁴⁶⁷. O piensen en ese ochentero postre que es el *Pijama* creado en el restaurante barcelonés 7 Portes y que durante tantos años fue el colofón a cientos de comidas⁴⁶⁸. Ninguno de ellos necesitó derechos de autor para que el mundo supiera quienes habían sido los autores de dichos platos míticos de la historia. Cosa distinta es si tal reconocimiento no es universal, sino solo limitado a unas pocas personas.

466. V. gr. C. J. BUCCAFUSCO, «On the Legal...», *op. cit.*, pp. 1152-1153.

467. Vid. L. DÍAZ MADURGA, «La historia de la tortilla vaga: de Rafael Moneo a plato icónico de Madrid», *National Geographic*, 16 de enero de 2022: «Por más que ha sido copiada, reformulada y reinventada, la tortilla vaga siempre será la receta más representativa de Sacha Hormaechea y de su restaurante».

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

Además, aunque los secretos empresariales no sean indicativos de quién es el autor, sí que señalan, mientras no sea descubierto, quién es su titular. Y, por otro lado, nada impide que se acompañen los secretos empresariales de un sistema de atribución de la autoría. En este sentido, Lawrence señaló que en la práctica gastronómica estadounidense los secretos se acompañaban de un sistema de atribución oral de la autoría, haciéndose saber, ya fuera en la transmisión del secreto, ya fuera a través de otros medios de comunicación, cuál había sido el papel del cocinero en la creación de la receta secreta⁴⁶⁹.

En cuarto lugar, se ha criticado también que los secretos empresariales impiden la socialización del conocimiento⁴⁷⁰. No obstante, dichas críticas no se pueden aceptar en su totalidad. Es cierto que, en la gran mayoría de supuestos, cocinar con un cocinero es la única forma de aprender a cocinar –igual que ocurre en la carpintería o en la abogacía–. Y puede parecer que los secretos empresariales limitan que un discípulo o un aprendiz o un trabajador puedan emplear en su futuro profesional el conocimiento mantenido en secreto, mas no se trata de erigir el secreto en un impedimento a la total evolución de la gastronomía, sino de conseguir que efectivamente sea él quien impida su anquilosamiento.

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

Tanto los secretos empresariales como estas reglas no escritas permiten a los cocineros mantener su receta en secreto, sin impedir que otros cocineros puedan beneficiarse de la realización de variaciones o modificaciones en ella. En cierto modo, lo que permiten los secretos empresariales es la aplicación de la doctrina del *fair use* estadounidense, que, en general, no ha

469. M. LAWRENCE, «Edible plagiarism...», *op. cit.*, p. 208.

470. S. ROBERT GUILLÉN, *La protección jurídica...*, *op. cit.*, p. 329.

471. E. FAUCHART y E. HIPPEL, «Norms-Based...», *op. cit.*, p. 188.

sido admitida en España en sede de nuestros derechos de autor. Mediante la aplicación de esta doctrina –consustancial, en mi opinión, a los secretos empresariales–, se permitiría, por ejemplo, que los cocineros pudieran partir de las recetas secretas de otros o de una parte de ellas⁴⁷² para construir y desarrollar nuevas creaciones, fomentando la creatividad, pero sin perder el respeto a la creación gastronómica original.

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

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

472. Vid. B. ZARIN, «Knead to...», *op. cit.*, p. 198: Si un cocinero tuviera una receta de salsa secreta en la que emplea 20 especias, podría para proteger el secreto –si quisiera– no revelar toda la receta a un compañero o al público, sino 10 de las especias utilizadas. De este modo, el cocinero al que se le ha revelado esa información parcial podría desarrollar nuevas recetas de esa salsa, personalizarla o experimentar con posibles cambios de ingredientes. En definitiva, el titular seguiría manteniendo el secreto, pues el núcleo sigue siendo indescifrable, pero, al mismo tiempo, fomentaría la creatividad de los demás cocineros que partan de la receta secreta.

las fases del contrato –como, por ejemplo, se hace en sede del contrato de franquicias–.

La utilización del secreto empresarial no provoca una limitación de la innovación, no es una cortapisa para ella. Como señala el preámbulo de la LSE, los secretos empresariales contribuyen a que aumente el valor «*de las innovaciones que las organizaciones tratan de proteger [...] redundando] en efectos positivos en el funcionamiento del mercado, ya que las empresas, especialmente las pequeñas y medianas empresas [...] podrían hacer un mejor uso de sus ideas innovadoras*», mediante la cooperación y aumentando los valores reinantes de la gastronomía. Según algunos autores⁴⁷³, en relación con lo sostenido en el preámbulo de la LSE, el secreto empresarial otorga mayores ventajas a la sociedad frente a los tradicionales sistemas de protección de la propiedad intelectual e industrial, pues, aunque no sea pública la información, permite que dos empresas –dos restaurantes, dos cocineros– lleguen a una misma receta o a una misma técnica de manera independiente –aunque eso es complicado en la gastronomía, pues la personalidad de su creador se plasma en el plato⁴⁷⁴– y que, por tanto, los dos ideadores-descubridores-creadores puedan comercializar la obra gastronómica, ampliando las posibilidades de elección de los consumidores y, en definitiva, permitiendo que un mayor número de personas puedan acceder a un producto –piénsese, *v. gr.*, que si *Coca-Cola* hubiera optado por otro tipo de protección, esta habría impedido poder optar por otras marcas de refrescos como *Pepsi* o por cualquiera de las marcas blancas existentes. Gracias a esa receta secreta no se impide que en el mercado haya resultados iguales o similares, a precios distintos y con matices más y menos perceptibles–.

473. F. CUGNO y E. OTTOZ, «Trade Secret...», *op. cit.*, p. 13.

474. Afirma Robert Guillén, parafraseando a Baylos Corroza, que, «si Edison no hubiera ideado la lámpara incandescente, otro la hubiese inventado, mientras que, si Cervantes no hubiese creado el Quijote, la obra aún estaría sin escribir. A lo que añadimos nosotros que, si Juan Mari Arzak no hubiera creado su *Caldo frío y piedra pómez*, Ferran Adrià su *Menestra de verduras en texturas* o Jordi Roca su *Gol de Messi*, hoy no se habrían creado»: S. ROBERT GUILLÉN, *Alta cocina...*, *op. cit.*, p. 79. Y es cierto que creemos que esos platos son absolutamente creaciones dependientes de sus autores, pero, no obstante, Émile Borel desarrolló a principios del siglo XX su *Teorema del mono infinito*, según el cual, en definitiva, si un mono escribiera teclas al azar durante un tiempo infinito, podría llegar a escribir obras completas, poniéndose de ejemplo, las de Shakespeare. Y finalmente, no con monos reales, sino con monos virtuales, lo consiguió demostrar Jesse Anderson. Lo cual hace que uno se pueda replantear hasta qué punto la originalidad o la creatividad están tan relacionados con las características personales de su autor: M. HIDALGO PÉREZ, «Las obras de Shakespeare escritas por ‘monos virtuales’ cumplen 10 años», *El País*, 24 de octubre de 2021.

En este sentido, la protección de los secretos empresariales impide que otra persona obtenga, utilice y revele ilícitamente la información o el conocimiento que los constituye. Por lo tanto, la protección de los secretos empresariales podrá impedir que un determinado cocinero se apropie ilícitamente de la receta de otro. Pero, en cambio, no se impide mediante los secretos empresariales que otros cocineros puedan inspirarse en tales creaciones o que puedan intentar llegar a resultados similares. Los anteriores derechos de propiedad industrial e intelectual funcionan creando un monopolio temporal que protege al primero en llegar a un resultado y ningún otro cocinero podría interferir en ese monopolio⁴⁷⁵. Los secretos empresariales, en cambio, se erigen como instrumentos de protección para cualquier cocinero, sin importar que sea el primero, el segundo o el tercero en llegar a tal resultado, ayudando a «lograr un equilibrio entre la cultura de los restaurantes de aprender y compartir ideas frente a la protección legal contra el abuso de estas prácticas»⁴⁷⁶, alcanzándose un más que destacable y notable equilibrio entre la protección de las creaciones gastronómicas y la constante innovación y progreso culinario.

En quinto lugar, la duración de la protección puede hacerse depender exclusivamente de su titular. Es él quien decide qué medidas implantar para garantizar el secreto de su información, del mismo modo que es él quien decide si, llegado un determinado momento, hace pública su receta. Tiene el control directo sobre su creación, pues la protección continuará mientras la receta sea secreta, pero para ello es necesario que se apliquen medidas razonables para mantener la información como secreto⁴⁷⁷. Y, por lo tanto, es perfectamente posible que el secreto se mantuviera no solo durante la vida de su creador, sino durante generaciones enteras. Recuérdese el ejemplo citado de la *Tarta Sacher*. Desde hace más de ciento cincuenta años su receta original se mantiene secreta y solo un café vienés puede realizarla. Pero, a diferencia de lo que acaece en sede de derechos de autor o de propiedad industrial, esa larga duración no impide que otros restaurantes hagan recetas similares, por lo que cuando uno visita Viena es libre de tomar la tradicional tarta de chocolate en el lugar que más le convenga, en el original o en otro.

En sexto lugar, la protección mediante secretos empresariales «es generalmente más versátil que la protección de los derechos de autor, las marcas y las patentes»⁴⁷⁸, debido principalmente a que la definición de su objeto, así como

475. D. J. GANZ, «Intellectual Property...», *op. cit.*, pp. 145-146.

476. M. G. HYLAND, «A Taste of the...», *op. cit.*, p. 180.

477. K. M. SAUNDERS y V. FLUGGE, «Food for thought...», *op. cit.*, p. 184.

478. D. J. GANZ, «Intellectual Property...», *op. cit.*, p. 146.

los requisitos que se exigen a la información o conocimiento para ser secretos, permiten una mejor respuesta a las constantes y cambiantes necesidades del sector empresarial gastronómico. La inclusión en su protección, en definitiva, no se hace depender de conceptos tan poco claros y definidos como son la originalidad, la funcionalidad, la utilidad o la evidencia, por lo que aumenta la aplicabilidad de los secretos empresariales a las creaciones culinarias.

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

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

Demostrar que una creación gastronómica cumple los requisitos establecidos para la protección mediante los secretos empresariales presenta una gran facilidad en comparación con la de los otros instrumentos analizados. En sede de derechos de autor, patentes, modelos o diseños, hemos podido observar la complejidad que entraña la demostración de que cierta creación es original, creativa, novedosa, funcional o que implique actividad inventiva. Es más, la demostración de ese cumplimiento en las obras gastronómicas,

479. J.-C. GALLOUX, « Secrets des affaires et propriété intellectuelle », *Dalloz IP/IT*, n.º 654 (2018), p. 666.

a la vista de los pronunciamientos jurisprudenciales y de las decisiones administrativas de los diversos registros, se encuentra entre lo complicado y lo prácticamente imposible. Y, aunque hayamos señalado que hay obras gastronómicas que cumplen los requisitos de tales legislaciones, no parece que dichos sistemas se vayan a flexibilizar para favorecer a la gastronomía –aunque, más bien, sería, para darle un trato justo, igualitario y equitativo–.

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

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

Con todo, a la vista de las ventajas e inconvenientes planteados, entiendo que los secretos empresariales se erigen como el instrumento mejor capacitado para la protección de las obras gastronómicas en la actualidad, teniendo en cuenta que los mismos no impiden, como se ha señalado, que de manera general se compartan conocimientos, se coopere o colabore. Quizá no sea la figura que permita proteger la totalidad de los aspectos de una creación gastronómica, pero sí que es la figura que permite otorgar protección a cualquier tipo de obra gastronómica. La gastronomía es compleja y no es homogénea. Tiene una serie de vértices y aristas que no construyen un solo tipo de figura geométrica, sino varias. Y, por tanto, se

podrá afirmar que los secretos empresariales son un instrumento de protección generalista –porque lo son–. Pero ante la evidencia de que los otros sistemas de protección, todos ellos encargados de proteger aspectos concretos y, consecuentemente con ello, creaciones gastronómicas caracterizadas por dichos aspectos que pretenden proteger, no permiten una pacífica o sencilla inclusión de la creación gastronómica en su objeto de protección –o directamente parecen impedirlo–, son los secretos empresariales los que deben suplir tales carencias y, por lo menos, otorgar a los cocineros un sistema efectivo de protección de sus creaciones. No será el sistema perfecto de protección para las creaciones gastronómicas, pero sí que es el mejor de los analizados, el que otorga una mayor estabilidad y tranquilidad al cocinero. El que, en definitiva, permite, a la vista de nuestro ordenamiento jurídico, proteger la creación gastronómica.

VII. REFLEXIONES FINALES JURÍDICO-GASTRONÓMICAS

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

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

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

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

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

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

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

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

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA. VV.: «'Central', el diario de viajes de un explorador de ingredientes», *Gestión*, 4 de diciembre de 2016. Disponible en: <https://www.gestion.pe>.
- AA. VV.: «Massimo Bottura, i 10 piatti simbolo del miglior chef del mondo del 2018», *Corriere della sera*. Disponible en: <https://www.corriere.it>.
- AA. VV.: «Il segreto del piatto icona di Gualtiero Marchesi», *La Cucina Italiana*, 28 de febrero de 2022. Disponible en: <https://www.lacucinaitaliana.it>.
- ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio y AYLLÓN SANTIAGO, Héctor Sergio: *Nuevas fronteras del objeto de la propiedad intelectual: Puentes, perfumes, senderos y embalajes*, Reus, Madrid, 2008.
- ANSÓN OLIART, Rafael: «Un marco jurídico para la gastronomía del siglo XXI», en *Derecho y gastronomía* (dir. Rafael Ansón Oliart y Javier Cremades García), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 29-33.
- ANSÓN OLIART, Rafael y CREMADES GARCÍA, Javier: «Prólogo», en *Derecho y gastronomía* (dir. Rafael Ansón Oliart y Javier Cremades García), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 17-19.
- ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Reus, Madrid, 2007.
- APLIN, Tanya: «A critical Evaluation of the Proposed EU Trade Secrets Directive», *King's College London Law School Research Paper*, n.º 25, julio 2014, pp. 257-279.
- ARISTÓTELES: *Del sentido y lo sensible*, Aguilar, Madrid, 1980. Disponible en: <https://www.recursosbiblio.url.ed.gt>.
- ARONS, Morgan P.: «A Chef 's Guide to Patent Protections Available for Cooking Techniques and Recipes in the Era of Postmodern Cuisine and Molecular Gastronomy», *Journal of Business & Technology Law*, n.º 1, febrero 2015, pp. 137-156.
- AROUH, Albert: «Food as Arts and the Quest for Authenticity», en *Authenticity in the Kitchen* (ed. Richard Hosking), Prospect Books, Oxford, 2005, pp. 53-64.
- ARROYO APARICIO, Alicia: «Secretos empresariales en el ordenamiento español: La Ley 1/2019, transposición de la Directiva 2016/943», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11, diciembre 2019, pp. 83-103.
- AYLLÓN SANTIAGO, Héctor Sergio: *El derecho de transformación de las obras del espíritu*, Reus, Madrid, 2014.

- AYUSO REJAS, Miguel: «Los cocineros se copian impunemente los platos, pero nadie se atreve a denunciarlo en público», *Directo al Paladar*, 24 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.directoalpaladar.com>.
- BARBONE, Marco y TASSONE, Bruno: «Diritti sul cibo e tutela dei piatti creativi. Una prospettiva comparata», en *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata*, vol. I (ed. Lucia Scaffardi y Vincenzo Zeno-Zencovich), Roma TrE-Press, 2020, pp. 587-609.
- BARRIOS MANZANO, Elena: «Sánchez Dragó, contra Dabiz Muñoz: ‘Nunca antes había comido tantas bullipolleces’», *ABC*, 9 de diciembre de 2021.
- BEAUREGARD, Gaëlle : *Entre l’art, l’invention et la nourriture: examen de la possibilité de protéger les recettes de cuisine en droit de la propriété intellectuelle canadien* [tesis de maestría], Université de Montréal, 2010.
- BECERRA, Juanjo: «Aduriz, sobre la tercera estrella: ‘Puede que nos necesite más la Guía Michelin que nosotros a ella’», *El Mundo*, 29 de agosto de 2023.
- BELTON, Robert: *Art History: A Preliminary Handbook*, University of British Columbia, Vancouver, 1996. Disponible en: <https://www.fccs.ok.ub.ca>.
- BENEYTO ‘MATOSES’, Borja y MATEOS ‘MR. ESPETO’, Carlos: *Templos del producto: los últimos bastiones del producto extremo*, Planeta Gastro, Barcelona, 2018.
- BENTLY, Lionel y SHERMAN, Brad: *International Property Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2014.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto: *Apuntes de Derecho Mercantil*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto: «Las reivindicaciones de la patente de invención», *Derecho PUCP*, n.º 47, 1993, pp. 163-189.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto: «Nociones introductorias sobre la Ley de Secretos Empresariales», en *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual. Homenaje a Luis-Alfonso Durán* (dir. Pedro Merino Baylos), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 195-208.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Artículo 10», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, 2007, pp. 151-188.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Artículo 11», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, 2007, pp. 189-207.

- BLANCO ESGUEVILLAS, Isabel: *La protección jurídica y eficacia del diseño industrial no registrado*, Reus, Madrid, 2017.
- BONE, Robert G.: «A new look at Trade Secret Law: Doctrine in search of justification», *California Law Review*, n.º 82, marzo 1998, pp. 241-313.
- BOTANA AGRA, Manuel: «Invención y patente», en *Manual de la Propiedad Industrial* (dir. Carlos Fernández-Novoa Rodríguez, José Manuel Otero Lastres y Manuel Botana Agra), Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 100-112.
- BRILLAT-SAVARIN, Jean Anthelme: *Fisiología del gusto*, Óptima, Barcelona, 2001.
- BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando: *Manual de Derecho Mercantil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2016.
- BROUSSARD, J. AUSTIN: «An Intellectual Property Food Fight: Why Copyright Law should embrace culinary innovation», *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, n.º 3, junio 2008, pp. 691-728.
- BROWN, Hannah: «Having your cake and eating it too: Intellectual Property Protection for Cake Design», *IDEA – The Journal of the Franklin Pierce Center for Intellectual property*, n.º 1, junio 2016, pp. 31-98.
- BUCCAFUSCO, Christopher J.: «On the Legal Consequences of Sauces: Should Thomas Keller's Recipes be per se copyrightable?», *Cardozo Arts & Entertainment*, n.º 24, enero 2007, pp. 1121-1156.
- BUGALLO MONTAÑO, Beatriz: «Creaciones gastronómicas y su protección legal, con especial referencia a la propiedad intelectual», *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n.º 38, diciembre 2020, pp. 13-53.
- BUSTILLO SAIZ, María del Mar: *Protección del secreto empresarial en la Directiva (UE) 2016/943 y en la Ley 1/2019*, Marcial Pons, Madrid, 2020.
- CALLE, Román de la: «Reseña de *Las bellas artes reducidas a un principio único*», *Sonda*, n.º 7, octubre 2018, pp. 365-370.
- CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén y SANJUÁN MUÑOZ, Enrique: «Marco normativo. El concepto de secreto empresarial», en *La protección de secretos empresariales* (dir. Ana Belén Campuzano Laguillo et al.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 13-38.
- CANDELARIO MACÍAS, María Isabel: *La innovación en la pequeña empresa: El modelo de utilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- CAPEL RIVAS, José Carlos: «Ferrán Adrià», en *Cocina con firma* (coord. José Carlos Capel Rivas y Julia Pérez Lozano), Tomo II, El País, Madrid.

- CAPEL RIVAS, José Carlos: «The Alchemist, rebeldía, dramatismo, crítica social y alta cocina», *El País*, 29 de enero de 2022.
- CAPEL RIVAS, José Carlos: «Quique Dacosta: ¿Se puede cocinar la belleza?», *El País*, 10 de abril de 2022.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando: «La protección del diseño industrial por la vía del derecho de autor. Concepto y régimen jurídico del diseño artístico», en *El diseño comunitario. Estudios sobre el Reglamento (CE) núm. 6/2002* (dir. Ángel García Vidal), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 525-618.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando: «Violación de secretos, inducción y aprovechamiento de la infracción contractual e infracción de normas», en *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad* (coord. José Antonio García-Cruces González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 1525-1622.
- CARRIER, Michael: «Cabining Intellectual property Through a Property Paradigm», *Duke Law Journal*, n.º 1, octubre 2004, pp. 1-145.
- CASADO CERVIÑO, Alberto y BLANCO JIMÉNEZ, Araceli: *El diseño comunitario. Una aproximación al régimen legal de los dibujos y modelos de Europa*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- CASLOWITZ, Carl: «Trade Dress and Section 43(A) [N.1] of the Lanham Act: Protection for Total Image of the visual displays of Software Applications», *Idea. The Journal of Law and Technology*, n.º 33, 1993, pp. 187-199.
- CASTÁN PÉREZ-CANO, Antonio: «Secretos empresariales y Propiedad Industrial e Intelectual: Afinidades y divergencias», en *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual. Homenaje a Luis-Alfonso Durán* (dir. Pedro Merino Baylos), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 303-317.
- CASTRO GARCÍA, Juan David: «Las marcas no tradicionales», *Revista de la Propiedad Inmaterial*, n.º 16, noviembre 2012, pp. 297-325.
- CASTRO SILVEIRA, Paula de: «Arte(FICIAL): Obras criadas por Inteligência Artificial e os seus impactos no conceito de obra de arte e de direitos de autor», en *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2021 [E-book]. Disponible en: <https://www.proview.thomsonreuters.com>.
- CHALLY, Jon: «The Law of Trade Secrets: Toward a More Efficient Approach», *Vanderbilt Law Review*, n.º 4, mayo 2004, pp. 1269-1311.
- CHELLAM, Divya: «Copyright to cookbooks and not to recipes», *Indian Journal of Law and Legal Research*, n.º 2, septiembre 2021, pp. 490-491.

- CHENG, Tania Su Li: «Copyright Protection of Haute Cuisine: Recipe for Disaster», *European Intellectual Property Review*, n.º 3, 2008, pp. 93-100.
- CICERÓN: *Los deberes*, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 2004.
- CLAEYS, Eric R.: «Private Law Theory and Corrective Justice in Trade Secrecy», *Journal of Tort Law*, n.º 4, marzo 2011, pp. 1-65.
- COVIELLO, Carmine y MONDIN, Davide: *FoodLaw. La tutela della creatività in cucina*, Edizioni Plan, Milán, 2017.
- CSERGO, Julia: «L'art culinaire ou l'insaisissable beauté d'un art qui se dérobe», *Sociétés & Représentations*, n.º 34, octubre 2012, pp. 13-36.
- CUETO, Antonio: «Novedad y actividad inventiva», en *La nueva Ley de Patentes* (dir. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2015 [E-book]. Disponible en: <https://www.proview.thomsonreuters.es>
- CUGNO, Franco y OTTOZ, Elisabetta: «Trade Secret vs. Broad Patent: The role of licensing», *Review of Law and Economics*, n.º 2, septiembre 2006, pp. 209-221.
- CUNDIFF, Victoria A.: «Reasonable measures to protect trade secrets in a digital environment», *IDEA-The Intellectual Property Law Review*, n.º 3, diciembre 2009, pp. 359-410.
- CUNNINGHAM, Emily: «Protecting Cuisine Under the Rubric of Intellectual Property Law: Should the Law Play a Bigger Role in the Kitchen?», *Journal of High Technology Law*, n.º 9, 2009, pp. 21-51.
- DEJEAN, Joan: *La esencia del estilo. Historia de la moda y el lujo contemporáneo*, Nerea, San Sebastián, 2013.
- DELGADO LEÓN, Adrián: «Este ingrediente revolucionará la alta cocina y se parece a los 'ganchitos'», *ABC*, 3 de octubre de 2022.
- DEWEY, John: *El arte como experiencia*, Paidós, Barcelona, 2008.
- DIAZ, Patricia y RUTHERFORD, Denney: «Restaurant Espionage: When recipes are not trade secrets», *The Cornell Hotel and Restaurant Administration Quarterly*, n.º 1, febrero 1997, pp. 43-50.
- DÍAZ MADURGA, Lucía: «La historia de la tortilla vaga: de Rafael Moneo a plato icónico de Madrid», *National Geographic*, 16 de enero de 2022.
- DOSTERT, Nathalie y LAUTIER, Thierry: «La protection du secret des affaires : quelles conséquences sur la propriété intellectuelle?», *Revue Propriétés Intellectuelles*, n.º 71, abril 2019, pp. 6-18.

- DROUARD, Alain: *Histoire des cuisiniers en France: XIX-XX siècle*, CNRS Éditions, París, 2004.
- ECKERT, Daniel: «Das fotografieren von essen könnte teuer werden», *Welt*, 13 de agosto de 2015. Disponible en: <https://www.welt.de>.
- EPO: *Case Law OF THE Boards of Appeal of the EPO*, EPO, Munich, 2022.
- FABRIS, Daniel: «Food Industry, haute cuisine and copyright», *SSRN Electronica Journal*, octubre 2019.
- FAUCHART, Emmanuelle y HIPPEL, Eric von: «Norms-Based Intellectual Property Systems: The Case of French Chefs», *Organization Science*, n.º 2, abril 2008, pp. 187-201.
- FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, Sofía: *Derecho de patentes e investigación científica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, María Cristina: «La protección de la presentación comercial en el Common Law: Estados Unidos –Trade Dress– y Gran Bretaña –Get up–», *Revista de Gestión Pública y Privada*, n.º 5, 2005, pp. 101-122.
- FERNÁNDEZ GUADAÑO, Marta: «Sobre los becarios de la alta cocina», *Gastroeconomy*, 3 de mayo de 2017. Disponible en: <https://www.gastroeconomy.com>.
- FERNÁNDEZ GUADAÑO, Marta: «Angulas Etxebarri, de las mejores en España por el chef Bittor Arginzoniz», *Expansión*, 27 de octubre de 2017. Disponible en: <https://www.expansion.com>.
- FERNÁNDEZ-NOVOA RODRÍGUEZ, Carlos: *Tratado sobre derecho de marcas*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- FONT ACUÑA, Thais Elena: «La razonabilidad de las medidas de protección en el secreto empresarial», *Propiedad Intelectual*, n.º 20, diciembre 2017, pp. 147-167.
- FONTAINE, Frédérique: «Droit d’auteur et chocolat», *Revue Lamy Droit de l’Immatériel*, n.º 50, junio 2009, pp. 8-9.
- FUNDACIÓN CONTEMPORÁNEA: *Lo mejor de la cultura 2019*, Fundación Contemporánea, Madrid, 2020.
- GALACHO ABOLAFIO, Antonio Francisco: *La obra derivada musical: entre el plagio y los derechos de autor*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- GALÁN CORONA, Eduardo: «Artículo 13. Violación de secreto», en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal* (dir. Alberto Bercovitz

- Rodríguez-Cano), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 351-378.
- GALLOUX, Jean-Christophe: «Secrets des affaires et propriété intellectuelle», *Dalloz IP/IT*, n.º 654, diciembre 2018, pp. 666-674.
- GANZ, Daniel J.: «Intellectual Property Protection for Food: Balancing Competing Policy Objectives», *University of La Verne Law Review*, n.º 2, mayo 2019, pp. 128-152.
- GARBAYO BLANCH, Juan: «Derecho de Patentes», en *Derecho de la Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y Propiedad Industrial* (dir. Miguel Ruiz Muñoz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 241-299.
- GARCÍA SEDANO, Tania: «Análisis del criterio de originalidad para la tutela de la obra en el contexto de la ley de propiedad intelectual», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n.º 49, 2016, pp. 251-273.
- GARCÍA VIDAL, Ángel: «El contenido del derecho sobre el diseño comunitario», en *El diseño comunitario. Estudios sobre el Reglamento (CE) núm. 6/2002* (dir. Ángel García Vidal), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 349-452.
- GARCÍA VIDAL, Ángel: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2015. La actividad inventiva como requisito de patentabilidad: el método problema-solución, el test *would coul* y el *teaching away*», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 99, diciembre 2015. Disponible en: <https://www.proview.thomsonreuters.es>.
- GEORGE, Kiran Mary: «Trade Dress Law in the Commercial Kitchen: Exploring the Application of the Lanham Act to Food Plating in the Culinary Industry», *NUJS Law Review*, n.º 10, diciembre 2017, pp. 610-642.
- GERMAIN, Claire M.: «Don't Steal My Recipe! A Comparative Study of French and U.S. Law on the Protection of Culinary Recipes and Dishes Against Copying», *Working Papers 7*, University of Florida Levin College of Law, 2019. Disponible en: <https://www.scholarship.ufl.edu>.
- GHOSE, Anuttama y ALI, S.M. AAMIR: «Protection of cuisine under Intellectual Property Law: A global Perspective», *Journal of Intellectual Property Rights*, n.º 27, mayo-2022, pp. 171-180.
- GOMBRICH, Ernst: *Historia del arte*, Diana, Ciudad de México, 1995.
- GÓMEZ SEGADE, José Antonio: *El secreto industrial (know how): concepto y protección*, Tecnos, Madrid, 1974.
- GÓMEZ SEGADE, José Antonio: «Pasado, presente y futuro del diseño comunitario», en *El diseño comunitario. Estudios sobre el Reglamento (CE)*

- núm. 6/2002 (dir. Ángel García Vidal), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 33-64.
- GOULDING, Matt: «Seeding the Ocean: Inside a Michelin-Starred Chef's Revolutionary Quest to Harvest Rice from the Sea», *Time*, 9 de enero de 2021. Disponible en: <https://www.time.com>.
- GRIMES, Steven y MURPHY, Shannon: «Reasonable Measures for protecting trade secret: A primer», *Law 360*, 2019. Disponible en: <https://www.law360.com>.
- GUILLÉN CATALÁN, Raquel: «¿Cómo proteger un secreto comercial o empresarial?», en *Curso de especialización en Know-How, propiedad intelectual e industrial en el mercado único digital* (dir. Javier Plaza Penadés), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019 [E-book]. Disponible en: <https://www.proview.thomsonreuters.es>.
- GUILLÉN MONGE, Patricia: «Artículo 1», en *Comentarios a la Ley de Secretos Empresariales* (coord. José Miguel Lissén Arbeloa), Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2020. Disponible en: <https://www.laleydigital.es>.
- HEGEL, George W.F.: *Lecciones de estética*, Ediciones 62, Barcelona, 1989.
- HIDALGO PÉREZ, Montse: «Las obras de Shakespeare escritas por 'monos virtuales' cumplen 10 años», *El País*, 24 de octubre de 2021.
- HUGENHOLTZ, Peter Bent: «Recept, Gerecht en Auteursrecht», en *Intellectuele eigenaardigheden* (ed. D.W. Feer Verkade y Dirk J.G. Visser), Kluwer, Deventer, 1998, pp. 175-179.
- HYLAND, Mary Grace: «A Taste of the Current Protection Offered by Intellectual Property Law to Molecular Gastronomy», *Cybaris, an Intellectual Property Law Review*, n.º 1, 2017, pp. 155-180.
- IBÁÑEZ ROMÁN, Gracia María: «El concepto de dibujo o modelo en el Reglamento comunitario», en *El diseño comunitario* (dir. Guillermo Palao Moreno y Mario Clemente Meoro), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 155-184.
- JANSSENS, Marie-Christine: «Copyright for culinary creations: a seven course tasting menu with accompanying wines», *SSRN Electronic Journal*, 2013, p. 4. Disponible en: <https://www.ssrn.com>.
- JOYCE, James: *Ulyses*, Cátedra, Madrid, 2013.
- JUNG, Susan et al.: *Signature dishes that matter*, Phaidon, Londres, 2019.
- KANT, Immanuel: *Crítica del juicio*, Librerías de Francisco Iravedra, Madrid, 1876. Disponible en: <https://www.cervantesvirtual.com>.

- KING, C. Bailey y WARREN, Bridget V.: «Intellectual Property Protection for Recipes», *The Licensing Journal*, n.º 10, diciembre 2019, pp. 1-6.
- KORSMEYER, Carolyn: *El sentido del gusto: Comida, estética y filosofía*, Planeta, Barcelona, 2002.
- KPMG: *La gastronomía en la economía española*, KPMG, Madrid, 2019.
- KRIZMAN, Lisa K.: «Trademark Protection for Restaurant Owners: Having Your Cake and Trademarking It Too», *Trademark Reporter*, n.º 4, agosto 2009, pp. 1004-1028.
- LAGALLA, Michele: «Geranium en platos tan hermosos como gustosos», *Cocina y vino*, 7 de marzo de 2022.
- LAWRENCE, Meredith: «Edible Plagiarism: Reconsidering Recipe Copyright in the Digital Age», *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, n.º 1, septiembre 2011, pp. 187-223.
- LLOBREGAT HURTADO, María Luisa: *La protección del secreto empresarial en el marco del derecho de la competencia (una aproximación al concepto de secreto empresarial en derecho norteamericano)*, Cedex, Barcelona, 1999.
- LLOBREGAT HURTADO, María Luisa: «El nuevo régimen jurídico del diseño industrial en Derecho español», *Diario La Ley*, n.º 5877, octubre 2003. Disponible en: <https://www.laleydigital.es>.
- LOBEL, Orly: «Filing for a Patent Versus keeping your invention a trade secret», *Harvard Business Review*. Disponible en: <https://hbr.org>.
- LONGAN PHILLIPS, Shirley: «Sobre la definición del arte y otras disquisiciones», *Revista Comunicación*, n.º 1, junio 2011, pp. 75-79.
- LOUREDO CASADO, Sara: *El diseño industrial no registrado*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- LUCAS, André, BENABOU, Valérie-Laure y BRUGUIÈRE, Jean-Michel: «Chroniques: Droit d’auteur et droits voisins», *Revue Propriétés Intellectuelles*, n.º 41, octubre 2011, pp. 389-413.
- MACÍAS MARTÍN, José: «La protección comunitaria del diseño industrial», en *Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea* (dir. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 305-340.
- MARCELLINI, Giulia: «Food Porn: Towards a changing perspective on the Chef’s protection Copyright», *Case for the European and International Advanced IP Law Course at Bocconi University*, 2019. Disponible en: <https://www.academia.edu>.

- MARCO MOLINA, Juana: «La obra gastronómica como objeto de la propiedad intelectual», en *Problemas actuales de derecho de la propiedad industrial: V Jornada de Barcelona de Derecho de la Propiedad Industrial* (dir. Ramón Morral Soldevila), Tecnos, Madrid, 2016, pp. 59-82.
- MAS PÉREZ, Ana: «Propiedad intelectual y gastronomía», *Diario La Ley*, n.º 10114, julio 2022. Disponible en: <https://www.diariolaley.laleynext.es>.
- MARCO ARCALÁ, Luis Alberto: «El requisito del carácter singular», en *El diseño comunitario. Estudios sobre el Reglamento (CE) núm. 6/2002* (dir. Ángel García Vidal), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 212-280.
- MARCO ARCALÁ, Luis Alberto: «Últimas aportaciones en torno al carácter singular de los diseños comunitarios en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 33, diciembre 2013, pp. 499-518.
- MASSAGUER FUENTES, José: *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999 [E-book]. Disponible en: <https://www.proview.thomsonreuters.es>.
- MASSAGUER FUENTES, José: «El contenido y alcance del derecho de patente», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 15, diciembre 2006, pp. 173-187.
- MASSAGUER FUENTES, José: «De nuevo sobre la protección jurídica de los secretos empresariales: a propósito de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 51, mayo 2019, pp. 46-70.
- MEJÍA LÓPEZ, Lina Sarai, HERNÁNDEZ LÓPEZ, Ricardo y MEJÍA CASTILLO, Sonia Edit: «Cocina y arte: la doble significación de la gastronomía», *Revista Culinaria*, n.º 6, diciembre 2013, pp. 7-22.
- MONTAÑA MORA, Miquel: «La determinación del estado de la técnica más cercano», en *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual. Homenaje a Luis-Alfonso Durán* (dir. Pedro Merino Baylos), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 597-618.
- MORA GRANELL, José Agustín: «Artículo 21», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. Felipe Palau Ramírez y Guillermo Palao Moreno), Tirant lo Blanch: Valencia, 2017, pp. 367-383.
- MORÁN, Iker: «El restaurant que inventó el mítico postre ‘Pijama’», *20 Minutos*, 19 de julio de 2016.
- NEIRINCK, Edmond y POULAIN, Jean Pierre: *Historia de la cocina y de los cocineros: técnicas culinarias y prácticas de mesa en Francia, de la Edad Media a nuestros días*, Zendrera Zariquiey, Barcelona, 2001.

- OEPM: *Directrices de examen de solicitudes de modelos de utilidad (Ley 24/2015)*, OEPM, Madrid, 2020. Disponible en: <https://www.oepm.es>.
- ORTUÑO BAEZA, María Teresa: «El requisito de novedad», en *El diseño comunitario. Estudios sobre el Reglamento (CE) núm. 6/2002* (dir. Ángel García Vidal), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 65-210.
- ORY, Pascal: «Pour une enquête pluridisciplinaire sur l’histoire de la légitimation artistique», *Sociétés & Représentations*, n.º 34, octubre 2012, pp. 149-151.
- OTAMENDI, Jorge: «Breves comentarios sobre modelos y diseños industriales en la Comunidad Europea», en *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual. Homenaje a Luis-Alfonso Durán* (dir. Pedro Merino Baylos), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 639-645.
- OTERO LASTRES, José Manuel: «En torno a la directiva 98/71/CE sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 19, diciembre 1998, pp. 21-50.
- OTERO LASTRES, José Manuel: «La definición legal de marca en la nueva Ley española de Marcas», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t. 22, diciembre 2001, pp. 195-214.
- OTERO LASTRES, José Manuel: «Concepto legal de diseño y requisitos de protección», *Revista Galega de Administración Pública*, n.º 36, abril 2004, pp. 15-36.
- OTERO LASTRES, José Manuel: «Reflexiones sobre el diseño industrial», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, n.º 1, 2008, pp. 217-235.
- OTERO LASTRES, José Manuel: «Introducción», en *Manual de la Propiedad Industrial* (dir. Carlos Fernández-Novoa Rodríguez, José Manuel Otero Lastres y Manuel Botana Agra), Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 53-74.
- OTERO LASTRES, José Manuel: «Concepto y derecho a la obtención del modelo de utilidad», en *Manual de la Propiedad Industrial* (dir. Carlos Fernández-Novoa Rodríguez, José Manuel Otero Lastres y Manuel Botana Agra), Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 273-284.
- OTERO LASTRES, José Manuel: «Requisitos de protección», en *Manual de la Propiedad Industrial* (dir. Carlos Fernández-Novoa Rodríguez, José Manuel Otero Lastres y Manuel Botana Agra), Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 285-292.

- OTERO LASTRES, José Manuel: «Una aproximación a la protección jurídica de la obra gastronómica», en *Derecho y gastronomía* (dir. Rafael Ansón Oliart y Javier Cremades García), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 103-119.
- PEINADO GRACÍA, Juan Ignacio: «Artículo 10», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. Felipe Palau Ramírez y Guillermo Palao Moreno), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 170-232.
- PEMBERTON, Sophie: «Protecting your culinary creation and eating it too: An exploration into how Australian copyright law can and should expand its menu to embrace culinary works», *The University of Western Australia Law Review*, n.º 2, diciembre 2017, pp. 151-204.
- PHILLIPS, Patrick P.: «The Concept of Reasonableness in the Protection of Trade Secrets», *The Business Lawyer*, n.º 4, agosto 1987, pp. 1045-1051.
- PINA SÁNCHEZ, Carolina y LÓPEZ ALZAGA, Ricardo: «Protección legal de las recetas: ¡No copies mi receta! ¿La patentamos?», *Diario La Ley*, n.º 9175, abril 2018. Disponible en: <https://www.laleydigital.es>.
- PLANELLAS ARÁN, Marcel y SVEJENOVA, Silviya: *Caso Creatividad: Ferran Adrià*, ESADE, Barcelona, 2007. Disponible en: <https://www.issuu.com>.
- PLATÓN: «Gorgias», en *Obras completas puestas en lenguas castellana por primera vez por Patricio de Azcárate*, Tomo V, Medina y Navarro, 1872, pp. 115-282. Disponible en: <https://www.bibliotecadigital.jcyl.es>.
- PLATÓN: «Hippias Mayor», en *Obras completas puestas en lenguas castellana por primera vez por Patricio de Azcárate*, Tomo II, Medina y Navarro, 1872, pp. 101-147. Disponible en: <https://www.bibliotecadigital.jcyl.es>.
- POLLACK, Malla: «Intellectual Property Protection for the Creative Chef, or how to Copyright a Cake: A modest proposal», *Cardozo Law Review*, n.º 5, abril 1990, pp. 1477-1524.
- POOLEY, James: *Trade Secrets, Law Journal Seminars-Press*, Nueva York, 1997.
- PORTELLANO DíEZ, Pedro: «Artículo 13», en *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal* (dir. Fernando Martínez Sanz), Tecnos, Madrid, 2009, pp. 219-238.
- PRESENZA, Angelo, ABBATE, Tindara, CASALI, Gian Luca y PERANO, Mirko: «An innovative approach to the intellectual property in haute cuisine», *International Journal of Hospitality Management*, n.º 65, junio 2017, pp. 81-88.
- PROUST, Marcel: *En busca del tiempo perdido: Por el camino de Swann*, Alianza Editorial, Madrid, 2021.

- QUINET, Marienne L.: «Food as art: The problem of function», *British Journal of Aesthetics*, n.º 2, 1991, pp. 159-171.
- RAMON SAURI, Oriol: *La actividad inventiva como requisito de patentabilidad* [tesis doctoral], Universitat de Barcelona, 2015.
- RAUSTIALA, Kal y SPRIGMAN, Christopher: «The piracy paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design», *Virginia Law Review*, n.º 8, diciembre 2006, pp. 1687-1777.
- REEBS, Caroline: «Sweet or Sour: Extending Copyright Protection to Food Art», *DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law*, n.º 1, noviembre 2011, pp. 41-74.
- REESE, Joel W.: «Defining the elements of Trade Dress infringement under section 43(A) of the Lanham Act», *Texas Intellectual Property Law Journal*, n.º 2, diciembre 1994, pp. 103-133.
- REY-ALVITE VILLAR, Manuel: «El carácter distintivo de la marca tridimensional en la jurisprudencia de la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º 1, marzo 2014, pp. 294-329.
- RICHARD, Jeanne: *La divulgation de l'information protégée et les libertés économiques* [tesis doctoral], Université Paris-Saclay, 2018.
- RICKETSON, Sam y GINSBURG, Jane: *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- RISCH, Michael: «Why do we have trade secrets?», *Marquette Intellectual Property Law Review*, n.º 1, 2007, pp. 3-76.
- ROBERT GUILLÉN, Santiago: *Alta cocina y derechos de autor*, Reus, Madrid, 2017.
- ROBERT GUILLÉN, Santiago: *La protección jurídica de las obras culinarias por el derecho de autor y de la competencia desleal* [tesis doctoral], Universitat Autònoma de Barcelona, 2017.
- ROCHA, Maria Victória: «The Mondrian Cake: may Intellectual Property protect signature food?», *Revista Eletrónica de Direito*, n.º 2 (junio 2019), pp. 164-184.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Diseños, Propiedad Intelectual y Propiedad Industrial», *Revista Galega de Administración Pública*, n.º 36 (abril 2004), pp. 39-60.
- ROSENBLAT, Elizabeth: «A Theory of IP's Negative Space», *Columbia Journal of Law & the Arts*, n.º 3 (julio 2011), pp. 317-365.

- RUIZ MUÑOZ, Miguel: «Nuevo concepto de marca y signos olfativos», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º 30 (junio 2022). Disponible en: <https://www.laleydigital.es>.
- SAFONT MOLINERO, María Luisa: «El arte y la gastronomía», *Cuadernos de Aragón*, n.º 27 (enero 2001), pp. 5-32.
- SAIZ GARCÍA, Concepción: «Artículo 11», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. Felipe Palau Ramírez y Guillermo Palao Moreno), Tirant lo Blanch: Valencia, 2017, pp. 233-247.
- SAIZ GARCÍA, Concepción: «Requisitos de protección de los dibujos y modelos comunitarios», en *El diseño comunitario* (dir. Guillermo Palao Moreno y Mario Clemente Meoro), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 186-202.
- SAIZ GARCÍA, Concepción: «Requisitos de protección de los dibujos y modelos industriales», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 22 (diciembre 2001), pp. 369-398.
- SALAS DURÁN, Pilar: «Platos de alta cocina que han pasado a la historia... de la falsificación», *La Vanguardia*, 28 de diciembre de 2016. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com>.
- SALVÀ, Joan: «Un secreto a voces en la UE: La nueva protección jurídica del know-how en España», *Derechos Intelectuales*, n.º 25, 2020, pp. 142-182.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: «Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual», *Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 4, abril 2000, pp. 25-68.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005.
- SANDBERG, Scott C.: «Trade Dress: What Does It Mean?», *Franchise Law Journal*, n.º 1, julio 2009, pp. 10-16.
- SANDEEN, Sharon K.: «The Cinderella of Intellectual Property Law: Trade Secrets», en *Intellectual Property and Information Wealth: Issues and Practices in the Digital Age* (ed. Peter K. YU), Praeger Perspectives, Westport, pp. 399-420.
- SANTAMARÍA MARTÍNEZ, Andrea: *Las relaciones entre el arte y la gastronomía: el caso de Andoni Luis Aduriz y Mugaritz* [tesis doctoral], Universidad Complutense de Madrid, 2022.
- SAPPA, Cristiana: «Theme 5: Non Conventional Works of Authorship and Copyright and Related Rights for MSMEs –Non-Conventional Copyright Subject Matter: Fragrances and Gastronomy», ponencia presentada en la

Convención Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en Roma el 10 de diciembre de 2009. Disponible en: <https://www.wipo.int>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SMITH, Cathat Y.N.: «Food Art: Protecting ‘Food Presentation’ under U.S. Intellectual Property Law», *The John Marshall Review of Intellectual Property Law*, n.º 14, noviembre 2014, pp. 1-24.

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

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

- STRAUS, Naomi: «Trade Dress Protection for Cuisine: Monetizing Creativity in a Low-IP Industry», *UCLA Law Review*, n.º 60, noviembre 2012, pp. 182-260.
- SUÑOL LUCEA, Aurea: *El secreto empresarial. Un estudio del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*, Thomson Reuters – Civitas, Cizur Menor, 2009.
- SUÑOL LUCEA, Aurea: «Skill and knowledge y secretos empresariales (II)», *Almacén de Derecho*, 11 de abril de 2016. Disponible en: <https://www.almacenederecho.org>.
- TABUCCHI, Antonio: *Réquiem*, Anagrama, Madrid, 2006.
- TAINÉ, Hyppolite Adolphe: *Filosofía del Arte. Volumen I*, Espasa-Calpe, Madrid, 1960.
- TATARKIEWICZ, Wladislaw: *Historia de seis ideas*, Tecnos, Madrid, 2001.
- TITO LIVIO: «Libro XXXIX», en *Historia de Roma desde su fundación*. Disponible en: <https://www.historicodigital.com>.
- TOLSTÓI, León: *¿Qué es el arte?*, Maxtor, Barcelona, 2012.
- TORRE MARINA, María Covadonga: «¿Es la gastronomía un arte?», *Hospitalidad ESDAI*, n.º 12, diciembre 2007, pp. 111-129.
- VAREA SANZ, Mario: «Modelos de utilidad: Requisitos de protección», en *La nueva Ley de Patentes* (dir. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2015 [E-book]. Disponible en: <https://www.proview.thomsonreuters.es>.
- VÁZQUEZ ESTEBAN, Marina: «La percepción gustativa en la protección de las creaciones gastronómicas a través de los derechos de autor y alternativas legales», en *Retos en el sector agroalimentario: Regulación, competencia y propiedad industrial* (dir. Felipe Palau Ramírez y Jaume Martí Miravalls), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 389-412.
- VEGA GARCÍA, Fernando L. de la: *Protección del diseño en el Derecho Industrial y de la Competencia*, Edersa, Madrid, 2006.
- VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, Miguel: *Estudios sobre los requisitos de patentabilidad, el alcance y la violación del derecho de patente*, Bosch, Barcelona, 2005 [E-book]. Disponible en: <https://www.vlex.es>.
- VISSCHER, Fernand de y MICHAUX, Benoît: *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, Bruselas, 2000.
- VUYST, Pierre de : «L'histoire à table : le tournedos controversé», *Le Soir*, 17 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.soirmag.lesoir.be>.

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

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

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

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

IX. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

1. ESPAÑA

1.1. Tribunal Supremo

- STS, contencioso, de 21 de marzo de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:2032).
- STS, civil, de 25 de junio de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:3567).
- STS, contencioso, de 15 de octubre de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:18005).
- STS, civil, de 20 de junio de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:4748).
- STS, civil, de 7 de junio de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:3257).
- STS, civil, de 4 de marzo de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:1356).
- STS, civil, de 21 de octubre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:6410).
- STS, civil, de 6 de noviembre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:6958).
- STS, penal, de 12 de mayo de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:2885).
- STS, civil, de 30 de junio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:4484).
- STS, civil, de 27 de octubre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:7179).
- STS, civil, de 21 de febrero de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:1324).
- STS, civil, 5 de noviembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:9149).
- STS, civil, de 18 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:8866).
- STS, civil, de 12 de junio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:3503).
- STS, civil, de 30 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1766).
- STS, civil, de 25 de junio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2804).
- STS, civil, de 14 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1703).

- STS, civil, de 2 de septiembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4245).
- STS, civil, de 20 de mayo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2139).
- STS, civil, de 20 de julio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3025).
- STS, civil, de 2 de octubre, de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3472).
- STS, penal, de 20 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4422).
- STS, civil, de 3 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2244).
- STS, civil, de 4 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1568).
- STS, civil, de 16 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3416).
- STS, civil, de 16 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:531).

1.2. Tribunal Superior de Justicia

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

1.3. Audiencia Provincial

- SAP Madrid, civil, de 9 de junio de 2004 (ECLI:ES:APM:2004:8479).
- SAP Barcelona, civil, de 13 de julio de 2005 (ECLI:ES:APB:2005:12269).
- SAP Barcelona, civil, de 22 de septiembre de 2006 (ECLI:ES:APB:2006:14975).
- SAP Barcelona, civil, de 13 de enero de 2009 (ECLI:ES:APB:2009:239).
- SAP Madrid, civil, de 14 de octubre de 2011 (ECLI:ES:APM:2011:15159).
- SAP Madrid, civil, de 1 de marzo de 2012 (ECLI:ES:APM:2012:6039).
- SAP Barcelona, civil, de 2 de febrero de 2016 (ECLI:ES:APB:2016:508).
- SAP Vizcaya, civil, de 23 de abril de 2019 (ECLI:ES:APBI:2019:1397).
- SAP Barcelona, civil, de 10 de septiembre de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:10731).
- SAP Barcelona, civil, de 15 de enero de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:477).
- SAP Barcelona, civil, de 23 de abril de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:3057).
- SAP Barcelona, civil, de 4 de febrero de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:400).
- SAP León, civil, de 9 de abril de 2021 (ECLI:ES:APLE:2021:538).
- SAP Oviedo, civil, de 21 de junio de 2021 (ECLI:ES:APO:2021:2465).
- SAP Vizcaya, civil, de 29 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:APBI:2021:2757).
- SAP Barcelona, civil, de 13 de enero de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:1).
- SAP Valencia, civil, de 28 de junio de 2022 (ECLI:ES:APV:2022:2001).

1.4. Juzgado de lo Mercantil

- SJM Barcelona, de 6 de marzo de 2014 (ECLI:ES:JMB:2014:4087).
- SJM, Valencia n.º 2, de 6 de mayo de 2019 (ECLI:ES:JMV:2019:5336).
- SJM Barcelona, de 9 de junio de 2022 (ECLI:ES:JMB:2022:5868).

2. UNIÓN EUROPEA

2.1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- STJUE 18 de junio de 2002, *Koninklijke Philips Electronics NV contra Remington Consumer Products Ltd.*, C-299/99.
- STJUE 12 de diciembre de 2002, *Ralf Sieckmann vs DPMA*, C-273/00.
- STJUE 12 de noviembre de 2002, *Arsenal Football Club Plc vs Matthew Reed*, C-206/01.
- STJUE 11 de junio de 2009, *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG vs Franz Hauswirth GmbH*, C529/07.
- STJUE 16 de julio de 2009, *Infopaq Int./S vs Danske Dagblades forening*, C-5/08.
- STJUE 22 de diciembre de 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany vs Ministerstvo kultury*, C-393/09.
- STJUE 20 de octubre de 2011, *PepsiCo Inc. vs Grupo Promer Mon Graphic, S.A.*, C-281/10 P.
- STJUE 1 de diciembre de 2011, *Eva-Maria Painer vs Standard VerlagsGmbH et al.*, C-145/10.
- STJUE 24 de mayo de 2012, *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG vs OAMI*, c-98/11 P.
- STJUE 19 de junio de 2014, *Karen Millen Fashions Ltd vs Dunnes Stores y Dunnes Stores (Limerick) Ltd*, C-345/13.
- STJUE 16 de septiembre de 2015, *Société des Produits Nestlé SA vs Cadbury UK Ltd.*, C-215/14.
- STJUE 20 de diciembre de 2017, *Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne vs Aldi Süd Dienstleistungs-GmbH & Co. OHG*, C-396/16.
- STJUE 12 de junio de 2018, *Christian Louboutin SAS vs Van Haren Schoenen*, C-163/16.

- STJUE 25 de julio de 2018, *Société des produits Nestlé SA vs Mondelez UK Holdings & Services Ltd.*, C-84/17 P, C-85/17 P y C-95/17 P.
- STJUE 13 de noviembre de 2018, *Levola Hengelo BV vs Smilde Foods BV*, C-310/17.
- STJUE 12 de septiembre de 2019, *Cofemel – Sociedade de Vestuário, S.A. vs G-Star Raw CV*, C-683/17.
- STJUE 23 de abril de 2020, *Gömböc Kutató, Szolgáltató és Kereskedelmi Kft. vs Szellemi Tulajdon Nemzeti Hivatala*, C-237/19.

2.2. Tribunal General de la Unión Europea

- STGUE de 27 de octubre de 2005, *Eden SARL vs EPO*, T-305 04.
- STGUE, de 21 de noviembre de 2013, *El Hogar Perfecto del Siglo XXI, S.L. vs OAMI y Wenf International Adv. Ltd.*, T-337/12.
- STGUE 15 de diciembre de 2016, *Mondelez UK Holdings & Serv. Ltd. vs EUIPO y Société des produits Nestlé SA*, T-112/13.
- STGUE 28 de mayo de 2020, *Galletas Gullón, S.A. vs EUIPO e Intercontinental Great Brands LLC*, T-667/18.

2.3. Oficina Europea de Patentes

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

2.4. OAMI

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

3. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

- *Peabody vs Norfolk*, 98 Mass. 452 (1868).
- *Fargo Mercantile, Co. vs Brechet & Richter, Co.*, 295 F.823 (8th Cir. 1924).
- *App. of Levin*, 178 F.2d 945 (C.C.P.A 1949).
- *SK&F, Co. vs Premo Pharmaceutical Labs., Inc.*, 625 F.2d 1055 (3rd Cir. 1980).
- *In re Morton-Norwich Products, Inc.*, 671 F.2d 1332 (C.C.P.A. 1982).
- *Processed Plastic Co. vs Warner Comm. Inc.*, 675 F.2d 852 (7th Cir. 1982).

- *John H. Harland Co. vs Clarke Checks, Inc.*, 711 F.2d 966 (11th Cir. 1983).
- *Ruckelshaus vs. Monsanto Co.*, 467 US 986 (1984).
- *Procter & Gamble CO. vs Nabisco Brands*, 604 F. Supp. 1485 (D. Del. 1985).
- *Universal Frozen Foods, Co. vs Lamb-Weston, Inc.*, 697 F. Supp. 389 (D. Or. 1987).
- *Boeing Co. vs Sierracin Corp.*, 108 Wn. 2d 38 (Wash. 1987).
- *Peggy Lawton Kitchens, Inc. vs Hogan*, 532 N.E.2d 54 (Mass. 1989).
- *Branch vs Ogilvy & Mather, Inc.*, 765 F. Supp. 819 (S.D.N.Y. 1990).
- *Feist Publications, Inc. vs Rural Tel. Service Co.*, 499 US 340 (1991).
- *Two Pesos, Inc. vs Taco Cabana, Inc.*, 505 US 763 (1992).
- *Elmer Miller, Inc. vs Landis*, 253 Ill. App. 3d 129 (Ill. App. Ct. 1993).
- *Tone Bros. Inc. vs Sysco Corp.*, 28 F.3d 1192 (Fed. Cir. 1994).
- *205 Corp. vs Brandow*, 517 N.W.2d 548 (Iowa 1994).
- *Sassafras Enterprises, Inc. vs Roshco, Inc.*, 889 F. Supp. 343 (N.D. Ill. 1995).
- *PepsiCo, Inc. vs Redmond*, 54 F.3d 1262 (7th Cir. 1995).
- *Hutchinson vs KFC Corp.*, 51 F.3d 280 (9th 1995).
- *Publications Int'l, Ltd. vs Meredith Corp.*, 88 F.3d 473 (7th Cir. 1996).
- *Epic Metals Corp. vs Souliere*, 99 F.3d 1034 (11th Cir. 1996).
- *Durling vs. Spectrum Furniture Co., Inc.*, 101 F.3d 100 (Fed. Cir. 1996).
- *Buffets, Inc. vs Klinke*, 73 F.3d 965 (9th Cir. 1996).
- *American Dent. Assn. vs Delta Den. Plans Assn.*, 126 F.3d 977 (7th Cir. 1997).
- *Lambing vs Godiva Choco.*, 524 US 954 (1998).
- *Bridgestone/Firestone, Inc. vs Lockhart*, 5 F. Supp. 2d 667 (S.D.Ind. 1998).
- *Wal-Mart Stores, Inc. vs Samara Brothers, Inc.*, 529 US 205 (2nd Cir. 2000).
- *Vásquez vs Ybarra*, 150 F. Supp.2d 1157 (D. Kan. 2001).
- *Barbour vs Head*, 178 F. Supp. 2d 758 (S.D. Tex. 2001).
- *Oriental Art Printing, Inc. vs Goldstar Printing Corp.*, 175 F. Supp. 2d 542 (S.D.N.Y. 2001).
- *Contessa Food Products, Inc. vs Conagra, Inc.*, 282 F.3d 1370 (Fed. Cir. 2002).
- *Satava vs Lowry*, 323 F.3d 805 (9th Cir. 2003).
- *In re Dippin' Dots Patent Litigation*, 249 F. Supp.2d 1346 (N.D.Ga. 2003).

- *Learning Curve Toys, Inc. vs Playwood Toys*, 342 F.3d 714 (7th Cir. 2003).
- *Magistro vs J. Lou, Inc.*, 703 N.W.2d 887 (Neb. 2005).
- *In re N.V Organon.*, 79 U.S.P.Q.2d 1639 (2006).
- *Impax vs Aventis Pharma*, 545 F.3d 1312 (Fed. Cir. 2008).
- *Bimbo Bakeries USA, Inc. vs Botticella*, 613 F.3d 102 (3rd Cir. 2010).
- *Kim Seng Co. vs J&A Importers, Inc.*, 810 F. Supp. 2d 1046 (C.D.Cal. 2011).
- *Vraiment Hospitality, LLC vs Binkowski*, 8:11-cv-1240-T-33TGW (M.D.Fla. 2012).
- *N.Y. Pizzeria, Inc. vs Syal*, 56 F. Supp. 3d 875 (S.D.Tex. 2014).
- *Solid Wood Cabinet Co. vs Partners Home Supply*, 13-3598 (E.D.Pa. 2015).
- *Colon-Lorenzana vs S. Am. Rests. Corp.*, 799 F.3d 31 (1st Cir. 2015).
- *Katiroll Co. vs Kati Junction, Inc.*, 14-CV-1750 SAS (S.D.N.Y. 2015).
- *Bison Advisors LLC vs Kessler*, 14-3121 (D.Minn. 2016).
- *Sweet Street Desserts Inc. vs Chudleigh Ltd.*, 655 F.App'x 103 (3rd Cir. 2016).
- *Hui Kun LI vs Shuman*, 5:14-cv-0030 (W.D.Va. 2016).
- *Tomaydo-Tomahhdo, LLC vs Vozary*, Ohio 42929 (Ohio Ct. App. 2017).
- *Bumper Man, Inc. vs Smit*, 3:15-CV-02434-BF (N.D. Tex. 2017).
- *Opus Fund Servs. (USA), LLC. vs Theorem Fund Servs., LLC*, 17 C 923 (N.D.Ill. 2018).
- *Yellowfin Yachts, Inc. vs Barker Boatworks, LLC.*, 898 F.3d 1279 (11th Cir. 2018).
- *McIntyre vs BP Exploration & Prod., Inc.*, 138 S. Ct. 2609 (2018).
- *Mourabit vs Klein*, 18 Civ. 8313 AT (S.D.N.Y. 2020).
- *Google LLC vs Oracle Am., Inc.*, 141 S.Ct. 1183 (2021).
- *Denbra IP Holdings vs Thornton*, 521 F. Supp. 3d 667 (E.D.Tex. 2021).

4. ITALIA

- *Sentenza*, 24 aprile 1969, della Pretura di Venezia.
- *Sentenza numero 9763 del Tribunale di Milano del 10 luglio 2013.*
- *Sentenza – Mock Trial*. Disponible en: <https://mialegal.com>.

5. BÉLGICA

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

6. FRANCIA

- *Arrêt de la Cour d'Appel de Paris, 3 juillet 1975, Fabrique de Produits de Chimie Organique de Laire vs Sté Parfums Marcel Rochas.*
- *Arrêt du Tribunal de Grande Instance de Paris, 30 septembre 1997, Duribreux vs Muses Production. v. Pirreda.*
- *Arrêt de la Cour d'Appel de Paris, 25 janvier 2007, SARL Agence Télé France Presse vs URSSAF 75.*
- *Arrêt de la Cour d'Appel de Colmar, 27 août 2008, Poeles de Carottes vs Sarl au Potiron*
- *Arrêt du Tribunal de Grande Instance de Laval, 16 février 2009, Leray vs SARL Réauté.*
- *Arrêt du Tribunal de Grande Instance de Paris, 8 de mars 2011, Société des Produits Nestlé SA vs Comptoir Européen de la Confiserie SAS et Cadbury France SAS.*
- *Arrêt de la Cour de Cassation, 10 décembre 2013, 11-19.872, Inédit.*
- *Arrêt du Tribunal de Grande Instance de Paris, 15 mars 2018, Alain Passard vs Carrefour Hypermarchés.*

7. ALEMANIA

- Sentencia del BGH de 12 de noviembre de 2009 (I ZR 166/07).
- Sentencia del BGH de 28 de marzo de 2013 (I ZR 72/12).
- Sentencia del BGH de 13 de noviembre de 2013 (I ZR 143/12).

8. PAÍSES BAJOS

- Sentencia del Tribunal Supremo de Holanda de 16 de junio de 2006, *Lancôme Parfums et Beauté et CIE S.N.C. vs Kecofa B.V.*

9. REINO UNIDO

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

- *Reckitt & Colman Products Ltd. vs Borden Inc., Appellate Committee of the House of Lords*, AII E.R. 873 (1990).
- *Aerotel Ltd. vs Telco Holdings Ltd, Court of Appeal of England and Wales (Civil Division)*, EWCA Civ 1371 (2006).
- *Société des Produits Nestlé SA vs Cadbury UK Ltd., Court of Appeal of England and Wales (Civil Division)*, EWCA Civ 358 (2017).
- *E Mishan & Sons, INC. (T/A EMSON) vs Hozelock LTD. & Ors, High Court of Justice*, EWHC 991 Pat (2019).

10. AUSTRIA

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

11. SUIZA

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

12. CANADÁ

- *Santé Naturelle Ltée v. Produits de Nutrition Vitaform Inc.*, 5 C.P.R. (3d) 548 (1985).
- *Positron INC. vs Desroches et al.*, R.J.Q. 1636 (1988).
- *CPC Intl. Inc. v. Seaforth Creamery & Joseph Cianciaruso*, 15 O.T.C. 150 GD (1996).
- *Cadbury Schweppes INC. vs FBI Foods Ltd.*, 1 S.C.R. 142 (1999).

Arte encriptado y transmisión de derechos.
Reflexiones sobre la idoneidad de los *non fungible token* como instrumentos
para comercializar arte digital

Encrypted art and transmission of rights.
Reflections on the suitability of non fungible tokens
as instruments to commercialize digital art

MARÍA INMACULADA LLORENTE SAN SEGUNDO
Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza

Resumen

En los últimos meses la venta de algunas obras de arte digital, a las que numerosos textos se refieren bajo el nombre de *criptoarte*, han aumentado notablemente, alcanzando cifras millonarias en las casas de subastas. El éxito comercial de estas obras se debe a que incluyen un tipo de certificado criptográfico, los *non-fungible-tokens* o NFT, que recogen los datos de la obra y los inscriben en una cadena de bloques o *blockchain*. Este artículo realiza un análisis de las soluciones que los NFT y los certificados criptográficos pueden ofrecer al mundo del arte y de los problemas e inquietudes que pueden plantear.

Palabras clave

Criptoarte, NFT, Blockchain, Propiedad, Token, Criptoactivos.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DEL ARTE DIGITAL AL CRIPTO ARTE. 1. *El arte digital*. 2. *La obra de arte en la época de su reproducibilidad técnica*. 3. *La solución: los NFT*. 4. *El nacimiento del crypto art o arte encriptado y su éxito comercial*. 4.1. La especialidad de la obra de arte que se encripta en el NFT. 4.2. Los NFT Fraccionados (F-NFT). 4.3. La comercialización de la “sombra digital” del patrimonio histórico-artístico. III. EL ORIGEN DE LOS NFT: LA TOKENIZACIÓN DE ACTIVOS DIGITALES. 1. *El token como digital assets y como crypto assets*. 2. *La tecnología que posibilita el token*. 2.1. *La cadena de bloques: blockchain*. 2.2. *Los bloques*. 2.3. *La encriptación criptográfica*. 2.4. *El hash*. 2.5. *El smart contract*. 2.6. *El DLT como espacio organizado de contratación*. 2.7. *Los wallet*. 3. *Clases de token*. IV. EL NFT COMO INSTRUMENTO PARA COMERCIALIZAR ARTE. 1. *Legislación aplicable*. 2. *Naturaleza jurídica de los NFT*. 2.1. Su consideración como bien mueble incorporeal. 2.2. Su carácter infungible. 3. *¿Qué se transmite y se adquiere con el token?* 4. *El NFT como criptoactivo de inversión o como criptoactivos de adquisición de derechos*. V. LA IDONEIDAD DE LOS NFT PARA LA ADQUISICIÓN Y TRANSMISIÓN DE ARTE DIGITAL. 1. *Presupuestos jurídicos para la adquisición de la propiedad de una obra de arte a través de un NFT*. 1.1. La titularidad del derecho de reproducción de la obra de arte. 1.2. Concurrencia de título y modo para transmitir y adquirir la propiedad. 2. *Problemas jurídicos y técnicos que complican la transmisión de la propiedad del activo subyacente*. 2.1. La identificación de los sujetos que participan en *blockchain*. 2.2. La falta de acreditación por el emisor del NFT de sus facultades de reproducción de la obra: fraude y plagio. 2.3. La falta de acceso al activo digital subyacente: los NFT “rotos”. 2.4. La encriptación y la transmisión *mortis causa* de los NFT. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA

Abstract

In recent months, the sale of some digital works of art, to which numerous texts refer under the name of «cryptoart», have increased notably, reaching figures in the millions at auction houses. The commercial success of these works is due to the fact that they include a type of cryptographic certificate, the non-fungible-tokens or NFTs, which collect the data of the work and register it in a chain of blocks or blockchain; This article analyzes the solutions that NFTs and cryptographic certificates can offer to the art world and the problems and concerns that they can raise.

Keywords

Cryptoart, NFT, Blockchain, Property, Token, Crypto assets.

SUMMARY: I. INTRODUCTION. II. FROM DIGITAL ART TO CRYPTO ART. 1. *Digital art*. 2. *The work of art in the age of its technical reproducibility*. 3. *The solution: the NFT*. 4. *The birth of crypto art or encrypted art and its commercial success*. 4.1. The specialty of the work of art that is encrypted in the NFT. 4.2. The Fractional NFT (F-NFT). 4.3. The commercialization of the “digital shadow” of the historical-artistic heritage. III. THE ORIGIN OF NFT: THE TOKENIZATION OF DIGITAL ASSETS. 1. *The token as digital assets and as cryptoassets*. 2. *The technology that makes the token posible*. 2.1. The blockchain: blockchain. 2.2. The blocks. 2.3. Cryptographic encryption. 2.4. Hashing. 2.5. The smart contract. 2.6. The DLT as an organized contracting space. 2.7. The wallet. 3. *Types of tokens*. IV. THE NFT AS A TOOL FOR MARKETING ART. 1. *Applicable legislation*. 2. *Legal nature of the NFT*. 2.1. Its consideration as corporeal movable property. 2.2 Its infungible nature. 3. *What is transmitted and acquired with the token?* 4. *The NFT as investment cryptoasset or as vesting cryptoassets*. V.– THE SUITABILITY OF NFT FOR THE ACQUISITION AND TRANSMISSION OF DIGITAL ART. 1. *Legal requirements for the acquisition of ownership of a work of art through an NFT*. 1.1. The ownership of the right of reproduction of the work of art. 1.2. Concurrence of title and mode to transmit and acquire ownership. 2. *Legal and technical problems that complicate the transfer of ownership of the underlying asset*. 2.1. The identification of the subjects participating in blockchain. 2.2. The lack of accreditation by the issuer of the NFT of its powers of reproduction of the work: fraud and plagiarism. 2.3. The lack of access to the underlying digital asset: the “broken” NFTs. 2.4. The encryption and the transmission mortis causa of the NFT. VI. CONCLUSIONS. VII. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCCIÓN

¿Qué sería la vida si no tuviéramos el valor de intentar cosas nuevas?

Vincent VAN GOGH

El mundo en el que habitamos nos obliga a estudiar el Derecho en el marco de una sociedad global y dinámica, en el que las normas jurídicas deben interactuar de modo permanente con saberes y realidades ajenas a su campo disciplinar. Y si bien la vinculación entre el Derecho y el Arte existe desde siempre, la relación se complica cuando Derecho y Arte deben imbuirse en el marco de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación que dominan la sociedad actual.

En efecto, el Derecho y el Arte son dos expresiones del mismo fenómeno, la realidad social y las interacciones humanas, por ello el artista, y la propiedad y la transmisión de su obra, han sido objeto de constante interés en el mundo del Derecho.

La pintura, la escultura y las restantes artes figurativas han sido siempre un instrumento para representar y documentar la realidad histórica y social. Para ello los artistas han utilizado los medios e instrumentos que tenían a su alcance y han plasmado sus obras en los más diversos soportes, sean las paredes de una cueva, las piedras de un templo o distintos tipos de maderas o lienzos. Con el paso del tiempo y como consecuencia de distintos avances científicos, los artistas han encontrado nuevas formas de expresión y han plasmado su obra en nuevos soportes, como la fotografía o el cine, que han impulsado el mundo del arte hacia nuevos campos. No es de extrañar, por tanto, que la irrupción de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, que se han infiltrado en los aspectos más cotidianos de nuestras vidas, haya supuesto una revolución radical tanto en la forma de hacer arte como en su comercialización.

Tal es la realidad social que nos rodea y que representa un gran desafío para el Derecho. La protección del autor y la exhibición y transmisión de su obra deben abordarse como lo que son en el mundo actual: un fenómeno global en el que la obra del artista puede reproducirse infinitamente y llegar a cualquier lugar del mundo, y en el que puede comercializarse en un mercado falto de una autoridad o de una regulación que supervise su transmisión.

En este trabajo no se intenta abordar el estudio del arte digital ni su posible valoración artística o estética. Pretende ser una aproximación a la utilización de distintas técnicas criptográficas para asegurar la autenticidad y exclusividad de una obra de arte y facilitar su comercialización. Pretende adentrarse, por tanto, en el mundo del llamado criptoarte en los complejos problemas jurídicos que plantea.

II. DEL ARTE DIGITAL AL CRIPTO ARTE

El 20 de septiembre de 2022 se estrenó en el Centro de Artes Digitales IDEAL de Barcelona, como primera parada de una gira internacional, la exposición titulada «Dalí cibernético». En la muestra se propone una inmersión en la mente de Dalí mediante la recreación de sus más conocidas obras en un entorno de realidad virtual y digital. Lo que caracteriza esta exposición es que el visitante podrá encontrar instalaciones interactivas, hologramas y

distintos contenidos de realidad virtual y de inteligencia artificial, todo ello en pantallas de más de 2000 metros cuadrados de extensión.

El título de la exposición no ha sido escogido al azar. Tiene su origen en unas declaraciones del genial autor: «*El arte será cibernético o no será*»¹. El término *cibernético* puede considerarse equivalente al actual término *digital*², que en aquel momento no se empleaba, por lo que el *arte cibernético* que imaginaba Dalí coincide probablemente con lo que hoy se conoce como *arte digital*.

1. EL ARTE DIGITAL

Lo que se conoce como arte digital es una realidad poliédrica o polifacética, pues en esta expresión se entremezclan tanto la creación de obras convencionales mediante la utilización de un ordenador (a lo que algunos se refieren con la expresión *computer art*) como la reproducción de arte ya existente (proceso de digitalización³).

En la actualidad, distintas disciplinas artísticas, como la pintura, la escultura, el diseño gráfico, la arquitectura o la cinematografía, utilizan cada vez más los ordenadores para producir su obra, pero, por otro lado, los soportes digitales como el CD-Rom, el DVD y el mismo Internet permiten la difusión de obras de artistas de todos los estilos y épocas.

Ello aconseja partir de un concepto amplio, de modo que se considere arte digital a todo modo de expresión artística cuya principal característica es que se manifiesta mediante el uso de tecnologías digitales, esto es, que

1. Como señala Montse Aguer, directora de la Fundación Gala – Salvador Dalí, «una de las principales características de Dalí es su “capacidad de anticipación”. El propio Salvador Dalí aseguró que “el futuro del arte será cibernético o no será”. Ya en los años 70, el pintor creó un holograma junto con un Nobel de Física. El artista catalán vaticinó el impacto de las nuevas tecnologías en el arte, ya que fue el primero en utilizar herramientas digitales para crear sus obras». C. MIÑARRO, R. ARIADNA, «El IDEAL Barcelona se adentra en la mente de Dalí a través de la primera experiencia mundial de metaverso colectiva», *NIUS*, Barcelona, 28/05/2022, disponible en https://www.niusdiario.es/espana/catalunya/20220528/ideal-barcelona-adentra-mente-dali-experiencia-mundial-metaverso-colectiva_18_06548843.html.
2. Según el *Diccionario de la Real Academia Española*, el adjetivo cibernético hace referencia a lo creado y regulado mediante computadora (disponible en <https://dle.rae.es/cibern%C3%A9tico?m=form>). Por su parte, el adjetivo digital hace referencia a un dispositivo o sistema que crea, presenta, transporta o almacena información (disponible en <https://dle.rae.es/digital>).
3. Digitalizar es el proceso de convertir una señal analógica en una representación digital.

utiliza como método de producción, o para su exhibición, un soporte o vehículo de tecnología digital.

En efecto, las imágenes en el arte digital pueden ser generadas directamente por ordenador (como las imágenes de arte fractal y el arte algorítmico) o estar tomadas de otras fuentes, como una fotografía o pintura escaneada. En todo caso, lo que caracteriza al arte digital es que la imagen obtenida puede ser vista desde la pantalla de cualquier ordenador o impresa en distintos soportes (papel, lienzo o distintos materiales si se trata de una escultura en 3D).

Esta característica del arte digital, su capacidad infinita de reproducción, puede ser valorada como una ventaja para los artistas, pues les permite una mayor difusión de su obra. Pero no falta quien considera al arte digital como el fin del arte, entendiendo que la infinita reproducción técnica de una obra destruye su *aura*, su originalidad y su valor⁴.

2. LA OBRA DE ARTE EN LA ÉPOCA DE SU REPRODUCIBILIDAD TÉCNICA

Ya en 1935 Walter Benjamin vaticinaba el fin del arte, que pierde su esencia, su *aura*, por el hecho de que pueda volverse a reproducir «el objeto» por medios industriales y procesos químicos (fotografía, grabado, litografía, xilografía y, más recientemente, procesos digitales de impresión). Ello es así porque Benjamin identifica el *aura* con la singularidad, con la experiencia de lo irrepetible. La reproducción técnica destruye la *originalidad* y su *autenticidad*, ya que solo es posible calibrar el valor ritual de un objeto a partir del valor de lo exhibido. Al existir múltiples reproducciones, se pierde dicha originalidad y la autenticidad y, en consecuencia, el arte se vuelve un objeto cuyo valor no se puede establecer⁵.

4. Así lo entiende el crítico y filósofo marxista Walter Benjamin en su ensayo, publicado en 1935, «La obra de arte en la época de su reproducibilidad técnica» (*Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit*), publicado originalmente en la revista *Zeitschrift für Sozialforschung*. Puede consultarse la versión del texto de la obra de Walter Benjamin, «La obra de arte en la época de su reproducibilidad técnica», en *Discursos interrumpidos I*, Taurus, Buenos Aires, 1989, disponible en https://docs.google.com/document/d/1MN2WpPS58vpEBnWX6_XTgdb-oBHVuL6bTm2ceMc27vw/edit#.

5. «Incluso en la reproducción mejor acabada falta algo: el aquí y ahora de la obra de arte, su existencia irrepetible en el lugar en que se encuentra. En dicha existencia singular, y en ninguna otra cosa, se realizó la historia a la que ha estado sometida en el curso de su perduración. También cuentan las alteraciones que haya padecido en su estruc-

Esos argumentos son, sin duda, aplicables al arte digital. En el espacio digital, es imposible distinguir un original de sus innumerables copias, que se pueden elaborar sin esfuerzo y que se pueden difundir por todo el mundo de manera inmediata e imparable, a través de redes sociales o distintas plataformas de contenidos.

3. LA SOLUCIÓN: LOS NFT

Es en este contexto en el que ha comenzado a aplicarse una nueva tecnología que promete convertir en único y exclusivo lo que antes podía ser un original o una mera copia o clonación. Se trata de una tecnología tan disruptiva e innovadora que aún es desconocida por buena parte de nuestra sociedad. Por otro lado, su complejidad técnica hace que sea difícil de comprender. Pese a ello, es preciso hacer el esfuerzo.

La nueva técnica gira en torno a una «ficha» o «unidad de información», genéricamente denominado *token*, que, mediante técnicas de encriptación, permite asegurar la autenticidad, unicidad y exclusividad del archivo digital que contiene. Al resultado se le denomina NFT, acrónimo, en inglés, de la expresión *Non Fungible Tokens*.

La novedad de los NFT reside en otorgar lo que podemos denominar *firma o certificado de exclusividad digital*, al permitir que cualquier obra de arte, cualquier documento, cualquier imagen o vídeo, o incluso la música que conste en un archivo digital, se pueda «registrar», o en argot tecnológico «acuñar», como NFT, pasando a ser único, exclusivo e insustituible (infungible)⁶.

tura física a lo largo del tiempo, así como sus eventuales cambios de propietario...El aquí y ahora del original constituye el concepto de su autenticidad. La autenticidad de una cosa es la cifra de todo lo que desde el origen puede transmitirse en ella desde su duración material hasta su testificación histórica. Como esta última se funda en la primera, que a su vez se le escapa al hombre en la reproducción, por eso se tambalea en ésta la testificación histórica de la cosa». W. BENJAMIN, «La obra de arte en la época de su reproducibilidad técnica», en *Discursos interrumpidos I*, op. cit., pp. 2 y 3, disponible en https://docs.google.com/document/d/1MN2WpPS58vpEBnWX6_XTgdb-oBHVuL6bTm2ceMc27vw/edit#.

6. La idea que subyace a los NFT es que actúan como una firma digital única, del mismo modo que, por ejemplo, un cuadro tiene la firma del artista en algún lugar del lienzo. El cuadro de la *Mona Lisa*, por ejemplo, es una obra de arte original. No puede cambiarse por algo similar, como una copia del cuadro de la *Mona Lisa* de una tienda de regalos. No tendrá el mismo valor. «The thinking behind NFT's is that they act as a unique digital signature in the same way as, for example, a painting

En términos muy simples, un *token* no fungible no es otra cosa que un activo digital único, como un cuadro, un cromó o un vídeo, que se genera y se registra en una cadena de bloques o blockchain (el libro de contabilidad digital en el que se basa toda esta tecnología), normalmente la red Ethereum⁷, que el dueño tiene en propiedad y que conserva en un monedero virtual (*wallet*) como una criptomoneda.

La gran ventaja de esta tecnología para el arte y otros tipos de coleccionismo reside en que la cadena de bloques que contiene el NFT es inalterable y nunca se borra, es decir, que no se pierde el certificado de originalidad⁸. Pero, además, la tecnología que soporta el NFT permite transmitirlo por medio de contratos autoejecutables (los llamados contratos inteligentes o *smart contract*), de manera que cada transmisión es un bloque nuevo en la cadena. Siguiendo los bloques de la cadena podemos acreditar todos los movimientos que ha tenido el NFT, pues todos quedan registrados sin distinción. Además, las transmisiones de NFT se producen en mercados descentralizados, al margen de ninguna autoridad supervisora, con sus propios sistemas arbitrales de resolución de conflictos. Este último punto, la agilidad y la facilidad de transmisión de los NFT, es extremadamente importante, hasta el punto en que ha llegado a considerarse que todo el proyecto de NFT

has the signature of the artist somewhere on the canvas. The Mona Lisa painting, for example, is an original piece of art. It cannot be swapped for something similar such as a Mona Lisa painting from a gift shop. It will not hold the same value». S. RAHMAN, «NFT's (Non-Fungible Tokens) – Risks, Regulation and The Law», 2022, Rahman Ravelli, disponible en <https://www.rahmanravelli.co.uk/expertise/nfts-non-fungible-tokens-risksregulation-and-the-law/>.

7. En 2017, la plataforma Ethereum, la segunda más importante relacionada con el desarrollo de la blockchain, creó su propia moneda, el Ether, y un novedoso protocolo para generar «tokens no fungibles», el conocido como «token ERC-721». Al cierre del 2021, Ether, la moneda de Ethereum, es la segunda criptomoneda con mayor valoración económica y popularidad después del Bitcoin. A. SERADA, T. SIHVONEN, J. HARVIAINEN, «Crypto kitties and the new ludic economy: how blockchain introduces value, ownership, and scarcity in digital gaming», *Games and Culture*, 2020. <https://doi.org/10.1177/1555412019898305>. «Parte de este éxito se debe a que Ethereum no se limitó a crear una divisa más (el Ether), sino que, en adición a esto, facilitó una plataforma por medio de la cual se pueden crear una infinidad de aplicaciones novedosas descentralizadas – también llamadas “Dapps” (aplicaciones descentralizadas) –, así como contratos inteligentes y, ahora último, NFT. Todo esto es posible gracias al sistema Blockchain». M. LAVANDA OLIVA, G. GASTAÑADUI, «Desmitificando a los non fungibles tokens: la tecnología que está revolucionado al arte digital», *IIE*, XVI Edición, 2022, p. 32.
8. El éxito de los tokens se basa en la confianza. R. M.^a GARCÍA TERUEL, *La tokenización de bienes en blockchain. Cuestiones civiles y tributarias*, Aranzadi, 2020, p. 258.

«es un intento tecnológico de recrear una transacción de venta simple, pero para un activo digital en lugar de un objeto físico»⁹.

Se puede *tokenizar* cualquier bien, físico o digital, bajo la idea de crear un elemento digital que debe representar o, mejor dicho, identificarse con el activo subyacente en cuestión¹⁰.

El NFT, como informan desde Ethereum y desde la *Biblia de los NFT* elaborada por Open Sea (la mayor plataforma de negociación o *marketplace*), puede representar la propiedad de cualquier activo único, como un equivalente de un objeto en el plano físico o digital. «Nos permiten tokenizar cosas como arte, coleccionables e incluso bienes raíces y son únicos digitalmente: no hay dos NFT iguales. De esta forma, los NFT y Ethereum solucionan algunos de los problemas que existen hoy en día en Internet. Como todo se está volviendo digital, es necesario replicar las propiedades de los objetos físicos, como la escasez, la singularidad y el comprobante de propiedad»¹¹.

De esa forma, el NFT permite al artista (al que se denomina *creador de contenidos*) «conservar la propiedad de su propio trabajo y reclamar directamente los derechos de preventa (*droit de suite*). También pueden vender su trabajo en cualquier lugar y acceder al mercado global, a través de una plataforma o directamente con otros particulares»¹².

Los NFT solo pueden tener un propietario oficial a la vez y están asegurados por la cadena de bloques de Ethereum; es decir, nadie puede modificar el registro de propiedad o copiar y pegar un nuevo NFT existente. De esa manera, «los NFT otorgan la capacidad de asignar o reclamar el derecho de

9. «At its core, the problem is simple: offline, the transaction of selling an object to someone else is so unremarkable that we often do not consider the significant amount of law that goes into determining who can do what with assets that they purchase and own. We only begin to understand the law underlying personal property ownership when it fades-when we realize that online, we do not own the things we have bought and fully paid for from Google, Apple, or Amazon. The entire project of NFTs is a technological attempt to recreate a simple sales transaction, but for a unique digital asset instead of a physical object». J. FAIRFIEL, «Tokenized: The Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property», *Indiana Law Journal*, vol. 97, 4, 2022, p. 1268, disponible en <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol97/iss4/4>.

10. G. ESPUGA TORNÉ, «Régimen jurídico de los tokens no fungibles (NFT). Breve referencia a su posible consideración como valores negociables», *Derecho Digital e Innovación*, número 12, abril-junio 2022, p. 1.

11. Página oficial de Ethereum disponible en <https://ethereum.org/es/nft/#main-content>.

12. «The Non-Fungible Token Bible: Everything you need to know about NFTs», disponible en <https://opensea.io/blog/guides/non-fungible-tokens/>.

propiedad de cualquier pieza única de datos digitales, rastreable mediante el uso de la cadena de bloques de Ethereum como un registro público»¹³.

Esta nueva tecnología es vista por muchos como una verdadera revolución económica que abre un gran mundo de posibilidades no solo en el ámbito financiero (las criptomonedas, como veremos, son *tokens* fungibles), sino también en el mundo del arte y en todas las industrias de creación de contenido, como la música, los videojuegos, la moda o cualquier otro producto susceptible de albergarse en un soporte digital.

4. EL NACIMIENTO DEL CRYPTO ART O ARTE ENCRIPTADO Y SU ÉXITO COMERCIAL

Crypto art, en una primera aproximación, no es sino una «edición limitada de arte digital, registrado criptográficamente en un token en una cadena de bloques»¹⁴.

La expresión inglesa *crypto art* se traduce como «cripto arte», si bien, la Real Academia Española no reconoce los términos *crypto arte*, *cripto arte*, ni *arte encriptado*, expresión que, en mi opinión, puede ser adecuada para traducir el significado del término *crypto art*¹⁵, y que haría referencia a un contenido en formato digital incorporado a una plataforma creando un *token*

13. «El propietario de un NFT viene representado a través de una ID única y metadatos que ningún otro token puede duplicar. Los NFT se acuñan gracias al uso de los contratos inteligentes, los cuales asignan la propiedad al dueño y administran la capacidad de transferir de los NFT. Cuando alguien crea o acuña un NFT, se ejecuta un código almacenado en contratos inteligentes que se ajustan a los diferentes estándares, como el ERC-721». Esta información se añade a la cadena de bloques, donde se gestiona el NFT, disponible en <https://ethereum.org/es/nft/>.

14. M. FRANCESCHET, G. COLAVIZZA, T. SMITH, B. FINUCANE, M. L. OSTACHOWSKI, S. SCALET, S., «Crypto art: a decentralized view», *Leonardo*, 54 (4), 2021, p. 402, disponible en https://doi.org/10.1162/leon_a_02003.

15. Utilizan el término *cryptoart* (o *crypto arte*, o *cripto arte*) S. CUESTA VALERA, P. FERNÁNDEZ VALDÉS, S. MUÑOZ VINAS, «NFT y arte digital: nuevas posibilidades para el consumo, la difusión y preservación de obras de arte contemporáneo 2021», *Artnodes, Revista de Arte, Ciencia y Tecnología*, n.º 28, 2021, disponible en <https://artnodes.uoc.edu/>; P. FINUCANE, *Creating with blockchain technology: The “provably rare” possibilities of crypto art*, Vancouver, University of British Columbia, 2018, disponible en <https://doi.org/10.14288/1.0370991>; J. LEMERCIER, The problem of (Ethereum) CryptoArt». Studio Joanie Lemerrier (blog), 17 de febrero de 2021, disponible en <https://joanielemercier.com/the-problem-of-cryptoart/>. E. PIPKIN, «But the environmental issues with cryptoart will be solved soon, right?», *Medium*. 14 de marzo de 2021, disponible en <https://everestpipkin.medium.com/but-the-environmental-issues-with-cryptoart-1128ef72e6a3>.

no fungible, cuya venta luego se registra mediante *blockchain* y que es objeto de negociación en una red descentralizada con arreglo a lo previsto en el *smart contract* que lo acompaña.

Sea cual sea la expresión que utilicemos, esta nueva forma de comercializar el arte y otros contenidos ha sido un éxito. Basta con comprobar las cifras y el número de NFT negociados en algunas de las plataformas¹⁶, desde que en octubre de 2017 la empresa canadiense Axiom Zen realizó el lanzamiento preliminar del videojuego *Crypto Kitties* en un evento tecnológico en Canadá, sobre el que se generaron NFT.

Como hitos, por el alto valor alcanzado por algunas obras, se suele citar el precio obtenido por el artista Mike Winkelmann (conocido como Beeple) al subastar en Christie's, como NFT, la obra de arte titulada *Everyday: The First 5000 Days*, un *collage* de imágenes digitales tomadas durante trece años que fue finalmente vendida por 69 millones de dólares¹⁷. Otra de las obras de *crypto art* más conocida es el famoso *Bored Ape Yacht Club* (que se traduce como *Club náutico del mono aburrido*), avatares basados en NFT, algunos con un parecido casi idéntico, que involucró a muchas celebridades, quienes por millones de dólares compraron un NFT y luego los mostraron en sus redes sociales. Merece destacarse también la obra digital *Casa Batlló: Living Architecture* del artista Refik Anadol, sobre la fachada del edificio de Gaudí del paseo de Gràcia de Barcelona, que se subastó en la sede de Christie's de Nueva York por 138 millones de dólares.

Más allá del exponencial aumento de las cifras obtenidas por la negociación de arte encriptado a través de NFT¹⁸, que por sí solas atraen la atención y justifican su estudio, hay que tener en cuenta que la obra de arte, como bien inmaterial objeto de protección por los derechos de protección intelectual de su autor, presenta una serie de especialidades respecto de otros posibles

16. *Total Crypto Art Market Cap: \$1,758,494,867.58 (1,342,126.854 ETH); Total Artworks Sold: 3,646,205*, disponible en <https://cryptoart.io/data>.

17. Otros ejemplos de éxito comercial del Crypto Art son el *Batman* de J. Delbo y T. Jones, quienes recaudaron US \$200,000 dólares. Asimismo, la *Mujer Maravilla* de Delbo logró recaudar US 1.8 millones de dólares. Entre los artistas españoles pueden citarse Anna Carreras y su proyecto *Trossets* y el proyecto *Nyan Cat* de Chris Torres.

18. «The global art market in 2019 was worth around 64 bn US \$. The global online art sales were estimated to move around 482 bn US \$ in 2019, with predictions rising to a volume of 932 bn US\$ in 2024». S. BSTEHE, «From Painting to Pixel: Understanding NFT artworks: In which ways does the trading of NFT art entail the potential to change the dynamics of the art markets?», Master Cultural Economics & Entrepreneurship, Erasmus University Rotterdam, 2021.

contenidos susceptibles de ser incorporados a plataformas para crear NFT, que deben ser especificados para analizar y comprender el objeto de nuestro estudio.

Por otro lado, hay que advertir que estamos en presencia de una tecnología en continua evolución y que los NFT, o el uso de los NFT, están evolucionando con ella. Un ejemplo de lo que afirmamos es una nueva clase de NFT, los F-NFT o NFT fraccionados. Por otro lado, la emisión de NFT ya no está exclusivamente en manos de los autores de arte digital, pues desde hace tiempo algunos museos han emitido NFT sobre algunas de las piezas más valiosas de sus colecciones, comercializando lo que algunos denominan su *sombra digital*. También hay proyectos de gestores de patrimonio histórico para emitir y comercializar NFT sobre importantes monumentos.

4.1. La especialidad de la obra de arte que se encripta en el NFT

Como hemos expuesto, la tecnología *blockchain* sobre la que se sustenta un NFT permite asociar a la clave criptográfica un elemento gráfico, sonoro o audiovisual. Pero cuando lo que se asocia a la clave criptográfica es una obra de arte debemos tener en cuenta que lo que se asocia no es la obra en sí misma, sino una manera de representarla digitalmente.

Ello es así, porque la obra es un «objeto inmaterial que no se identifica con su soporte material o de cualquier otro tipo, aunque necesite del mismo para existir y/o para no desaparecer; y, por supuesto, también para ser explotada»¹⁹. De ahí la tradicional distinción entre la obra en sí misma (*corpus mysthicum*) y el soporte de ésta, que puede ser físico o, en su caso, digital (*corpus mechanicum*).

La obra se define como la creación intelectual, personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma²⁰. La reproducción

19. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO «Introducción a la propiedad intelectual», en *Manual de propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 8.ª ed., 2018, p. 20.

20. En nuestro Derecho el concepto de obra se encuentra recogido en el artículo 10 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en adelante, LPI). El art. 10 establece un concepto general, «todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro», que complementa con una enumeración ejemplificativa, extensa pero no exhaustiva, pues se complementa en otros artículos, como el art. 94, que establece un régimen entre obras radiofónicas, que no están incluidas en la enumeración del art. 10.

es la fijación de la obra o producción intelectual en un soporte o medio que permita su *perceptibilidad*²¹. Por tanto, la obra, en su calidad de creación intelectual, preexiste al acto por el cual se materializa en algún soporte. Por su parte, el soporte de la obra es el resultado de reproducirla, de fijarla u obtener copias por cualquier procedimiento, incluidos procedimientos digitales.

La obra tendrá soportes físicos cuando se materialice en un objeto físico (papel o lienzo) y tendrá soporte digital cuando se materialice en un formato capaz de ser leído por un ordenador, esto es, un archivo bajo un determinado formato capaz de ser leído por algún ordenador mediante algún programa. Por tanto, cuando se genera un NFT lo que se asocia no es la obra de arte, sino el soporte digital, el archivo en el cual la obra se ha reproducido.

4.2. Los NFT Fraccionados (F-NFT)

De entre las nuevas categorías de NFT conviene destacar a los conocidos como *Token Fraccionados*, que permiten repartir un NFT entre varios propietarios. El NFT se fracciona mediante un contrato inteligente que genera un número determinado de *tokens* vinculados al original indivisible. Estos *tokens* fraccionados otorgan a cada titular un porcentaje de propiedad de un NFT y pueden comercializarse o intercambiarse en mercados secundarios.

Los F-NFT se constituyen sobre un *token* creado con el estándar ERC-721 de Ethereum. El NFT que quiere fraccionarse se bloquea en un contrato inteligente y el contrato inteligente divide el *token* ERC-721 en múltiples fracciones en forma de *tokens* ERC-20 (estándar empleado para *token* fungibles) según las instrucciones proporcionadas por el propietario de NFT. El propietario describe la cantidad de *tokens* ERC-20 que se crearán, su precio, metadatos y otras propiedades. Cada fracción, o *token* ERC-20, representa la propiedad parcial de todo el NFT. Luego, las fracciones se ponen a la venta a un precio fijado por el propietario del *token*.

Es interesante señalar cómo describen su funcionalidad desde Ethereum: «en teoría, esto abriría la posibilidad de lograr, por ejemplo, ser dueño de una parte de un Picasso. Se convertiría en un accionista de un NFT de un Picasso, lo que significa que tendrá voz y voto en cosas como la distribución de ingresos. Es muy probable que –pronto– poseer una parte de un NFT le

21. Por medio de la obra el autor comunica y/o suscita a/en las demás ideas, información, sensaciones. De ahí que sea necesario que la creación se exteriorice... Las ideas y los sentimientos que no se exteriorizan no son creación. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La obra», en *Manual de propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 8.^a ed., 2018, p. 61.

permita ingresar en una organización autónoma descentralizada (DAO) para gestionar dicho activo. Estas son organizaciones impulsadas por Ethereum que hacen posible que completos extraños, como accionistas de un activo repartidos alrededor del mundo, se coordinen de forma segura, sin la necesidad de tener que confiar en otras personas»²².

4.3. La comercialización de la «sombra digital» del patrimonio histórico-artístico

En julio de 2021 la prensa española se hizo eco de un artículo firmado por Riccardo Luna, en la sección de Economía del diario *La Repubblica*, en el que, bajo el título «Vendiamo il Colosseo. Ma in formato digitale», daba cuenta de la propuesta de una serie de expertos²³ de evaluar la venta del Coliseo en formato NFT «sin tocar una sola piedra y dejando la propiedad al Estado italiano». Para los autores de la propuesta, «con los NFT podríamos potenciar y obtener valor del patrimonio artístico sin moverlo ni un centímetro, sin cláusulas vejatorias y aumentando la experiencia de la realidad con la emoción digital. ¿Podemos imaginar todo lo que podría hacer un país como el nuestro si interceptara y dirigiera esta revolución? Lo resumimos así: de la Italia de las vitrinas a la Italia de la tecnología»²⁴.

22. Advierten, no obstante, de que se trata de un concepto emergente. «Los NFT, las DAO y los tokens fraccionados se están desarrollando a ritmos diferentes. Pero toda su infraestructura existe y puede trabajar en conjunto de manera sencilla porque todos hablan el mismo idioma: Ethereum. Así que no les pierda la pista». Página oficial de Ethereum disponible en <https://ethereum.org/es/nft/#main-content>.

23. Un grupo de artistas, filósofos y políticos (entre ellos, Alex Braga, Federico Clapis, Andrea Colamedici, Serena Tabacchi y Alessandro Fusacchia), que dicen querer luchar para dar a conocer, difundir, regular y fomentar la hibridación entre arte y digital. «Estamos al comienzo de una nueva era y, como siempre, el arte sugiere un camino a seguir. Hagamos del gemelo digital del Coliseo el comienzo de una nueva historia económica y cultural», escriben en una carta que adelanta la propuesta. El autor del artículo, después de preguntarse, ¿cuánto podría valer todo el patrimonio artístico y cultural italiano en versión NFT?, transcribe el interés de las autoridades italianas sobre la posibilidad planteada por los expertos». il ministro Dario Franceschini qualche giorno fa ha detto: «Gli NFT sono emersi da poco. Prima nessuno ne conosceva bene le potenzialità. Emaneremo presto delle linee guida per i musei, che finora si sono mossi singolarmente. E contemporaneamente stiamo studiando come dare indicazioni, anche attraverso future gare d'appalto, per garantire la massima trasparenza e le massime entrate per lo Stato. Bisogna capire come tutelare l'interesse pubblico: non daremo l'esclusiva», disponible en https://www.repubblica.it/economia/2021/07/26/news/vendiamo_il_colosseo_ma_in_formato_digitale-311743747/.

24. «Il gruppo che ha proposto la vendita del Colosseo digitale scalpita: «Con gli NFT potremmo valorizzare il patrimonio artistico senza spostarlo di un centimetro, senza

Se trata de seguir el camino marcado por la Galería Uffizi de Florencia que, en mayo de 2021, fue el primer museo del mundo en vender una copia digital de una obra. Se trata del *Tondo Doni* de Miguel Ángel creada por un *startup* florentina (Cinello) y luego autenticada con *blockchain*. También el museo Hermitage de San Petersburgo realizó una subasta de la versión digitalizada y autenticada en NFT de cinco obras de sus fondos, de autores tan universales como Miguel Ángel, Leonardo da Vinci, Kandinsky, Monet o Van Gogh²⁵.

No hay duda de que la comercialización por medio de NFT puede suponer una ventaja competitiva para instituciones, museos o galerías que sean propietarios de fondos de obras físicas clásicas que quieran trasladar al mundo digital, para obtener beneficios que pueden invertir en su conservación²⁶, impidiendo, además, la posible utilización fraudulenta por terceros²⁷.

No obstante, no se puede desconocer que los NFT plantean numerosos y complejos problemas jurídicos. Este trabajo trata de abordar específicamente la problemática legal de la categoría de los NFT como instrumento a través

clausole vessatorie, e aumentando l'esperienza del reale con l'emozione digitale. Ce lo immaginiamo tutto quello che un Paese come il nostro potrebbe fare se intercettasse e guidasse questa rivoluzione? Noi lo riassumiamo così: dall'Italia delle tette all'Italia della techne».

25. En Open Sea, hay archivos digitales de obras de arte del Rijksmuseum, el Instituto de Arte de Chicago, los Museos de Birmingham del Reino Unido y el Museo de Arte de Cleveland. Aparecieron las joyas de la colección de cada museo: *Mujer de azul leyendo una carta* de Johannes Vermeer, *Una tarde de domingo en la isla de La Grande Jatte*, de Georges Seurat, *George Washington en la batalla de Princeton*, de Charles. S. CASONE, «A Collective Made NFTs of Masterpieces Without Telling the Museums That Owned the Originals. Was It a Digital Art Heist or Fair Game? The NFT outfit Global Art Museum now says it is an art collective conducting a "social experiment"», *Artnet News* (22/03/2021), disponible en <https://news.artnet.com/art-world/global-art-museum-nfts-1953404>.
26. «As museums rethink their revenue streams for an increasingly digital world, they might consider looking towards the nascent digital collectibles market. Although not without its obstacles, the NFT paradigm may be breaking the mold for how digital objects are bought and sold». B. CIECKO, «The Surging Demand for Digital Collectibles Could Offer a Lifeline for Cash-Strapped Museums-Here's How. Museums facing a financial shortfall may find a lifeline in selling limited-edition digital versions of the art in their collections», *Artnet News* (10/03/2021), disponible en <https://news.artnet.com/opinion/op-ed-digital-collectables-museums-1950808>.
27. S. CASONE, «A Collective Made NFTs...», *op. cit.* Información disponible en *Blog de Propiedad Intelectual y Tecnologías*, Cuatrecasas, disponible en https://www.cuatrecasas.com/es/spain/articulo/como_nfts_cambiaran_museos_arte_general.

del cual se produce la adquisición y venta de arte²⁸. No se trata por tanto de un estudio sobre la tecnología en la que se opera la creación y transmisión de los NFT, ni específicamente sobre la tecnología *blockchain*, si bien será preciso extenderse en algunas cuestiones técnicas para entender la realidad a la que el presente estudio se refiere. Ello se debe principalmente al hecho de que no puede entenderse el NFT sino en referencia a la noción de *token* o activo digital, categoría en la cual se encuadra.

III. EL ORIGEN DE LOS NFT: LA TOKENIZACIÓN DE ACTIVOS DIGITALES

La *tokenización* de activos se produce en el marco de la web 3.0. Representa una superación de la web 1.0, en la que los usuarios son meros lectores, y de la web 2.0, en la cual los usuarios dejan de ser meros lectores para pasar a ser productores de contenidos, principalmente a través de plataformas sociales. La web 3.0, por su parte, promete al usuario más capacidad de control sobre sus datos y activos digitales, sobre la base de la tecnología *blockchain*. Se trata de que sus datos y contenidos no dependan de determinados operadores (alojadores, *marketplaces*, redes sociales, etc.), sino que el propio usuario disponga de tales datos en todo momento.

El modelo de web 3.0 promete abundar en la descentralización de internet, en el que tanto la información como las aplicaciones (*dApps*, del inglés, *decentralized apps*) estarán distribuidas en miles de nodos, en lugar de concentradas en determinadas plataformas. No obstante, la web 3.0 no prescinde del todo de los intermediarios, los cuales siguen estando presentes, si bien con diferentes roles, principalmente a través de *marketplaces* donde se negocian activos digitales y gestionando y custodiando *wallets* donde los usuarios conservan sus activos.

Es en este nuevo marco tecnológico donde se ha desarrollado el concepto de *cripto activo*. La web ya no se limita a permitir crear, almacenar y reproducir determinados contenidos. Promete la creación de activos digitales únicos, intangibles, basados en la criptografía (de ahí su denominación), que pueden ser negociados de forma que pueden tener un valor otorgado por el mercado, a los que genéricamente, como ya hemos apuntado, se les denomina *token*.

28. Cuestión compleja por encontrarnos sin un entorno normativo que resuelva las cuestiones derivadas del uso de nuevas tecnologías (*blockchain*) o instrumentos (*smart contract*) y que se complica por la constante evolución de la tecnología. Sobre el tema, T. CLOHESSY, H. TREIBLEMAIER, N. ACTON TROGERS, «Antecedents of blockchain adoption: an integrative framework», *Strategic Change*, 2020, pp. 501-515, disponible en <https://doi.org/10.1002/jsc.2360>.

1. EL TOKEN COMO *DIGITAL ASSETS* Y COMO *CRYPTO ASSETS*

Al *token* (a esa «ficha» o «unidad de información») se le puede considerar una modalidad de *digital asset*, esto es, una información en formato electrónico que es creada, grabada, transmitida y almacenada en formato digital.

Por tanto, el *token* no es más que una categoría de los *digital assets* (activos o recursos digitales), pero el *token* no es solo un activo digital, es algo más. Lo que distingue al *token* del resto de los *digital assets*, como información que se almacena, conserva y transmite en formato digital, es su *criptografía* y el hecho de incorporar un valor o utilidad, esto es, por proporcionar a su titular una determinada ventaja o utilidad²⁹.

Con el término *tokenización* se alude al «hecho de representar de forma abstracta un valor en correspondencia con el activo representado»³⁰. Cuando el *digital assets* incluye la representación de un valor o de un derecho a través de la tecnología de bloques (*blockchain*), podemos hablar propiamente de un cripto activo.

2. LA TECNOLOGÍA QUE POSIBILITA EL TOKEN

2.1. La cadena de bloques: *blockchain*

La *blockchain*, cuya creación es atribuida en 2008 a una persona o grupo de personas que operaban bajo el nombre de Satoshi Nakamoto, es una tecnología que permite la formación de una estructura de datos, descentralizada, con información agrupada en bloques, con metadatos relativos al bloque anterior para hacer una trazabilidad de la información de manera segura, a través de cálculos criptográficos. Esta tecnología está en el origen del bitcoin, la primera moneda virtual.

«Técnicamente, se denomina cadena de bloques al resultado de aplicar una tecnología digital criptográfica que permite crear bases de datos almacenadas y compartidas en una comunidad o red no jerárquica o inter partes

29. Los *tokens* se han definido como «Crypto-assets are intangible, math-based, digital and cryptographically-secured assets, issued, registered, retained or transferred through cryptography and, in most cases, DLT, representing a crypto-asset holder's rights to receive a benefit or perform specified functions». S. BLEMUS, D. GUEGAN, «Initial Crypto-Asset Offerings (ICOs), Tokenization and Corporate Governance (2019)», disponible en <https://ssrn.com/abstract=3350771> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3350771>.

30. S. NASSARRE AZNAR, «Naturaleza jurídica y régimen civil de los tokens en "blockchain"», en *La tokenización de bienes en blockchain*, Aranzadi, 2020.

(*pair to pair*), constituida sobre grupos, bloques o eslabones de datos, ligados o vinculados entre sí por códigos alfanuméricos llamados *hashes*»³¹.

Estas bases de datos se diferencian de los almacenes de datos tradicionales en que son un almacén distribuido, descentralizado y compartido por todos los usuarios que cuenten con un nodo o terminal informático, con el *software* correspondiente para interactuar en la red, para acceder a datos existentes o registrar otros nuevos de forma cronológica, por sí mismos o por medio de terceros autorizados.

2.2. Los bloques

En el *blockchain*, los distintos registros de información se agrupan en lo que se denomina bloque, el cual contiene los datos registrados junto con una operación criptográfica de éstos y del bloque anterior. De esa forma, los diferentes bloques contienen un fichero informático donde se registran por orden cronológico las transacciones realizadas y el *hash* o huella digital.

Los nuevos bloques se crean a través de un proceso de *minería* en el que diferentes nodos (ordenadores de usuarios a los que se da acceso a través de una clave pública) compiten para resolver un problema matemático complicado y la computadora que gana es recompensada. Se llama *mineros* a las personas que con sus ordenadores hacen funcionar la red descentralizada de Ethereum en un sistema *proof-of-work* (en español, *prueba de trabajo*). Estos son recompensados únicamente en ether. Asimismo, el pago de las tasas por transacción, como, por ejemplo, la compra de un NFT y cualquier otra que se genere dentro de la red, también es pagada únicamente en ether. Esta recompensa proporciona un incentivo a los mineros para mantener la cadena de bloques funcionando y creciendo (para seguir procesando nuevas transacciones).

Validado el bloque por los mineros, el nuevo bloque en la cadena es vinculado matemáticamente al bloque anterior y al posterior. Cuando un nuevo bloque se agrega, se hace un *hash* junto con el *hash* del bloque anterior.

2.3. La encriptación criptográfica

El *hash* es una secuencia alfanumérica hexadecimal única resultante de aplicar un algoritmo a un determinado archivo. Al ser un algoritmo único y

31. J. W. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, *Derecho de blockchain y de la tecnología de registros distribuidos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 36 y ss.

por su correspondencia exclusiva a un archivo sobre el que se haya aplicado el algoritmo, el *hash* permite verificar si el contenido ha sido alterado o modificado. Si, tras aplicarlo, se genera una secuencia diferente a la inicial, el archivo habrá sido objeto de modificación (aunque ésta sea mínima). Por el contrario, si genera la misma secuencia que la inicial, podremos afirmar la no manipulación del contenido.

En suma, el *hash* no aporta información sobre el contenido, sino que se limita a afirmar o negar si ha sido alterado o modificado.

2.4. El *hash*

En *blockchain* existen dos claves criptográficas distintas, únicas y conectadas entre sí (sistema de criptografía asimétrica con dos claves³² cuyo objetivo es autenticar y proteger el contenido del mensaje encriptado). Para ello cada una de las claves cumple una función diferente. Mientras que una se encarga de encriptar el mensaje, la otra procede a desencriptar para que su contenido sea accesible para el resto de los usuarios.

La clave pública (*Public key infrastructure* o PKI) es una cadena alfanumérica de 26 a 35 caracteres que se da a conocer a los distintos usuarios, mientras que la clave privada solo la conoce su titular. La relación entre ambas claves, a pesar de que una de ellas es desconocida para el resto, permite verificar la autenticidad de la transacción de datos. Si al aplicar la clave pública se desencripta el contenido de la transacción, evidenciará que ha sido encriptado con la clave privada correlativa a la clave pública empleada y facilitada por su titular³³.

2.5. El *smart contract*

La implementación de los llamados contratos inteligentes (*smart contracts*) en la cadena de bloques, esto es, secuencias de código informático que ejecutan automáticamente las instrucciones preestablecidas si se producen las condiciones codificadas, posibilita la transmisión de los cripto activos de forma casi inmediata entre dos carteras virtuales (*wallets*) a la vez que se garantiza la inmutabilidad y la seguridad de la transacción.

32. J. W. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, *Derecho de Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*, pp. 36 y ss.

33. A. ALBARQUI, E. ALZAID, F. AL GHAMDI, S. ASIRI, J. KAR, J., «Public Key Infrastructure: A Survey», *Journal of Information Security*, 6, pp. 2015, 31-37, disponible en <http://dx.doi.org/10.4236/jis.2015.61004>.

Esa transmisión de cripto activos o *tokens* puede suponer, a su vez, la transmisión automática del dominio o de otros derechos (reales o de crédito) sobre bienes y, de esta manera, se produce la llamada *tokenización*, entendida como la transformación y representación de un activo o bien en una expresión de datos únicos dentro de una cadena de bloques mediante su conversión en un cripto activo.

2.6. El DLT como espacio organizado de contratación

Generalmente, se asocia la tecnología de registro distribuido con el *blockchain*. Un *distributed ledger* (DLT) es un libro mayor que se comparte, replica y sincroniza de forma distribuida.

El DLT puede, por tanto, definirse como «aquella tecnología que permite que grandes grupos de nodos en las redes del libro mayor distribuido se pongan de acuerdo y registren información sin necesidad de una autoridad central³⁴».

2.7. Los *wallet*

Dentro del universo de los criptoactivos juegan un papel fundamental los *wallet* (billetera o cartera) donde los usuarios almacenan sus criptoactivos, herramienta necesaria para disponer de los mismos, dada la naturaleza descentralizada de la red en la que operan. A pesar de su nomenclatura (e inevitable comparación con las billeteras comunes), los *wallets* lo que almacenan son las claves criptográficas, públicas y privadas, sobre las que se basa la *blockchain* para generar y operar los criptoactivos.

3. CLASES DE TOKEN

No todos los *tokens* son iguales entre sí, ni, por lo tanto, les corresponde el mismo tratamiento legal, pues pueden distinguirse distintos tipos de *token* atendiendo a diferentes criterios.

Se pueden distinguir *token* cuya finalidad es actuar como medio de cambio o pago (*currency tokens*) o crear derechos de crédito a prestaciones o bienes ofrecidos por el emisor (*utility token*), o representar derechos reales o de crédito existentes (*asset-backed token*).

34. H. OUL YOUM, M. YEON KIM, S. HURWITZ, «Distributed ledger technology terms and definitions. ITU-T», *Focus Group on Application of Distributed Ledger Technology*, agosto, 2019, disponible en <https://www.itu.int/en/ITU-T/focusgroups/dlt/Documents/d11.pdf>.

Los *currency tokens* o criptomonedas, como bitcoin o ether, buscan poder ser utilizados como método de pago universalmente y para las transacciones cotidianas.

Los *utility tokens* son similares a las criptomonedas, pero dan especialmente la posibilidad de adquirir bienes y disfrutar de servicios de la empresa o plataforma que los ha emitido a través de una ICO, esto es, de una oferta pública masiva de adquisición de *tokens*.

La denominación *security token* hace referencia a fichas digitales que contienen un valor: es similar a un certificado digital de una acción de una sociedad. Se espera mantenerlos con el tiempo con la confianza de que se revaloricen si la empresa va mejor una vez acabada la ICO. La empresa puede repartir dividendos y aquí radica su interés, más que en el derecho a adquirir de ella bienes y servicios, por lo que a sus titulares se les considera inversores, más que adquirentes (como lo son los de *utility tokens*).

Los *asset-backed tokens* posibilitan la adquisición de un bien físico. En este último caso, el *token* tiene un valor concreto y único (no fungible) equivalente al bien físico que representan. No confía su valor en una mera especulación (como los *currency tokens*), sino que su valor es tangible. También lo es en caso de representar un porcentaje sobre el inmueble, pero en este caso los *tokens* sobre ese bien son fungibles entre ellos, F-NFT, a no ser que incorporen otras utilidades diferentes para sus titulares.

Por último, se llaman *reward tokens* al *token* que regalan algunas plataformas para fomentar el uso de sus criptomonedas. En algunos casos pueden contener derechos a servicios (como los *utility tokens*) o pueden dar derecho a convertirse en criptomonedas.

En lo que se refiere al objeto susceptible de ser *tokenizado*, pueden serlo tanto bienes digitales como bienes físicos, muebles o inmuebles (arts. 333 y ss. CC). Lo que se *tokeniza* pueden ser los bienes o derechos sobre los mismos, como el derecho de propiedad o un derecho de naturaleza crediticia contra su titular (ej., derecho a exigir rendimientos a cambio de haberle prestado un dinero adquiriendo *tokens*).

Por el hecho de ser o no sustituibles por otros se distingue entre *token fungibles* o FT (del inglés *fungible token*) que se caracterizan porque pueden ser intercambiados por otros FT o por otras cosas. Un ejemplo son las criptomonedas, como el bitcoin o el ether. Normalmente están basados en el estándar ERC-20. Los *tokens* no fungibles (NFT) no pueden dividirse ni

cambiarse entre sí. Están basados en el estándar ERC-721, que permite crear *tokens* únicos. Los F-NFT, o *tokens* no fungibles fraccionados serían un híbrido en el que el *token* no fungible (estándar ERC-721) se divide en varios *tokens* fungibles entre sí basados en el estándar ERC-20.

IV. EL NFT COMO INSTRUMENTO PARA COMERCIALIZAR ARTE

1. LEGISLACIÓN APLICABLE

A día de hoy, la emisión de los FT o NFT y su transmisión no se basa en Derecho privado nacional alguno. Se basa en el *Code* o *lex chrypographica*: las reglas del código informático que los crea y los hace funcionar, basado usualmente en algoritmos *if-then-else*³⁵.

Para los creadores de la tecnología en la que se sustentan, los *tokens* no precisan ninguna intervención legislativa, pues *Code is Law*, en cuanto resuelve todas aquellas cuestiones que una intervención legislativa podría abordar. Es decir, los *tokens* no requieren legislación porque su código es su Ley. El código es, en última instancia, la arquitectura de Internet y, como tal, es capaz de restringir las acciones de un individuo a través de medios tecnológicos imponiendo las reglas para la utilización de la tecnología y para la realización de las transacciones a través de los *smart contracts*.

Pero de aceptar la premisa de que el código es la ley de los cripto activos, nos encontraríamos con una regulación que tendría su origen en actores privados. La ventaja de esta regulación reside en que, a diferencia de las reglas legales tradicionales que simplemente estipulan lo que las personas deben o no deben hacer, las reglas técnicas determinan lo que las personas pueden o no pueden hacer antes de ejecutar una acción, lo que elimina la necesidad de intervención de cualquier autoridad a fin de sancionar a quienes infringieron la ley. Es decir, en lugar de depender de la aplicación de las reglas *ex post* por

35. Señala Nasarre que los *tokens* solo dependen de la *lex chrypographica*, es decir, de lo que está escrito en los códigos informáticos, para organizar la actividad económica y social. «La *lex chrypographica* relacionada con los *tokens* abarca también la regla de creación de los *tokens*, de su transmisión, de su disfrute y contenido, de su forma y, eventualmente, de su extinción. También podría llegar a fijar cómo se deben gravar y plantean el reto de cómo transmitirlos mortis causa. Puede incluso establecer mecanismos de resolución de conflictos en caso de que existan y puede establecer las reglas del ejercicio de los derechos que conllevan». S. NASARRE AZNAR, «Naturaleza jurídica y régimen civil del token en “blockchain”», en *La tokenización de bienes en blockchain*, op. cit., p. 6.

parte de terceros, las reglas del *code* se aplican *ex ante* evitando el conflicto. Además, a diferencia de las disposiciones legales, de difícil interpretación y aplicación, las reglas técnicas están altamente formalizadas y dejan poco o ningún espacio para la ambigüedad, eliminando de nuevo la necesidad de intervención de los tribunales. Se cita como ejemplo de la eficacia a los esquemas de gestión de derechos digitales (DRM)³⁶ que restringen el uso de obras protegidas por derechos de autor.

Sin embargo, como señalan Hasab y De Filippo, confiar en herramientas tecnológicas y reglas basadas en códigos como un medio para regular la sociedad, si bien genera una variedad de beneficios como la capacidad de automatizar la ley y hacer cumplir las reglas *ex ante*, también presenta inconvenientes importantes. Por un lado, a diferencia de las normas jurídicas tradicionales que deben ser apreciadas por un juez y aplicadas caso por caso, las normas basadas en códigos están escritas en el lenguaje rígido y formalizado sin margen para la flexibilidad. Por otro lado, su implementación por las plataformas depende en última instancia de elecciones específicas de sus operadores y de los ingenieros de *software*, que buscan promover o prevenir un determinado tipo de acciones. Por tanto, el código no es neutral, sino inherentemente político pues tiene importantes implicaciones sociales, en la medida en que podría respaldar ciertas estructuras políticas o facilitar ciertas acciones y comportamientos sobre otros³⁷, lo que en ningún modo puede dejarse en manos de sujetos privados.

«Una cosa es el código, en sentido tecnológico, y otra cosa es la norma, en sentido jurídico»³⁸. La Ley puede condicionar el uso de la tecnología³⁹,

-
36. El DRM (*digital rights management*) es un término que se refiere a las tecnologías de control de acceso usadas por editoriales y titulares de derechos de autor para limitar el plagio de sus obras (literatura, música, películas...). Existen diferentes mecanismos de DRM, pero en general permiten detectar quién accede a cada obra, cuándo y bajo qué condiciones, comunicando esta información al propietario. Autorizan o deniegan el acceso a la obra de acuerdo a condiciones que pueden ser cambiadas unilateralmente, y cuando autorizan el acceso lo hacen bajo condiciones restrictivas que son fijadas también unilateralmente.
 37. «Just like any other technological artifact, code is not neutral, but inherently political: it has important societal implications, insofar as it might support certain political structures or facilitate certain actions and behaviors over others». S. HASAN, P. DE FILIPPI, «The Expansion of Algorithmic Governance: From Code is Law to Law is Code», *Field Actions Science Reports*, n.º 17, 2017, pp. 88-90.
 38. J. A. GARCÍA GARCÍA, *Régimen jurídico civil de los cripto activos*, Editorial Colex, A Coruña, 2022, p.46.
 39. A finales de septiembre de 2021 el Banco Central Chino declaró ilegal toda actividad con criptomonedas por considerarlas un problema para su seguridad nacional y para

y puede también limitar la aplicación del código, desde el momento en que establece reglas sobre la capacidad para transmitir derechos y sobre la validez y eficacia de las transmisiones. Por tanto, las reglas del *Code* pueden entrar en conflicto con las reglas de creación y transmisión de derechos de acuerdo con el Derecho privado, por lo que el Derecho deberá intervenir cuando se genere un conflicto entre el emisor o el titular del *token* y terceros que, por ejemplo, que tengan derechos incompatibles con los que tiene el emisor o el titular del *token* fuera del mundo digital.

Es por ello que, respetando el principio de neutralidad tecnológica, es decir, intentando mantenerse neutral para evitar que la existencia de un marco legal que imposibilite o dificulte el desarrollo de la tecnología, distintos legisladores han acometido la tarea de regular la utilización de cripto activos.

En el ámbito de la Unión Europea, dentro del marco de la denominada estrategia para las finanzas digitales (*digital finance package*), deben destacarse la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los mercados de cripto activos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (propuesta MICA)*⁴⁰. En ella se explican las directrices que deben guiar la elaboración de esta legislación. Es preciso (considerando 8) que la legislación que se adopte en el ámbito de los criptoactivos sea específica, tenga visión de futuro y esté preparada para seguir el ritmo de la innovación y los avances tecnológicos. Para ello, los «criptoactivos» y la «tecnología de registro descentralizado» deben definirse de la manera más amplia posible, a fin de abarcar todos los tipos de criptoactivos que actualmente quedan fuera del ámbito de aplicación de la legislación de la Unión en materia de servicios financieros. Igualmente, la legislación que se adopte ha de contri-

la seguridad de los «activos de sus ciudadanos». La única divisa digital permitida será el yuan digital. Ello excluye, *de facto*, la posibilidad de que en China se creen y comercialicen NFT en la plataforma Ethereum y en las otras plataformas donde los pagos se verifican con ethers. «Con esta decisión China pretende proteger su soberanía digital, siendo la primera potencia que toma una decisión al respecto. Para el Banco Popular, el aumento en el uso de criptomonedas ha causado problemas en el “orden económico y financiero” y ha provocado la proliferación de actividades delictivas como “el lavado de dinero”, recolección ilegal de fondos, fraude y estafas piramidales». «China prohíbe toda actividad vinculada a las criptomonedas», *El País*, 24/09/2021, disponible en <https://elpais.com/economia/2021-09-24/china-prohibe-toda-la-actividad-vinculada-a-las-criptomonedas.html>.

40. Junto con el Reglamento (UE) 2022/858 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2022, sobre un régimen piloto de infraestructuras del mercado basadas en la tecnología de registro descentralizado y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 600/2014 y (UE) n.º 909/2014 y la Directiva 2014/65/UE.

buir al objetivo de luchar contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Por tanto, es necesario que la definición de criptoactivos se corresponda con la definición de «activos virtuales» establecida en las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)⁴¹. Por otro lado, y con miras a la protección de los consumidores, uno de los objetivos del Reglamento es establecer un deber de informar a los posibles compradores de las características, las funciones y los riesgos de los criptoactivos que se propongan adquirir⁴².

El artículo 3 de la Propuesta de Reglamento define los criptoactivos como una *representación digital de valores o derechos que pueden transferirse y almacenar electrónicamente, mediante la tecnología de registro descentralizado o una tecnología similar*. Ahora bien, pese a que los NFT pueden incluirse dentro del concepto de criptoactivo del artículo 3, lo cierto es que en el artículo siguiente (el art. 4) al regular las ofertas públicas de criptoactivos, distintos de fichas referenciadas a activos o fichas de dinero electrónico (entre los que se incluirían los NFT), y la admisión a negociación de dichos criptoactivos en plataformas de negociación, excluye de la obligación de elaborar, notificar y publicar un «libro blanco» a c) *los criptoactivos que sean únicos y no fungibles respecto de otros criptoactivos*.

Tal exclusión tendría su explicación en que la finalidad del futuro Reglamento es armonizar la regulación de ciertos criptoactivos, los *tokens de dinero electrónico* (que define como un tipo de cripto activo cuya principal finalidad es la de ser usado como medio de intercambio y que, a fin

41. GAFI, *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation* [Normas internacionales sobre la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y la proliferación], disponibles en www.fatf-gafi.org/recommendations.html.

42. La propuesta MICA establece en su considerando 14 que, a la hora de ofertar públicamente criptoactivos en la Unión o solicitar su admisión a negociación en una plataforma de negociación de criptoactivos, los emisores han de elaborar, notificar a su autoridad competente y publicar un documento, denominado *Libro blanco de criptoactivos*, que contenga la información de divulgación obligatoria. El *Libro blanco de criptoactivos* ha de incluir información de carácter general acerca del emisor, el proyecto que se pretenda llevar a cabo con el capital obtenido, la oferta pública de criptoactivos o su admisión a negociación en una plataforma de negociación de criptoactivos, los derechos y obligaciones asociados a los criptoactivos, la tecnología subyacente empleada en relación con tales activos y los riesgos correspondientes. A fin de garantizar un trato justo y no discriminatorio de los titulares de criptoactivos, la información contenida en el libro blanco y, en su caso, en las comunicaciones publicitarias relacionadas con la oferta pública debe ser imparcial, clara y no engañosa.

de mantener un valor estable, se referencia al valor de una moneda fiat de curso legal), *los tokens referenciados a activos* (cripto activos que, a fin de mantener un valor estable, se referencia al valor de varias monedas fiat de curso legal, una o varias materias primas, uno o varios cripto activos, o una combinación de dichos activos) y los *token de servicios* utilizados para dar acceso digital a un bien o un servicio y aceptado únicamente por el emisor de la ficha en cuestión.

En todos los casos se trata de *token* fungibles y de marcado carácter financiero. El legislador comunitario parece distinguir entre criptoactivos que representan valores y el resto de los criptoactivos (NFT, *asset-backed tokens*, etc.) considerando que estos últimos pueden tener un uso financiero muy limitado. Lo cierto es que esto no parece acertado, pues el mercado actual de NFT tiene un alto carácter especulativo, por lo que los compradores de estos activos digitales podrían quedar expuestos a los riesgos inherentes a las inversiones en otro tipo de criptoactivos que sí vienen regulados en la propuesta MiCA, «perdiéndose así la oportunidad de lograr una mayor protección contra el fraude, los ciberataques o la manipulación del mercado, aunque es cierto que el texto todavía puede sufrir modificaciones en este sentido»⁴³.

Por otro lado, si la razón de la exclusión de los NFT del ámbito de aplicación de la propuesta MICA se basa en el carácter no fungible de los NFT respecto del carácter fungible de los criptoactivos incluidos, lo que podría deducirse de los términos empleados para describir la exclusión («*que sean únicos e infungibles respecto de otros cripto activos*»), podría plantearse su aplicación a los llamados NFT fraccionados (F-NFT). Dichos NFT serían infungibles respecto del resto de *tokens*, pero serían fungibles entre ellos al haber más de uno con iguales características⁴⁴.

En todo caso, el legislador europeo parece distinguir entre criptoactivos que representan valores y los criptoactivos representativos de derechos (*asset-backed tokens*), en línea con lo hecho previamente por el legislador francés al regular los *jeton* (*token*) como categoría de los activos digitales (*actifs numériques*) en el *Code monétaire et financier*, tras la reforma introducida por la ley n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises. En la nueva regulación se distinguen dos grandes tipos de

43. G. ESPUGA TORNÉ, «Régimen jurídico de los tokens no fungibles (NFT). Breve referencia a su posible consideración como valores negociables», *Derecho Digital e Innovación*, n.º 12, 2022, p. 8.

44. G. ESPUGA TORNÉ, «Régimen jurídico de los tokens no fungibles...», *op. cit.*, p. 8.

activos, los *jetons (token)* y las monedas digitales o criptomonedas. *Jeton* es todo bien incorporeal representativo, bajo formato digital, de uno o varios derechos, que puede ser emitido, inscrito, conservado o transferido a través de un dispositivo de registro electrónico distribuido que permite identificar, directa o indirectamente, al propietario de dicho bien.

Parece acertada la postura adoptada por el legislador europeo y el francés. Los NFT, como *asset backed tokens*, representan o incorporan un bien o derecho existente, físico o digital, frente a las monedas digitales o criptomonedas que básicamente representan un valor. La separación de estas dos clases de criptoactivos puede facilitar su análisis y su regulación.

En la legislación española, aparte de la referencia general a los activos digitales en la normativa protectora del consumidor y en la legislación de blanqueo de capitales⁴⁵, no existe una regulación específica sobre NFT. Deben destacarse, no obstante, dos alusiones recientes: una a propósito de normativa aplicable a criptoactivos de inversión, la otra explícitamente sobre NFT.

La primera está la contenida en la Circular 1/2022, de 10 de enero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, *relativa a la publicidad sobre criptoactivos presentados como objeto de inversión*, cuyo objetivo es la regulación de las actividades publicitarias sobre este tipo de criptoactivos, cuando dicha actividad se dirija a inversores en España. Ahora bien, como la propuesta MICA, la norma 2. d) de la Circular excluye expresamente de su ámbito de aplicación a la publicidad sobre criptoactivos que sean únicos y no fungibles con otros criptoactivos, cuando aquellos representen activos coleccionables, obras con propiedad intelectual o activos cuyo único fin sea su utilización en juegos o competiciones, de forma que no sean ofrecidos masivamente como mero objeto de inversión.

Por tanto, la excepción está limitada a tres tipos de NFT, esto es, coleccionables, obras con propiedad intelectual o aquellos que tengan por finalidad ser utilizados en juegos o competiciones, cuando no se ofrezcan de manera

45. Tras la aprobación de la conocida como V Directiva de Blanqueo de Capitales, los proveedores de servicios de cambio de monedas virtuales por monedas fiduciarias y los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos pasaron a ser sujetos obligados en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. En 2021, España transpuso la V Directiva de Blanqueo de capitales y, desde entonces, las actividades de estos proveedores en territorio nacional se encuentran sometidas a la regulación española en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

masiva como mero objeto de inversión. Lo cierto es que, como ya hemos señalado más arriba, los NFT aún referidos al mundo del arte y protegidos como tales por derechos de propiedad intelectual, son adquiridos en muchas ocasiones como objeto de inversión, lo que es lógico dada el alto valor alcanzado por alguno de ellos. Por ello resulta cuestionable que no resulten de aplicación las normas de circular aun cuando no se ofrezcan expresamente al público como objeto de inversión. Por otro lado, se reitera la duda sobre la Circular 1/2022 de si sería aplicable a los F-NFT.

La segunda alusión a los NFT se encuentra en la Consulta Vinculante V 0486-22, de 10 de marzo de 2022.

El consultante es una persona física que se dedica a la venta de ilustraciones transformadas mediante Photoshop (transformación de fotografías elaborando piezas únicas) mediante una subasta por Internet. No obstante, el objeto de la venta no son las ilustraciones en sí, sino un NFT.

La DGT considera que los NFT objeto de consulta no participan de la naturaleza de las criptomonedas y demás divisas digitales *al no configurarse como divisas ni tratarse de bienes fungibles*. Además, va a manifestarse en esta consulta tanto sobre la naturaleza de los NFT como sobre su estructura, pronunciándose sobre la relación entre el *token* y el activo subyacente y sobre una de las cuestiones más complejas de las NFT: ¿Qué es lo que se transmite y se adquiere con el token?

La DGT define los NFT como «*certificados digitales de autenticidad que, mediante la tecnología blockchain (la misma que se emplea en las criptomonedas) se asocia a un único archivo digital. Por tanto, los NFT actúan como activos digitales únicos que no se pueden cambiar entre sí, ya que no hay dos iguales*».

En cuanto al proceso de creación de los NFT, señala que «parece que una vez generado el correspondiente archivo digital (imagen o video, por ejemplo), se subiría este a una plataforma, en la que, a través de la tecnología blockchain, tiene lugar la generación del NFT. De esta forma, parecen existir dos activos digitales con entidad propia, esto es, por un lado, el archivo digital subyacente y, por otro, el “token no fungible” o NFT que representaría la propiedad digital del archivo digital subyacente».

Activo subyacente de un NFT, puede ser «todo aquello que pueda representarse digitalmente tales como una imagen, un gráfico, un vídeo, música o cualquier otro contenido de carácter digital, incluso obras de arte como pueden ser, en su caso, las que son objeto de consulta».

Señala también dos afirmaciones importantes. La primera que «cabe destacar, no obstante, que lo que va a ser objeto de transmisión, a través de las correspondientes plataformas en línea, es el propio NFT y no el archivo digital subyacente». La segunda que parece que tampoco procedería la calificación de la venta de los *tokens* objeto de consulta «como entregas de bienes dado que parece que, en todo caso, el bien subyacente no será la propia fotografía digital como bien corporal existente, de forma que la tenencia del NFT no parece dar derecho, en su caso, a la adquisición de dicho bien corporal, sino que el bien subyacente parece que tiene, igualmente, carácter digital».

Concluye la DGT en consonancia con lo hasta ahora expuesto que, «en definitiva, el objeto de la transacción parece consistir en el propio certificado digital de autenticidad que representa el NFT sin que tenga lugar la entrega física del archivo de imagen ni del propio archivo digital asociado al mismo».

Esta última afirmación nos lleva a examinar el principal problema que plantea la figura de los NFT, que es la de determinar su contenido, esto es, lo que se adquiere cuando se compra un NFT. Para ello parece preciso concretar previamente su calificación o naturaleza jurídica.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS NFT

Los NFT son *token*, esto es, activos digitales encriptados que representan derechos, en contraposición a activos digitales encriptados que representan un valor⁴⁶.

46. Parece acertada la decisión del legislador francés, y en cierta medida del legislador de la UE, de separar los conceptos de criptomoneda y *jeton* (o *token*), una distinción que también es aceptada en la doctrina española. Moisés Barrio distingue entre criptomonedas y *token*. Las criptomonedas son los criptoactivos que están diseñados para desempeñar las funciones de la moneda, es decir, para funcionar como medio de intercambio de uso general, depósito de valor o unidad de cuenta. «Su finalidad es convertirse en una alternativa a las monedas de curso legal, pero por el momento sin un subyacente físico que le respalde ni tampoco un reconocimiento legal como dinero. Los tokens son una representación digital protegida criptográficamente de bienes físicos, derechos, otros bienes digitales (por ejemplo, una licencia de uso de una plataforma musical) o servicios, que ofrecen a sus titulares ciertos derechos económicos, de gobernanza o consumo. El token representa un derecho a cierto activo o prestación, las criptomonedas que algunos llaman token de cambio –o token de pago– no incorporan derechos o facultades intrínsecas. Esa terminología introduce confusión en una materia ya de por sí con muchos claros y oscuros». M. BARRIO ANDRÉS, «Concepto y clases de criptoactivos», en *Criptoactivos. Retos y desafíos*, La Ley, Walters Kluwer, 2022, p. 53.

El Tribunal Supremo en relación a criptoactivos de valor, esto es, respecto de criptomonedas, se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídica del bitcoin, en la STS, n.º 326/2019, de 20 de junio, Ponente Llarena Conde, en la que resuelve el recurso de casación interpuesto por un condenado por la Audiencia Provincial de Madrid por un delito continuado de estafa. En la sentencia el Tribunal define el *bitcoin* como «un activo patrimonial inmaterial, en forma de unidad de cuenta definida mediante la tecnología informática y criptográfica, cuyo valor es el que cada unidad de cuenta o su porción alcance por el concierto de la oferta y la demanda en la venta que de estas unidades se realiza a través de las plataformas de trading Bitcoin».

El Tribunal Supremo habla de activos inmateriales, pero no resuelve sobre la calificación que dichos activos merecen en nuestro Derecho.

Partiendo de que el término *cosa* se refiere a todo lo que puede ser adquirido o transmitido por estar «*dentro del comercio*» (art. 1271 CC), y por revestir alguna utilidad o aprovechamiento para el hombre, se puede considerar que los activos digitales son cosas que, por ser susceptibles de apropiación, son *bienes*. Lo importante, lo que caracteriza a las cosas es, como dice el Código Civil, su *apropiabilidad o transmisibilidad*, «lo cual viene a ser lo mismo, dicho de otra manera, que su capacidad para ser integradas en un patrimonio» (arts. 659, 1347 CC, entre otros)⁴⁷. En el mismo sentido se afirma que «la palabra genérica bienes del art. 333 comprende todas las cosas o elementos patrimoniales, corporales o incorporeales, susceptibles de apropiación y transmisión» (STS de 26 de febrero de 1979, RJ 1979, 5251)⁴⁸.

Los NFT son activos digitales encriptados. Partiendo de que la tecnología empleada para la creación del NFT convierte al mismo en una cosa que proporciona una ventaja o utilidad y que es susceptible de apropiación en cuanto se puede transmitir y adquirir integrándose en el patrimonio del titular, podríamos concluir que los NFT son bienes (art. 333 CC), de los que pueden predicar las siguientes características:

47. A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2.ª ed., 2006, p. 495.

48. «Cosa es aquella entidad de naturaleza impersonal, que tenga su propia individualidad, y sea susceptible como un todo, de dominación patrimonial constitutiva de un derecho independiente: o sea, que la acepción genérica de la palabra bienes comprende todas las cosas de las que los hombres se sirven o ayudan: muebles o raíces, corporales o incorporeales, fungibles o no fungibles» (STS de 26 de febrero de 1979, RJ 1979, 5251).

2.1. Su consideración como bien mueble incorporal

Los NFT pueden calificarse de bienes muebles en cuanto, como señala, el artículo 335 CC, «se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior», esto es, los que no pueden calificarse como bienes inmuebles.

Es importante señalar que la doctrina distingue varios tipos de bienes muebles: los que lo son por naturaleza y los que lo son por analogía. En esta categoría se suele incluir un conjunto heterogéneo y bastante extenso de objetos de derechos entre los que se encuentran las cosas inmateriales, susceptibles de propiedad intelectual e industrial, o las sustancias intangibles (como el gas o la electricidad), así como ciertos derechos patrimoniales que no recaen sobre bienes muebles, como los títulos valores.

2.2. Su carácter fungible

La *fungibilidad*, característica esencial de los NFT, está definida en nuestro derecho en el artículo 337 del CC, conforme al cual los bienes muebles son fungibles o no fungibles. «A la primera especie pertenecen aquellos de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman; a la segunda especie corresponden los demás».

Unánimemente la doctrina ha entendido que este artículo tiene un error de concepto al confundir la cualidad de fungible con la de consumible. Es posible que una cosa sea consumible, pero no que no sea fungible, o viceversa. El carácter de consumible viene determinado por el uso, el cual supone que a través del mismo la cosa quede extinguida o desaparezca. El carácter de bien fungible viene determinado por su susceptibilidad de ser medido o contabilizado por su peso o cantidad o calidad y, además, por su susceptibilidad de ser sustituido por otro semejante. Cosas fungibles son las que pueden ser sustituidas o reemplazadas «sin mengua para la relación jurídica en la que son objeto por coexistir una pluralidad de ellas con condiciones homogéneas, indiferentes y equivalentes, y, en consecuencia, sustituibles entre sí. El carácter no fungible de una cosa se atribuye en función de cualidades individuales que dan a la cosa una especial impronta o valor⁴⁹.

49. M. M. KARRERA EGIALDE, «Artículo 337. Bienes fungibles o no fungibles», en *Código civil comentado* (dir. A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, vol. I; p. 1379.

Hay *tokens* fungibles y no fungibles. No obstante, conviene hacer una precisión. Técnicamente cada *token* es único, ya que por su proceso de encriptación cada uno tiene un *hash* diferente (una secuencia de letras y números hexadecimal única resultante de aplicar un algoritmo a un determinado archivo digital), por lo que desde este punto de vista todo *token* sería no fungible. Por ello la distinción entre un *token* fungible o no fungible debería hacerse atendiendo al activo que representa. Las criptomonedas, *token* de valor, son claramente fungibles (pueden ser reemplazadas por otras de la misma especie o calidad). Los NFT, por el contrario, en cuanto representan un activo subyacente único (por ejemplo, una obra de arte imposible de reemplazar por sus cualidades individuales que le dan un especial valor), debe ser considerado un bien infungible.

Ahora bien, cuando un *token* no fungible se fracciona (F-NFT), el activo subyacente pierde esas cualidades. En consecuencia, parece acertado concluir que, pese a que se hable de NFT fraccionado, cada una de las partes resultantes de la división del NFT tendrá el carácter de bienes fungibles. Es cierto que en tales casos las fracciones resultantes se asemejan a los valores negociables⁵⁰ (a ello ayuda que, como vimos, en Ethereum al propietario del F-NFT se le llame accionista). Entiende Espuga Torné que «en el caso de que, con el fraccionamiento de la propiedad de la obra de arte física mediante la creación de NFT, se tenga el propósito de crear instrumentos capaces de ser negociados en un mercado secundario para proporcionar liquidez a los titulares, en ese caso, sí podríamos estar hablando de que constituyen valores. Por tanto, el fraccionamiento para proporcionar negociación y liquidez, utilizando, realmente, un token fungible para representar el fraccionamiento del NFT, se podrá calificar como valor»⁵¹. La consecuencia práctica sería que a los T-NFT les sería de aplicación lo dispuesto en la Circular 1/2022, de 10 de enero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, *relativa a la publicidad sobre criptoactivos presentados como objeto de inversión*, cuyo objetivo es la regulación de las actividades publicitarias sobre este tipo de criptoactivos, cuando dicha actividad se dirija a inversores en España

50. Definidos en el artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores (LMV), como «cualquier derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea su denominación, que, por su configuración jurídica propia y su régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero».

51. Señala este autor que, «en esta línea, la Comisión de Bolsa y Valores de EEUU (SEC) está examinando a distintos emisores de NFT y a los Marketplace que los comercializan para determinar si estos criptoactivos constituyen o no valores y, por tanto, deben someterse a la legislación que regula los mismos». G. ESPUGA TORNÉ, «Régimen jurídico de los tokens no fungibles...», *op. cit.*, pp. 10 y 11.

3. ¿QUÉ SE TRANSMITE Y SE ADQUIERE CON EL TOKEN?

Los NFT son *tokens* representativos de derechos sobre bienes digitales, por ello en los NFT se pueden distinguir dos activos: el propio *token* y el archivo digital que representan, que se suele denominar activo digital subyacente, y que cuando representa una obra de arte hay que entender referido, como vimos, a su soporte digital y no a la obra en sí.

Esta afirmación no parece discutible en cuanto ambos elementos se pueden diferenciar claramente. Lo que es discutible es el contenido del *token*, esto es, el derecho o derechos que atribuye a su titular.

El NFT se puede configurar como un simple certificado o ficha de manera que lo que adquiere el comprador del NFT es la clave criptográfica privada que descripta el *token* y permite acceder al NFT.

Es posible también que el NFT se configure de manera que atribuya la propiedad u otros derechos sobre el activo digital subyacente. En tal caso el adquirente del NFT no solo adquiere la clave criptográfica privada, adquiere también derechos sobre el soporte digital de la obra de arte y puede también adquirir derechos sobre el bien corporal o físico sobre el que aquel soporte se generó (por ejemplo, la propiedad del cuadro digitalizado). En estos casos, el NFT funciona como un *asset-backed token*.

Como ya hemos señalado, la DGT y buena parte de la doctrina⁵² defiende, que lo que va a ser objeto de transmisión, a través de las correspondientes plataformas en línea, es el propio NFT y no el archivo digital subyacente. Respecto de esta afirmación se pueden hacer distintas consideraciones. La primera, que de ser cierta lo que adquiere el comprador de un NFT, y a lo que se limita el contenido de su derecho, es a la clave criptográfica privada que descripta el NFT. La adquisición de un NFT equivaldría a la compra

52. «Las indicaciones de que el NFT sirve para crear un registro inmutable de propiedad y autenticidad, no son del todo ciertas puesto que, a pesar que las transacciones sobre el propio NFT son inmutables y verificables a través de la tecnología blockchain y la autenticidad de ese NFT y de las transacciones sobre el mismo son igualmente comprobables y públicas, no otorgan ningún derecho de propiedad ni de propiedad intelectual sobre el activo subyacente salvo que así se haya acordado entre las partes, ni mucho menos otorgan un certificado de autenticidad sobre el activo subyacente. El NFT, de hecho, sin negar todas sus bondades, no tiene un vínculo legal entre el token y el activo subyacente, pues la transmisión del mismo no supone, por sí misma, la transmisión del bien que representa». G. ESPUGA TORNÉ, «Régimen jurídico de los tokens no fungibles...», *op. cit.*, p. 10 y ss.

de una certificación del Registro de la Propiedad con su información sobre los datos registrales y la titularidad de un bien inmueble⁵³. De ser así no parecen justificadas las exorbitantes cifras pagadas por algunos NFT y la misma categoría de los NFT perdería la que puede ser su más importante funcionalidad económica: ser un instrumento para la comercialización de obras de arte.

Eso tendría importantes consecuencias a la hora de determinar la finalidad y función de los NFT y la legislación que les es aplicable.

4. EL NFT COMO CRIPTOACTIVO DE INVERSIÓN O COMO CRIPTOACTIVOS DE ADQUISICIÓN DE DERECHOS

Si el NFT solo atribuye la propiedad de la clave criptográfica privada y su adquisición se desvincula de la obra de arte a la que se refiere, el NFT pierde su finalidad y función económica como instrumento para comercializar obras de arte plasmadas en soporte digital.

Su finalidad ya no es comercializar la obra de arte digital, sino adquirir la clave criptográfica privada esperando que el NFT aumente de valor. Su función quedaría limitada a ser un objeto de inversión y especulación al que sería de aplicación la normativa referida a este tipo de criptoactivos, como el «International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation» [«Normas internacionales sobre la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y la proliferación»], la propuesta de Reglamento MICA y, en nuestro Derecho, a la Circular 1/2022, de 10 de enero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, *relativa a la publicidad sobre criptoactivos presentados como objeto de inversión*.

Para que el NFT no sea considerado un simple objeto de inversión es preciso que, como regla general, la transmisión de NFT conlleve la transmisión de derechos sobre el archivo digital. Excepcionalmente, podría establecerse que la transmisión de un NFT conlleve únicamente la transmisión de la clave criptográfica, esto es, del certificado de autenticidad, lo que depende

53. «Lo que realmente se transfiere es la referencia catastral cuya anotación registral figurará a nombre del nuevo titular, pero no el bien inmueble en sí o, en términos contables, que lo que se transfiere es la propiedad sobre la anotación contable y no sobre el propio bien objeto de la transacción económica». AA. VV. (PÉREZ-LLORCA), *Web 3. Aproximación jurídica*, julio, 2022, p. 5, disponible en <https://www.perezllorca.com/wp-content/uploads/2022/07/nota-juridica-web3-1.pdf>.

en definitiva de la voluntad del emisor del NFT, pero estos casos deberían reconducirse, como hemos visto, al ámbito de los criptoactivos de carácter financiero.

V. LA IDONEIDAD DE LOS NFT PARA LA ADQUISICIÓN Y TRANSMISIÓN DE ARTE DIGITAL

Antes de comenzar el examen de esta cuestión, hay que tener en cuenta que el emisor del NFT que transmite su obra no perderá en ningún caso los derechos de propiedad intelectual que en su caso le corresponden sobre ésta, del mismo modo que el autor de un cuadro no pierde sus derechos de propiedad intelectual al vender el cuadro. Por tanto, al acuñador del NFT que sea el autor de la obra plasmada en el soporte digital, le corresponden la totalidad de sus derechos morales (incluido el derecho de reproducción, salvo que establezca otra cosa) y de sus derechos patrimoniales, lo que incluirá, en su caso, su derecho a recibir una cantidad de dinero cuando se produzcan las distintas transmisiones del NFT⁵⁴.

-
54. Aunque este trabajo no pretende realizar un estudio en profundidad de las derechos patrimoniales y morales del autor de la obra de la que deriva el soporte digital que se encripta, merece la pena detenerse en el derecho de participación o *droit de suite*, que está regulado en España en el artículo 24 TRLPI como el *derecho* «a recibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice tras la primera cesión realizada por el autor». La generación del derecho de participación está condicionada por la venta del soporte material de un ejemplar de obra de arte gráfica o plástica, tales como los cuadros, *collages*, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapices, cerámicas, objetos de cristal, fotografías y piezas de videoarte. En este sentido, la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, indica en su Considerando 2 que «el objeto del derecho de participación es la obra material, a saber, el soporte al que se ha incorporado la obra protegida». Por tanto, el autor del NFT tendrá derecho a cobrar una participación cuando se venda el NFT solo si interpretamos que el soporte digital es equiparable al soporte material, y, en todo caso, estará condicionada a que existe una identificación entre el NFT y el soporte digital como cosa objeto de una transacción, esto es, que con la transmisión de la propiedad del NFT se transmita el activo subyacente, el soporte digital de la obra que origina el derecho de participación. Solo entonces se podrá entender que surge el derecho de participación en idénticas condiciones a como lo hace en una transacción de una obra en soporte físico. Por el contrario, cuando el NFT sea una mera representación de una obra, la clave criptográfica o certificado, que no incorpora la propiedad del soporte digital, se puede entender que no habría derecho de participación al no concurrir el requisito de venta del soporte que inequívocamente exige la normativa. En este sentido, AA. VV. (PÉREZ-LLORCA), *Web 3...*, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

En este sentido, parece lógico que la transmisión del NFT lleve aparejada la transmisión del soporte digital y también, en su caso, la transmisión del bien físico representado en ese soporte. Esto último permitiría la transmisión de la obra de arte física y no solo su representación digital, favoreciendo la comercialización de obras de arte a artistas, galeristas, marchantes o casas de subastas, ampliando infinitamente las posibilidades de comercialización de su obra, ya que los NFT les permite acceder a plataformas especializadas en venta de arte y ofrecer a los posibles adquirentes certificados de autenticidad de las obras que comercializan.

Pero es posible que un NFT se acuñe por sujetos que no sean autores de la obra, pero que tengan los derechos de reproducción sobre la misma (museos, galeristas, gestores de patrimonio histórico, etc.). En tales casos, lo que interesa a los adquirentes es poder adquirir el soporte digital de la obra, su copia digital, de alta calidad técnica. A cambio los acuñadores podrán ingresar dinero para la conservación de sus fondos.

No obstante, hay que tener presente que para que la venta del NFT lleve aparejada la transmisión de la obra subyacente, ya sea solo su representación o soporte digital, ya incluya también la obra física representada, es preciso partir de un presupuesto. Es preciso que la transmisión del NFT permita la adquisición de la propiedad del activo subyacente conforme con lo previsto en nuestra legislación civil. Ello obliga a examinar las posibles inconvenientes jurídicos y técnicos que puedan impedir la transmisión de ese derecho de propiedad, lo que puede llegar a ser extremadamente complejo, dadas las características propias del medio digital en el que se va a operar la transmisión.

1. PRESUPUESTOS JURÍDICOS PARA LA ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD DE UNA OBRA DE ARTE A TRAVÉS DE UN NFT

1.1. La titularidad del derecho de reproducción de la obra de arte

El primer presupuesto será, como es lógico, que el NFT haya sido emitido o acuñado por un sujeto que ostente las facultades precisas para emitir el NFT y para disponer de la obra de arte digital (artículos 1261 y ss. y 1457 y ss. CC).

En efecto, la creación del NFT se lleva a cabo por un sujeto a través de una plataforma, que, a cambio de una contraprestación monetaria, procederá al proceso de encriptación, generando mediante la tecnología *blockchain* el certificado digital de autenticidad asociado al activo digital subyacente. Por

tanto, el sujeto que acuña el NFT deberá tener las facultades que le permiten llevar a cabo el acto de acuñación.

En el mundo del arte, en el que la autoría de una obra lleva asociado la titularidad de derechos de propiedad intelectual, sólo podrá acuñar el NFT el autor de la obra o personas distintas del autor que puedan llevar a cabo tal acto por ser titulares del derecho de reproducción sobre la obra que les permita generar el soporte digital.

Ello exige determinar previamente cuál es la legislación aplicable para decidir sobre la existencia de tales facultades. En efecto, internet no tiene un conjunto de normas que sean válidas para todos aquellos supuestos de hecho que tengan lugar en la red ni dispone de tribunales específicos para resolver los conflictos. Por ello, si no hay un contrato previo o una aceptación implícita de condiciones donde se establezca una ley y jurisdicción aplicable, normalmente será de aplicación la legislación del país donde se encuentre el autor o el titular del derecho de reproducción, que será aplicable para determinar si la persona que genera el NFT tiene las facultades precisas para hacerlo. Por tanto, para determinar quién puede emitir un NFT habrá que acudir a los establecido en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la *Ley de Propiedad Intelectual*, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

Uno de los problemas que se plantean y que no puede ser objeto de desarrollo en este trabajo es el de si el propietario del soporte físico de la obra tiene derecho a la acuñación de NFT sin el permiso del autor.

Esta cuestión ya está pendiente de resolución por nuestros tribunales, tal y como evidencia el Auto 468/2022, 21 de octubre del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona n.º 9. En julio de 2022, los demandantes, tres artistas, interpusieron demanda contra el grupo Mango, alegando que este estaba está utilizando de manera incontestada y no autorizada en el tráfico económico, a través de NFT y de publicaciones en distintas plataformas digitales y redes sociales (Linkedin, Instagram y TikTok), así como en el metaverso Decentraland, en el *marketplace* Opensea y en la tienda física que la demandada inauguró en Nueva York, las siguientes obras: *Oiseau volant vers le soleil, Tête et Oiseau, Ulls i Creu, Esgrafiats y Dilatation*. Alegan que con ello se están infringiendo los derechos morales (de integridad y divulgación) y los derechos patrimoniales (de reproducción, transformación y comunicación pública) que los arts. 14 y 17 LPI reconocen a los autores sobre sus obras. Por su parte, la demanda niega haber infringido los derechos de propiedad

intelectual de aquellos autores por los siguientes motivos: a) el Grupo Mango es titular de los soportes físicos de las obras y, por lo tanto, tiene derecho a su exposición pública; b) la creación de obras digitales a partir de otras originales y su posterior difusión no infringe los derechos patrimoniales ni morales de sus autores, pues se trata de un «uso inocuo» de las obras, que no requiere autorización y que no causó perjuicio a sus autores; c) todas las publicaciones realizadas por el Grupo Mango en relación con las obras informaban de que se trata de reinterpretaciones de las obras originales de aquellos autores; d) los NFT objeto de este pleito son archivos digitales que nunca han llegado a convertirse en activos *blockchain*, por lo que solamente se pueden visualizar a través de la plataforma, pero no se pueden descargar, adquirir ni reproducir; e) al no haberse acuñado los NFT como activos *blockchain*, no fueron transferidos a ninguna *wallet* del Grupo Mango y, por lo tanto, la demandada no puede acceder a ellos mientras estén en la plataforma Opensea. En el Auto se señala cuál va a ser la principal controversia del proceso: determinar hasta dónde alcanzan los derechos del Grupo Mango en cuanto titular de los cuadros originales. Esto es, «si convertir una obra de arte en un NFT supone una modificación de la obra que pueda afectar a los derechos de su autor o si, por el contrario, la titularidad sobre una obra física ampara para transformarla en NFT y, por lo tanto, en este caso, si el Grupo Mango al comprar los cuadros originales adquirió un derecho absoluto de disfrute y explotación en cualquier modo y en cualquier escenario, y si el uso que hizo de las obras puede considerarse un uso inocuo que no requiera autorización de los autores»⁵⁵.

55. El auto resuelve sobre la petición de la actora de la adopción de la medida cautelar *inaudita parte* de cese en el uso de las citadas obras, con la retirada de todos los elementos en los que se reproduzcan dichas obras, con prohibición de seguir realizando actos infractores, ofreciendo para ello una caución de 1000 euros. La demanda se niega a la adopción de las medidas solicitadas por cuanto no tienen sentido porque, tras la retirada voluntaria por parte de la demandada de los soportes físicos de las obras y de sus reproducciones en las redes sociales y en el metaverso, el *periculum* ha quedado reducido a los NFT subidos a la plataforma Opensea, y, respecto a estos, porque la actora requirió a la plataforma Opensea (principal *Marketplace* de venta e intercambio de NFT y criptoactivos), para que dicha plataforma retirara los citados NFT de su página web y así lo hizo, por lo que la medida habría sido adoptada extrajudicialmente. En el auto se resuelve conceder las medidas cautelares, porque existe un cierto riesgo de ineffectividad de la sentencia estimatoria que pudiera dictarse referida solamente a los NFT y dirigida a la plataforma Opensea, no a la demandada (pues no tiene acceso a los NFT), por lo que resuelve «que la citada plataforma ponga a disposición de este Juzgado los NFT's para que sean custodiados por el Letrado de la Administración de Justicia en la wallet que la actora facilite a estos efectos». Se señala en el auto que «existen dudas sobre la garantía de la imposibilidad de acceso a los NFT's por parte de cualquier persona (la

En espera de la resolución de la cuestión de fondo, puede entenderse, como ya se ha señalado, que, en el mundo de la creación intelectual, en el que la autoría de una obra lleva asociado la titularidad de derechos de propiedad intelectual, sólo podrá acuñar el NFT el autor de la obra o personas distintas del autor que puedan llevar a cabo tal acto por ser titulares del derecho de reproducción sobre la obra que les permita generar el soporte digital.

1.2. Concurrencia de Título y modo para transmitir y adquirir la propiedad

El segundo de los presupuestos para adquirir la propiedad de la obra de arte digital a través de un NFT es que concurran los requisitos necesarios para operar la transmisión y adquisición de la propiedad del NFT conforme a nuestro Derecho.

El art. 609 del CC menciona que la adquisición del dominio, y los demás derechos sobre los bienes, puede tener lugar *por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*. De ahí que para que tenga lugar la transmisión de un bien es necesario que concurran dos elementos: contrato y tradición.

El contrato debe ser idóneo para transferir el dominio pues tales contratos, y su validez, no se limitan a generar obligaciones entre las partes, sino que forman parte del supuesto de hecho normativo para que tenga lugar la transmisión del derecho. En este sentido, el contrato es el título en cuya virtud se transmite el bien, aunque no es suficiente, por sí solo, para producir la transmisión. Para que tal efecto se produzca se requiere, además, la tradición de la cosa. En esta perspectiva, la tradición se configura como el momento determinante de la transmisión del bien.

Para que opere la transmisión de la propiedad del NFT y, en su caso, del activo subyacente, debe verificarse, en primer lugar, que el contrato de compraventa del NFT cumpla los requisitos exigidos por la legislación espa-

demandada o terceros) que se acrecientan si se tiene en cuenta que (como se acredita mediante los documentos 2 y 3 aportados en el acto de la vista por la actora) han existido distintos ataques a las cuentas de Opensea para la sustracción de NFT's "golosos" como el que aquí nos ocupa, pues se han dado casos de sustracción de NFT's de otras grandes empresas que estaban en esa misma plataforma. Si bien la plataforma Opensea opera de modo centralizado, ciertamente no puede excluirse de modo absoluto que la plataforma llegue a ser objeto de actos de piratería o hackeo y que los NFT's sean sustraídos, siendo entonces muy difícil su recuperación y quedando fuera del alcance de las partes». Auto 468/2022, 21 de octubre del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona n.º 9 (Jur 2022/355992).

ñola respecto de la validez del contrato (arts. 1261 y ss. CC), lo que parece complicado por el medio en el que se desarrolla la relación contractual y el instrumento utilizado para generar y transmitir NFT, esto es, los *smart contract*⁵⁶. En efecto, en el *smart contract* los datos y su ejecución se hallan en un formato digital, por lo que las cláusulas negociales están insertas en el *software* del programa mediante un código, que opera irremediabilmente, de forma automática, ejecutando las órdenes del código.

Será exigible que el *smart contract*, contenido en el *hush*, sea un contrato ricardiano (*ricardian contract*), en el que se establezcan y queden registrados los términos del acuerdo. Este contrato deberá poder ser consultado por las partes y almacenado por el adquirente, para, en su caso, poder ser aportado en juicio, pues, recordemos, su veracidad se certifica por la cadena de bloques y es inmutable para las partes y terceros.

También debe valorarse, en la medida de lo posible, conforme con las citadas reglas generales, la válida formación del consentimiento y la existencia de la necesaria capacidad del transmitente y del adquirente. Si algunos de los intervinientes, transmitente o adquirente, no tiene la capacidad de obrar requerida o concurren vicios del consentimiento, el contrato podría ser impugnado conforme a lo previsto en los arts. 1301 y ss. CC.

Junto con el título, el Código Civil (art. 609 CC) menciona la tradición, esto es, la entrega o traspaso posesorio de la cosa con ánimo de transmitir y adquirir el dominio, como elemento necesario para que tenga lugar la transmisión de la propiedad, pero no la regula. Para suplir dicha falta de regulación, la doctrina científica acude a las normas que contemplan la adquisición de la posesión de las cosas (art. 438 CC) y, fundamentalmente, a las que regulan la obligación de entrega de la cosa vendida (arts. 1462-1464 CC).

Dado que hemos calificado los NFT como bienes muebles incorpóreos, será preciso examinar si se cumplen las reglas establecidas para la tradición de tales bienes en los artículos 1462 y ss. del CC. Conforme con los mismos la tradición puede tener lugar de tres maneras diferentes: por la entrega de los títulos, por la traducción instrumental o *por el uso que haga de su derecho el mismo comprador, consintiéndolo el vendedor*.

56. En los *smart contracts*, «el objeto y la causa, en tanto estén ocultos y no pueda determinarse su licitud o su realidad, no pueden valorarse para decidir sobre la validez del contrato (negocios simulados, objetos fuera de comercio, servicios imposibles...)». J. PRENAFETA RODRÍGUEZ, «Smart contracts: aproximación al concepto y problemática legal básica», *Diario La Ley*, n.º 8824, 15 de septiembre de 2016.

Esta última forma de tradición establecida en el párrafo 2 del artículo 1464 del CC es la más adecuada para el medio digital en el que se comercializa el NFT, pero será preciso que el término *uso* se interprete de una manera amplia, considerando que el depósito del código generado e inscrito en la cadena de bloque en la *wallet* del comprador equivale a la puesta a disposición del comprador del NFT (art. 438 CC) confiriéndole las facultades de uso que requeridas.

No obstante, hay autores que sostienen que existe otra forma de verificar la tradición en los contratos celebrados dentro de la *blockchain* que consiste en aplicar las reglas previstas para la transmisión de acciones representadas como anotaciones en cuenta (artículo 11 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la *Ley del Mercado de Valores*). Según esta legislación, la transmisión de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta tendrá lugar por «transferencia contable». En tal caso, la inscripción de la transmisión a favor del adquirente producirá los mismos efectos que la tradición de los títulos. Equiparando la transferencia contable con el código generado e inscrito en la cadena de bloque, su depósito en la *wallet* del comprador sería equiparable a la inscripción a favor del adquirente y tendría los mismos efectos que la entrega de los títulos⁵⁷.

Por lo tanto, y con fundamento en el principio de libertad de forma (art. 1280 CC), parece posible la adquisición y transmisión de la propiedad de la obra de arte digital subyacente en el NFT. Otra cosa es que las condiciones técnicas con las que operan las plataformas y los términos de la contratación permitan verificar la existencia de algunos de los requisitos ineludibles para que se opere la transmisión de la propiedad.

2. PROBLEMAS JURÍDICOS Y TÉCNICOS QUE COMPLICAN LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DEL ACTIVO SUBYACENTE

Como se señala por algunos autores norteamericanos, los tokens no fungibles se pueden usar para crear obras de arte digitales que pueden ser comprado, vendido y poseído como un cuadro o una escultura física, y que pueden transmitirse de una sola persona a otro con costos de transacción bajos o nulos. Pero lo cierto es que, hoy en día, existen importantes dificultades técnicas que impiden hablar de una verdadera propiedad digital⁵⁸.

57. J. W. IBÁÑEZ RODRÍGUEZ, *Blockchain: primeras cuestiones...*, op. cit., pp. 146 y 147.

58. J. FAIRFIELD, «Tokenized: The Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property», *Indiana Law Journal*, vol. 97 (4), 2022, p. 1267, disponible en <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol97/iss4/4>.

En efecto, es dudoso que la tecnología y los términos con los que operan las plataformas comercializadoras de NFT en la actualidad sean susceptibles de proporcionar los medios técnicos que permitan acreditar la existencia de los presupuestos jurídicos requeridos para que se opere la transmisión de la propiedad de obras de arte digitales.

2.1. La identificación de los sujetos que participan en la *blockchain*

Uno de los escollos más importantes viene representado por el anonimato, o cuasi anonimato, con los que se puede operar en las plataformas, pues a ellas se accede a través de una ID de usuario, que permite elegir el perfil a través del cual el usuario va a identificarse y a relacionarse en la red.

La identificación del adquirente del NFT es una necesidad ineludible para evitar el tráfico ilícito de obras de arte⁵⁹ y para imponer la aplicación de la normativa de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, si bien este problema puede solucionarse fácilmente exigiendo que las transacciones se registren con firma electrónica en la cadena de bloques⁶⁰.

Para el Derecho privado, este anonimato, o cuasi anonimato, plantea el problema de la imposibilidad de evaluar la concurrencia de la capacidad necesaria para realizar el contrato de cada uno de los sujetos que intervienen en las distintas operaciones (no es descabellado suponer que muchas transacciones de NFT se efectúen por menores de edad sobre todo en los NFT referidos a coleccionables o videojuegos). Cabe también que determinados usuarios se apropien de la identidad de artistas reconocidos y que emitan NFT en su nombre (lo que ya ha ocurrido), puesto que las plataformas no requieren que el acceso se realice demostrando fehacientemente la verdadera

59. Sobre el tema, E. M.^a DOMÍNGUEZ PÉREZ, *Tutela jurídica de bienes culturales y avances en la lucha contra el tráfico ilícito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 165 y ss.

60. «Al operar en la cadena de bloques “blockchain”, el usuario puede obtener la denominada “identidad soberana”, en la que voluntariamente asocia datos personales, como su nombre apellidos, o DNI, con su identidad, a través de un sistema de “atestación”, en el que un tercero de confianza, como pudiera ser un Notario, otorga fe de la existencia de pruebas que evidencian la correlación entre el usuario físico y el usuario digital.... Por tanto, una primera solución al problema abogaría por vincular en esta primera fase negociada la identidad de la parte contratante con el usuario digital, lo que puede lograrse, bien mediante la remisión a un tercero de confianza, bien mediante el empleo de los mecanismos criptográficos de autenticidad disponibles al efecto». Y. RÍOS LÓPEZ, «La tutela del consumidor en la ‘contratación inteligente’. Los ‘smart contracts’ y la ‘blockchain’ como paradigma de la Cuarta Revolución industrial», *Revista Consumo y Empresa*, n.º 9, 2019, pp. 5 y 6, disponible en <https://vlex.es/vid/tutela-consumidor-contratacion-inteligente-756319901>.

identidad de los sujetos. Tampoco exige que los emisores de NFT acrediten la titularidad de los derechos y facultades que les legitima para su acuñación.

2.2. La falta de acreditación por el emisor del NFT de sus facultades de reproducción de la obra: fraude y plagio

Uno de los escollos más importantes para comercializar el arte digital mediante NFT viene representado por la ausencia de garantías para verificar si el emisor del NFT ostenta las facultades precisas para su acuñación.

En las plataformas donde se generan los NFT no es preciso acreditar que el emisor es el autor o el titular del derecho de reproducción. Son muchos los supuestos de venta de NFT en los que el emisor no era el autor, o el titular del derecho de reproducción de la obra, y muchos de estos casos han salido a la luz y han atraído la atención de los medios de comunicación.

Uno de los más sonados, por rocambolesco, fue el protagonizado por la compra de un NFT por el que un coleccionista pagó 336.000 \$ en Ethereum. El NFT parecía haber sido acuñado por Banksy y la obra sobre la que se emitió el NFT había sido exhibida en el sitio web del famoso artista callejero. Ante las declaraciones de colaboradores del artista que negaban que éste hubiera emitido un NFT sobre esta obra, el comprador se puso en contacto con el *marketplace* y el vendedor reembolsó espontáneamente al comprador su dinero. Resulta sospechoso que el coleccionista que compró el NFT utilizara el seudónimo *Pransky* en la operación⁶¹.

Sea no cierta la noticia, la misma pone de manifiesto la facilidad con que cabe usurpar la identidad del autor y se pueden utilizar NFT para vulnerar derechos de propiedad intelectual y de reproducción, ante la ausencia de obligación de acreditar la existencia de la facultad de disposición precisa para

61. En efecto, en algún artículo de opinión se siembra la duda de que haya habido una falsificación o si es una maniobra del artista cuya obra supuestamente se había plagiado para denunciar los problemas que los NFT pueden ocasionar a los titulares de derecho de propiedad intelectual. El comprador, en unas declaraciones a la revista *The Verge*, señaló que otro estafador había creado un NFT duplicado y luego se lo había regalado. La otra persona usó un nombre de usuario similar al del vendedor original, acuñó algunos otros NFT con el mismo estilo y luego envió uno a Pransky. Desde entonces, apareció un torrente de falsificadores, que acuñaron las mismas imágenes, enviaron algunas a Pransky y acuñaron las otras como NFT para su venta. M. CLARK, «Someone paid more than \$300K for a fake Banksy NFT – and the scammer gave it all back», *The Verge*, 31 de agosto de 2021, disponible en <https://www.theverge.com/2021/8/31/22650594/banksy-nft-scam-pransky-ethereum-returned-duplicates-art>.

emitir el NFT. Esta circunstancia explica que sean muy numerosos los ejemplos de artistas vivos⁶² y fallecidos⁶³ a los que les han plagiado obras que luego se han vendido como NFT, y de NFT emitidos sobre reconocidas obras de arte.

2.3. La falta de acceso al activo digital subyacente: los NFT «rotos»

Otro gran problema, éste de carácter técnico, que cuestiona que el sistema actual pueda operar la transmisión de la propiedad de la obra de arte encriptada, radica en que la tecnología *blockchain* no es susceptible de proporcionar al adquirente el acceso y el control sobre el archivo subyacente, de manera que pueda ejercer las facultades inherentes al derecho de propiedad adquirido y se entienda cumplido el requisito de la tradición exigido por nuestra legislación para que opere la efectiva transmisión de la propiedad (art. 1464.2 CC).

En la actualidad, los NFT se limitan a incluir un enlace URL al archivo digital subyacente, redirigiendo o indicando el camino para llegar al NFT. Dicho de manera muy gráfica, «*señalan al archivo, pero no lo contienen*». Hemos dicho que, en teoría, un NFT técnicamente puede contener cualquier activo digital, y su sistema, basado en la cadena de Ethereum, garantiza la existencia de un registro inalterable de todos los que han sido propietarios del NFT y evita que el NFT cambie. Esto significa que quien compra un NFT y luego lo revende no puede tergiversar lo que posee. Está todo en el NFT, sin embargo, son muy pocos los datos que se almacenan directamente dentro de un NFT.

El NFT incluye una descripción del nombre del artista y el título de la obra e información sobre dónde puede *encontrar* la obra de arte que representan, pero la obra de arte todavía está a un *link*, esto es, a un enlace URL de distancia. Si falla el enlace, el NFT se puede *romper*⁶⁴.

62. Sobre el tema, R. WILLIAMS, «Would you pay millions for art you can't touch? Inside the weird world of NFT digital art», *inews.co.uk*, 2 de abril de 2021, disponible en <https://inews.co.uk/news/technology/pay-millions-art-you-cant-touch-inside-nft-digital-art-940943>.

63. Tras la muerte de la artista Qing Han en 2020, un estafador asumió su identidad y varias de sus obras estuvieron disponibles para su compra como NFT. J. KWAN, «An artist died. Then thieves made NFTs of her work», *Wired UK*, 28 de julio de 2021, disponible en <https://www.wired.co.uk/article/nft-fraud-qinni-art>

64. «Very little data is stored directly inside an NFT, though. The NFT includes information on where you can find a description of the artist's name and the title of the work, but that information is not typically on the blockchain itself. NFTs include information on where you can find the artwork they represent, but the actual artwork is still a link away. Traditional URLs pose real problems for NFTs. The owner of the domain could redirect the URL to point to something else (leaving you with, perhaps, a million-dollar Rickroll), or the owner of the domain could just forget to pay their hosting bill, and the whole thing

Se trata, sin duda, de la cuestión más desconcertante⁶⁵ cuando se aborda el estudio de los NFT, pues las URL tradicionales plantean problemas tales como que la plataforma emisora remita por error a la URL de otro archivo digital, que deje de utilizar el servicio del proveedor del alojamiento web, o que este último cese su actividad, para que el activo digital sobre el que opera el NFT desaparezca. Por tanto, el adquirente del NFT puede tener el acceso al activo digital subyacente, pero, en realidad, no tiene el control de dicho activo. Eso cuestiona que se cumpla el presupuesto de transmisión de la posesión del bien y puesta a disposición del comprador que condiciona la existencia del uso de su derecho por el comprador, consintiendo el vendedor, fundamento de la tradición a la que se refiere el art. 1464.2 del CC,

Existe una razón de carácter técnico en el origen de este problema y que es la falta de capacidad suficiente con la tecnología actual para almacenar estos datos. La solución apuntada es alojar el archivo digital subyacente en alojamientos más seguros como el *InterPlanetary File System* (IPFS)⁶⁶, o que el NFT se encuentre almacenado en numerosos dispositivos⁶⁷.

disappears. The animation that Grimes sold for \$389,000 is primarily sourced to a pair of traditional URLs, which could break down if either of the two different companies (Nifty Gateway, the auction site; or Cloudinary, the web host) went under. As the buyer, this is something you'd have no control over, unless you're wealthy enough to buy out the entire domain and pay to keep it online». J. KASTRENAKE, «Your Million- Dollar NFT Can Break Tomorrow If You're Not Carefull», *TheVerge*, 25 de marzo de 2021, disponible en <https://www.theverge.com/2021/3/25/22349242/nft-metadata-explained-art-crypto-urls-links-ipfs>.

65. «Qu'est-ce que mon jeton non-fongible? Le jeton n'est pas l'image de mon singe, mais plutôt l'hyperlien me permettant de le trouver et les informations se rapportant à celui-ci (nom de l'artiste, date de création de l'œuvre, nom de l'œuvre, etc.) sur internet. Mon NFT n'est pas le singe, mais le chemin pour trouver le singe. Intéressant. Intéressant, mais déconcertant. La valeur des NFTs est intimement liée à l'image de l'hyperlien et, quiconque quelque peu familier avec la navigation sur internet le sait: les hyperliens peuvent disparaître ou reconduire nulle part. Qu'arrive-t-il si, du jour au lendemain, un hyperlien NFT ne fonctionne plus, ne renvoie plus à rien? ». V. MORIN, «Réflexion sur les Jetons Non-Fongibles (NFT)», Université Laval, disponible en <https://www.pensezblockchain.ca/reflexion-sur-les-jetons-nonfongibles-nft>.

66. «Al contrario de lo que comúnmente se piensa, la totalidad del NFT no se encuentra en una blockchain y, por tanto, como anticipamos, podría ser manipulado o eliminado. Si el activo digital subyacente se aloja en un sistema de alojamiento centralizado se podrá cortar el acceso al mismo, reemplazar la imagen o simplemente encontrarnos con un enlace sin funcionamiento. En cambio, si se utiliza un sistema de almacenamiento descentralizado como IPFS tendremos una mayor seguridad, aunque no una certeza». AA. VV. (PÉREZ-LLORCA), *Web 3...*, op. cit., p. 5.

67. «Like a painting, NFTs need to be maintained. If a buyer purchases an NFT that relies on IPFS, it'll ultimately be on them to ensure the file continues to be hosted and avai-

En estos casos puede cuestionarse el papel de las plataformas comercializadoras de NFT, pero lo cierto es que las mismas se limitan a la creación e intercambio de *token*, pero «renuncian a la custodia, posesión o control de los criptoactivos que comercializan lo que en principio les excluye de responsabilidad en los casos en que fallan los enlaces que dirigen al activo subyacente en NFT»⁶⁸.

2.4. La encriptación y la transmisión *mortis causa* de los NFT

El último de los problemas que puede presentar la transmisión de un NFT tiene su origen en la base de la tecnología *blockchain*: la encriptación.

La transmisión del NFT se completa técnicamente cuando se deposita en la *wallet* del comprador la clave criptográfica privada. Esta clave descrypta la clave pública y permite acceder al NFT para transmitirlo, por lo que si se pierde la clave no se puede acceder ni operar con el NFT. Si el titular fallece y sus herederos no tienen las claves del NFT puede haber problemas para integrar los NFT dentro del caudal relicto del fallecido.

Los NFT integran, sin duda, lo que algunos llaman patrimonio digital, esto es, «la parte integrante del patrimonio que identifica el conjunto de relaciones jurídicas de tal carácter (digital) valorables desde un punto de vista patrimonial, es decir, se compone de todo aquello que su titular envía, recibe, almacena, comparte, gestiona o contrata vía Internet y que puede valorarse desde un punto de vista económico»⁶⁹. El patrimonio digital se convierte a la muerte de su titular en *herencia digital* por lo que es preciso establecer unas reglas que ordenen la sucesión *mortis causa* sobre estos bienes.

La doctrina norteamericana, muy consciente del problema, se ha inclinado por aconsejar una planificación patrimonial del propio sujeto: «las cuentas y los contenidos deben verse simplemente como activos digitales

lable to the system. If the NFT relies on a traditional URL, then buyers would be in a more precarious position, having to hope that whatever third party currently hosts the file – often the auction site, like with Grimes' NFT – stays online». J. KASTRENAKE, «Your Million– Dollar...», *op. cit.*

68. «Si bien es cierto que pueden negar a los propietarios de los NFT el control de los mismos en determinados supuestos, por ejemplo, si violan las leyes de propiedad intelectual o se trata de contenido abusivo o violan los propios términos y condiciones de la plataforma». G. ESPUGA TORNÉ, «Régimen jurídico de los tokens no fungibles...», *op. cit.*, p. 4.

69. V. GARCÍA HERRERA, «Disposición mortis causa del patrimonio digital», *La Ley*, 9315, p. 1.

que deben ser ordenados por representantes personales después de la muerte»⁷⁰. Pero estas disposiciones particulares que incluyen el nombramiento de un representante (fiduciario, albacea digital) al que se suministra las claves de acceso a las cuentas y contenidos digitales no tuvieron efectividad por contravenir el contenido de dos normas federales.

Por un lado, lo dispuesto en la *Computer Fraud and Abuse Act* (codificada en 18 US Code § 1030), que fue promulgada en 1986 para combatir diversas formas de delito informático (la piratería o *hackeo*, esto es, la intrusión en sistemas informáticos) y que castiga por acceder a sabiendas a una computadora sin autorización, o excediendo del acceso autorizado, y obtener información protegida. El problema surge con la figura del fiduciario que tiene una legitimación genérica para gestionar los bienes del causante, pero, de acuerdo con la CFFA, esta legitimación genérica no es suficiente para que se entienda que el fiduciario está autorizado a fin de acceder al ordenador y obtener información. Se entiende, incluso, que se está accediendo sin autorización cuando el causante ha proporcionado información relevante, como sería su contraseña, a un tercero, ya que se están vulnerando así los términos y condiciones de las plataformas. Por tanto, aun en este caso, el representante podría ser considerado, y castigado, como *hacker*.

De otra parte, hay una norma que impide a los proveedores de servicios desvelar los datos de sus usuarios, la *Stored Communications Act* (codificada en 18 U.S. Code § 2701), que fue promulgada como Título II de la *Ley de Privacidad de Comunicaciones electrónicas* de 1986 (*Electronic Communications Privacy Act* o ECPA). Esta norma establece sanciones penales para «cualquier persona que acceda intencionalmente sin autorización a una instalación a través de la cual se proporciona un servicio de comunicación electrónica o (...). se exceda intencionalmente de esa autorización para acceder a esa instalación y, por lo tanto, obtenga, altere o impida el acceso autorizado a una comunicación inalámbrica o electrónica mientras se encuentre en almacenamiento electrónico en dicho sistema». La única manera en la que la citada SCA permite que un particular pueda acceder a estos *digital assets* es que el titular otorgue un consentimiento lícito (*lawful consent*), con respecto a una comunicación de, o destinada, a ese usuario (18 U.S.C. § 2702, b).

Para solventar estos problemas, la *United law Commission* (la ULC, también conocida como Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes

70. C. WONG, «Can Bruce Willis Leave His iTunes Collection to His Children?: Inherability of Digital Media in the Face of EULAs», *Santa Clara High Technology Law Journal*, 29 (4), 2013, 703-761, disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4128>.

Estatales Uniformes), creada para investigar, redactar y promover la promulgación de leyes estatales uniformes en áreas de la ley estatal donde la uniformidad es deseable, publicó en 2014 su *Uniform Fiduciary to Digital Assets Act* (UFADAA), con la finalidad de facultar a los fiduciarios la gestión, el acceso y la distribución de los bienes digitales de una persona. La UFADAA permite planificar la disposición *mortis causa* de los activos digitales y nombrar a un fiduciario, y faculta para que, si una persona omite la planificación *mortis causa*, el mismo fiduciario que puede disponer de los bienes materiales de la persona fallecida quede legitimado para disponer de sus activos digitales, distribuyendo el activo entre los herederos o disponiendo del activo digital como considere oportuno.

La UFADAA fue rechazada por las grandes empresas del sector (Google, Facebook y Ebay) alegando la necesidad de proteger la intimidad de sus usuarios, argumentando que si se dejaba al fiduciario o a un tercero administrador acceder a el contenido de los activos digitales de los usuarios, se estaría vulnerando la expectativa de los fallecidos de que no se compartiera su información tras su muerte. Estas empresas formularon su propia propuesta de regulación, la *Privacy Expectation Afterlife and Choices Act* (PEACA), mucho más restrictiva, pues solo permite al fiduciario acceder a los *digital assets* del causante y a los contenidos de sus comunicaciones con una orden judicial que debe constatar, además, en el segundo caso, entre otras circunstancias, que la revelación de contenidos fue consentida por el difunto en su testamento y que dicha revelación no viola ninguna ley federal⁷¹.

En 2015, al año siguiente de haberse publicado la UFADAA, se publicó una revisión de la misma, conocida como *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* (RUFADAA). La modificación más importante respecto de la norma anterior es que mientras el texto de 2014 permitía a los fiduciarios el acceso *por defecto* a toda la información digital (comunicaciones y contenido), tras la reforma los fiduciarios tienen acceso al catálogo de comunicaciones electrónicas del usuario (lista de mensajes enviados y recibidos y direcciones de *e-mail*), salvo que éste haya establecido lo contrario (Section 8). Ahora bien, para acceder al contenido de los mensajes es necesario el consentimiento expreso del difunto (Section 7)⁷².

71. M.^a J. SANTOS MORÓN, «La denominada “herencia digital”: ¿necesidad de regulación? Estudio de derecho español y comparado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n.º 1, 2018, p. 429.

72. M.^a J. SANTOS MORÓN, «La denominada “herencia digital”...», *op. cit.*, p. 429.

Fiduciario es, conforme a las definiciones contenidas en la Sección 2, un representante legal o sucesor, curador, agente o fideicomisario (administrador). A su vez, un Agente es un apoderado o representante que goza de un poder temporal o indefinido.

Todos los fiduciarios tienen la condición de *autorizados* a efectos de los dispuesto tanto en la *Computer Fraud and Abuse Act* como de la *Stored Communications Act*, pero cada uno de los distintos tipos de fiduciarios (representante legal o sucesor, curador, agente o fideicomisario) está sujeto a reglas diferentes basadas en la supuesta intención del titular de la cuenta y en la aplicación de otras leyes estatales y federales.

En suma, en el derecho norteamericano se ha diseñado un sistema bastante completo y complejo, pero, como señala Martínez Espín, que ha estudiado con detalle la UFFADA, hay activos digitales que pueden tener obstáculos adicionales por superar que no se aplican a la propiedad tradicional. Estos obstáculos adicionales en el mundo digital son básicamente las contraseñas de acceso, la encriptación o cifrado, la legislación penal en materia de acceso no autorizado a los ordenadores; y las leyes de protección de datos. Según este autor, UFADAA ayuda a los fiduciarios a superar los obstáculos 1, 3 y 4, pero no resuelve el obstáculo 2, relativo a la encriptación. «El cifrado puede hacer que sea prácticamente imposible que un fiduciario pueda acceder a los datos de una persona si no conoce la contraseña»⁷³.

En nuestro ordenamiento jurídico hasta el año 2018 solo se contemplaba, de manera muy limitada, el tratamiento de datos de las personas fallecidas en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, *por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal*⁷⁴.

Ese año se publica la LO 3/2018, de 5 de diciembre, *de Protección de datos personales y de garantía de los derechos digitales* (en adelante, LOPDGDD), dic-

73. P. MARTÍNEZ ESPÍN, «El acceso de los fiduciarios mortis causa (y otros) a los activos digitales de los sujetos fallecidos o incapacitados. Nota a la Ley Modelo Americana sobre el acceso de los fiduciarios a los activos digitales (UFADAA)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 15, 2015, p. 24, disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>.

74. En su artículo 2 apartado 4 indicaba que las personas vinculadas por *razones familiares o análogas* a una persona fallecida podían dirigirse a los responsables de los ficheros o tratamientos que contengan datos de este con la finalidad de notificar el óbito, aportando acreditación suficiente del mismo y solicitarles, cuando hubiere lugar a ello, la cancelación de los datos.

tada para adecuar nuestro ordenamiento a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, *relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos*.

La nueva legislación contiene en dos artículos distintos lo relativo al tratamiento de datos de personas fallecidas (art. 3 LOPDGDD) y el tratamiento del llamado testamento digital (art. 96 LOPDGDD). En principio el art. 3 se refiere a la gestión *post mortem* de los datos personales, protegidos como derecho fundamental (art. 18,4 CE), y el art. 96 se refiere a la gestión *post mortem* de contenidos digitales. El legislador español no ha tenido presente que el contenido de ambos preceptos está entrelazado, pues en muchas ocasiones el conocimiento de la propia existencia de bienes digitales, integrantes de la herencia, se hace depender del tratamiento de ciertos datos personales, como claves de acceso. Lo que ocurre, precisamente, con los NFT.

Por lo demás, el artículo 96 LOPDGDD configura el testamento digital, como *un derecho digital de los ciudadanos*, y determina las reglas para acceder a los contenidos digitales de las personas fallecidas que estuvieran siendo gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información⁷⁵.

La técnica empleada por el legislador para estructurar el régimen jurídico de la herencia digital no puede ser más desafortunada, pues parece haber invertido la regla general que acogen otros textos legislativos⁷⁶, según

-
75. Conforme a la primera de estas reglas pueden acceder a dichos contenidos ciertas categorías de sujetos. En primer lugar, «las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos, que podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión». Como excepción, las personas mencionadas no podrán acceder a los contenidos del causante, ni solicitar su modificación o eliminación, «cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. Dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto. Tiene también acceso, el albacea testamentario, así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente» para ello, los cuales podrán solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones.
76. Como ejemplo puede citarse la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales de Cataluña, que en su artículo 6 dispone que «el causante» puede expresar sus voluntades digitales antes de fallecer y designar a una persona para ejecutarlas, que actuará ante los prestadores de servicios de la sociedad de la información. En caso de que no hubiera realizado tal designación, corresponderá al «heredero» o «albacea universal» la ejecución de tales voluntades».

la cual lo primero es la voluntad del causante, que puede designar a una persona para que se dirija a los prestadores de los servicios de la sociedad de la información y, solo en defecto de esta designación, podrán actuar los sujetos legitimados por la ley.

De la interpretación conjunta, y trabajosa, de lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 de los artículos 3 y 96 de la LOPDGDD (prácticamente idénticos en su redacción) puede deducirse que el causante puede designar expresamente a una *persona o institución* (o a un *albacea testamentario* en caso de acceso a los contenidos digitales), que será quien solicite, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los datos y a los contenidos con vistas a dar cumplimiento de tales instrucciones. En tal caso, quedarán excluidos del acceso los parientes y demás legitimados si el causante lo hace constar expresamente en el nombramiento.

En segundo lugar, el causante puede no designar a nadie y limitarse a prohibir el acceso a los sujetos mencionados en el apartado 1, si bien, con la salvedad de que el heredero siempre *tendrá derecho a acceder a los contenidos que formen parte del caudal relicto*.

Por último, solo en el caso de que el sujeto no realice ninguna manifestación de voluntad entraría en juego la legitimación de las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho.

Esta legislación debe revisarse por distintos motivos. En primer lugar, por conceder el acceso a un número demasiado amplio de sujetos si no existe manifestación de voluntad, presumiendo una vinculación que no tiene por qué existir, y que puede ser peligrosa si, por ejemplo, alguno de los sujetos conoce claves de acceso a criptoactivos del difunto cuya existencia desconocen los herederos o el albacea testamentario⁷⁷. En todo caso, que

77. Debe destacarse que, a diferencia de la normativa anterior que solo permitía el tratamiento de datos de la persona fallecida para su cancelación (art. 2.4 Real Decreto 1720/2007), en la actualidad se permite también el acceso a las cuentas, lo que permite a cualquier de ellos conocer su contenido. Ello puede ser peligroso en cuanto, como hemos dicho, puede impedir que algunos contenidos digitales se integren en la herencia, por lo que debería haberse limitado el acceso al heredero o albacea testamentaria. Por otro lado, la amplitud de los legitimados y el acceso a todo el contenido puede vulnerar el derecho a la intimidad no solo de la persona fallecida, sino también de personas distintas al fallecido, y el derecho de estos terceros a la protección de sus datos personales, pues entre tales contenidos se incluyen, por ejemplo, sus cuentas de correo electrónico o las comunicaciones que puede haber mantenido con terceros (wasap) o en redes sociales (Facebook, Twiter...). De nuevo, parece mucho más adecuado el tratamiento dado a este tema por la Ley Catalana de voluntades digitales, que, para el caso de que el causante

nuestra legislación determine las personas que tendrán acceso a los datos y contenidos digitales del difunto no resuelve el problema de conseguir el acceso a las claves privadas al propietario del NFT. El único camino parece ser reclamar a las plataformas prestadoras de servicios de custodia el acceso a la *wallet* del fallecido. Eso sí los herederos o el albacea conocen su existencia.

La única vía para evitar problemas en relación con la transmisión *mortis causa* de NFT, u otros tipos de criptoactivos, pasa por designar un representante que esté informado de la totalidad de los bienes digitales del difunto y de sus claves. Ello es especialmente importante en el caso de personas jóvenes que no han otorgado testamento ni previsiblemente lo harán.

En la actualidad existen empresas tecnológicas que ofrecen servicios de aseguramiento o custodia de claves o archivos digitales, y la posibilidad de redactar o rellenar documentos (que a veces llaman testamentos digitales), que se comprometen a entregar a un administrador nombrado por el interesado a la muerte de sus clientes. Pero nada asegura que las empresas digitales que ofrecen este tipo de servicios sigan existiendo tras el fallecimiento de las personas que hayan contratado los mismos⁷⁸.

VI. CONCLUSIONES

A pesar de que no existe ningún obstáculo legal que impida que con la emisión del NFT se transmita el soporte digital, y, en su caso, el soporte material de la obra que se digitaliza, en los NFT que se comercializan a día de hoy no hay referencia alguna a ninguna obra de arte digital en la secuencia de caracteres que reflejan el registro del NFT en la *blockchain*.

no haya dado instrucción alguna, determina que «la persona a quien corresponde ejecutarlas “no puede tener acceso” a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales, salvo que obtenga la correspondiente autorización judicial» (art. 411-10.6 del Código Civil de Cataluña). Respecto de los herederos, del albacea universal o de la persona legitimada por el causante para ejecutar sus voluntades digitales en caso de muerte, solo puedan solicitar al prestador de servicios de la sociedad de la información que les entregue una copia de los archivos digitales que se encuentren en sus servidores «si procede», «lo que debe ser entendido en el sentido de que exista previa autorización del causante o de que sean estos los beneficiarios mortis causa de tales archivos». N. MORALES IBERNÓN, «El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales», *ADC*, tomo LXXIII, 2020, fasc. I, p. 262.

78. N. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «Reflexiones en torno a la protección post mortem de los datos personales y la gestión de la transmisión mortis causa del patrimonio digital tras la aprobación de la LOPDGDD», *Derecho Privado y Constitución*, 35, 2019, p. 201, disponible en <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.35.05>.

La segunda conclusión es que existen importantes deficiencias en la contratación a través de *smart contract* a las que se unen otros problemas (la falta de identificación de los sujetos, la falta de acreditación por el emisor del NFT de sus facultades de reproducción de la obra, la falta de acceso al activo digital subyacente o la encriptación que hace prácticamente imposible la transmisión *mortis causa* de los NFT si no se dispone de las claves), que hacen difícil sostener la validez de los contratos concluidos y la existencia de tradición del objeto subyacente.

La tercera, y última, es que resulta urgente aprobar y regular el mercados de criptoactivos y que en esta regulación se incluyan los NFT para proteger a los usuarios (de modo que, por ejemplo, sus emisiones deban acompañar del correspondiente libro blanco o *withpaper*), para proteger a los inversores (aplicación la Circular 1/2022), y para obligar a los adquirentes a observar lo previsto en la normativa de blanqueo de capitales y a comunicar a la hacienda pública la compra y tenencia de NFT del mismo modo que están obligados a comunicar sus criptomonedas.

Solo de esta manera puede evitarse que los NFT sean utilizados como un instrumento de inversión y que sean adquiridos con fines puramente especulativos. No faltan tampoco artículos de opinión que consideran que el mercado de NFT responde, o puede responder, a un esquema piramidal o un esquema Ponzi, donde los primeros usuarios se están beneficiando a expensas de los que compren más tarde⁷⁹.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALBARQUI, A., ALZAID, E., AL GHAMDI, F., ASIRI, S.; KAR, J: «Public Key Infrastructure: A Survey», *Journal of Information Security*, n.º 6, 2015, pp. 31-37, disponible en <http://dx.doi.org/10.4236/jis.2015.61004>.

79. Como ejemplo, unas declaraciones de Bill Gates que señalan que los NFT se basan en la teoría del más tonto. A. TORRES, N. BUXLER, «Bill Gates: Crypto and NFTs are Based on “The Dumbest Theory”», 6 de junio de 2022, disponible en <https://beincrypto.com/bill-gates-crypto-and-nfts-are-based-on-the-dumbest-theory>. En los últimos años, las criptomonedas y las NFT son las cosas nuevas de las que habla la gente. Existe un fuerte debate sobre si estas cosas tienen un valor real. Los críticos sostienen que su valor solo se basa en la capacidad de vender a un tonto mayor hasta que no queden tontos. Esto se conoce como la teoría del gran tonto, que puede ayudar a explicar varias burbujas especulativas en el pasado, presente y futuro. «The Origin of Value: The Greater Fools Theory: The Indicator from Planet Money», disponible en [NPR.org](https://www.npr.org).

- BARRIO ANDRÉS, M.: «Concepto y clases de criptoactivo», *Criptoactivos. Retos y desafíos*, (dir. Moisés Barrio Andrés), Ed. La Ley, Walters Kluwer, 1.ª ed., 2021.
- BENJAMIN, W.: «La obra de arte en la época de su reproducibilidad técnica», *Discursos Interrumpidos I*, Taurus, Buenos Aires, 1989, disponible en https://docs.google.com/document/d/1MN2WpPS58vpEBnWX6_XTgdb-oBHVuL6bTm2ceMc27vw/edit# (última consulta, 2/09/2021).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: «Comentarios al Código Civil», Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2.ª ed., 2006, p. 495.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Introducción a la propiedad intelectual», *Manual de propiedad intelectual*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 8.ª ed., 2018.
- BLEMUS, S.; GUEGAN, D.: *Initial Crypto-Asset Offerings (ICOs), Tokenization and Corporate Governance* (11 de enero, 2019), disponible en <https://ssrn.com/abstract=3350771> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3350771>.
- BSTEHL, S.: «From Painting to Pixel: Understanding NFT artworks: ¿In which ways does the trading of NFT art entail the potential to change the dynamics of the art markets?» *Master Cultural Economics & Entrepreneurship Erasmus*, University Rotterdam, 16 de abril de 2022.
- CASCONI, S.: «A Collective Made NFTs of Masterpieces Without Telling the Museums That Owned the Originals. Was It a Digital Art Heist or Fair Game? The NFT outfit Global Art Museum now says it is an art collective conducting a “social experiment”», *Artnet News*, 22/03/2021, disponible en <https://news.artnet.com/art-world/global-art-museum-nfts-1953404>.
- CIECKO, B.: «The Surging Demand for Digital Collectibles Could Offer a Lifeline for Cash-Strapped Museums-Here’s How. Museums facing a financial shortfall may find a lifeline in selling limited-edition digital versions of the art in their collections», *Artnet News*, 10/03/2021, disponible en <https://news.artnet.com/opinion/op-ed-digital-collectibles-museums-1950808>.
- CLARK, M.: «Someone paid more than \$300K for a fake Banksy NFT – and the scammer gave it all back», *The Verge*, 31 de agosto de 2021 (última consulta 30/09/2022), disponible en <https://www.theverge.com/2021/8/31/22650594/banksy-nft-scam-pranksy-ethereum-returned-duplicates-art>.
- CLOHESSY, T.; TREIBLEMAIER, H.; ACTON TROGERS, N.: «Antecedents of blockchain adoption: an integrative framework», *Strategic Change*, 2020, pp. 501-515, disponible en <https://doi.org/10.1002/jsc.2360>.

- CUESTA VALERA, S.; FERNÁNDEZ VALDÉS, P.; MUÑOZ VINAS, S.: «NFT y arte digital: nuevas posibilidades para el consumo, la difusión y preservación de obras de arte contemporáneo», *Artnodes*, n.º 28, 2021, disponible en <https://artnodes.uoc.edu>.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M.^a: *Tutela jurídica de bienes culturales y avances en la lucha contra el tráfico ilícito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- ESPUGA TORNÉ, G.: «Régimen jurídico de los tokens no fungibles (NFT). Breve referencia a su posible consideración como valores negociables», *Derecho Digital e Innovación*, número 12, abril-junio 2022.
- FAIRFIELD, J.: «Tokenized: The Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property», *Indiana Law Journal*, vol. 97, 4, 2022, pp. 1262-1313, disponible en <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol97/iss4/4> (última consulta 12/10/2022).
- FINUCANE, P.: *Creating with blockchain technology: The “provably rare” possibilities of crypto art*, University of British Columbia, 2018, disponible en <https://doi.org/10.14288/1.0370991>.
- FRANCESCHET, M; COLAVIZZA, G; SMITH, T, FINUCANE, B, OSTACHOWSKI, M. L, SCALET, S.: *Crypto art: a decentralized view*, Leonardo, 2020, pp. 1-8, disponible en https://doi.org/10.1162/leon_a_02003.
- GARCÍA GARCÍA, J. A.: *Régimen jurídico civil de los cripto activos*, Editorial Colex, A Coruña, 2022.
- GARCÍA HERRERA, V.: «Disposición mortis causa del patrimonio digital», *La Ley*, n.º 9315, 2018, pp. 1-4.
- GARCÍA TERUEL, R. M.^a: *La tokenización de bienes en blockchain. Cuestiones civiles y tributarias*, Editorial Aranzadi, 2020.
- HASAN, S; DE FILIPPI, P.: «The Expansion of Algorithmic Governance: From Code is Law to Law is Code», *Field Actions Science Reports*, n.º 17, 2017, pp. 88-90.
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W.: *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*, Dykinson, Madrid, 2018.
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W.: *Derecho de blockchain y de la tecnología de registros distribuidos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- KARRETA EGIALDE, M. M.: «Artículo 337: Bienes fungibles o no fungibles», en Cañizares Laso, A., de Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J., Valpuesta Fernández, R. (dirs.), *Código civil comentado*, Vol. I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 1376-1380.

- KASTRENAKE, J.: «Your Million– Dollar NFT Can Break Tomorrow If You`re Not Carefull», *The Verge*, 25 de marzo de 2021, disponible en <https://www.theverge.com/2021/3/25/22349242/nft-metadata-explained-art-crypto-urls-links-ipfs>.
- LAVANDA OLIVA, M.; GASTAÑADUÍ, G.: «Desmitificando a los no fungibles tokens: la tecnología que está revolucionado al arte digital», *IIE*, XXVI EDICIÓN, 2022, pp. 27-53.
- LEMERCIER, J.: «The problem of CryptoArt», *Studio Joanie Lemercier* (blog), 17 de febrero de 2021, disponible en <https://joanielemercier.com/the-problem-of-cryptoart/>.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P.: «El acceso de los fiduciarios mortis causa (y otros) a los activos digitales de los sujetos fallecidos o incapacitados. Nota a la Ley Modelo Americana sobre el acceso de los fiduciarios a los activos digitales (UFADAA)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 15, 2015, pp. 7-24, disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, N.: «Reflexiones en torno a la protección post mortem de los datos personales y la gestión de la transmisión mortis causa del patrimonio digital tras la aprobación de la LOPDGDD», *Derecho Privado y Constitución*, 35, 2019, pp. 169-212, disponible en <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.35.05>.
- MIÑARRO, C. ARIADNA, R.: «El IDEAL Barcelona se adentra en la mente de Dalí a través de la primera experiencia mundial de metaverso colectiva», *NIUS*, Barcelona, 28/05/2022, disponible en https://www.niusdiario.es/espana/catalunya/20220528/ideal-barcelona-adentra-mente-dali-experiencia-mundial-metaverso-colectiva_18_06548843.html.
- MORIN, V.: «Réflexion sur les Jetons Non-Fongibles (NFT)», Université Laval, disponible en <https://www.pensezblockchain.ca/reflexion-sur-les-jetons-nonfongibles-nft> (última consulta, 20 de octubre de 2022).
- MORALEJO IBERNÓN, N.: «El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales», *ADC*, tomo LXXIII, 2020, fasc. I, pp. 241-281.
- NASARRE AZNAR, S.: «Naturaleza jurídica y régimen civil de los tokens en “blockchain”», en García Teruel, R. M., *La tokenización de bienes en blockchain*, Pamplona, Editorial Aranzadi, S.A.U., 2020, pp. 61-108.
- OUL YOUM, H., YEON KIM, M., HURWITZ, S.: «Distributed ledger technology terms and definitions. ITU-T Focus Group», *Application of Distributed Ledger Technology*, agosto, 2019. Disponible en <https://www.itu.int/en/ITU-T/focusgroups/dlt/Documents/d11.pdf>.

- PÉREZ LLORCA: «Web 3. Aproximación jurídica», julio, 2022, disponible en <https://www.perezllorca.com/actualidad/nota-juridica/web3-aproximacion-juridica/>.
- PIPKIN, E.: «But the environmental issues with cryptoart will be solved soon, right?», Medium, 14 de marzo de 2021. Disponible en <https://everestpipkin.medium.com/but-the-environmental-issues-with-cryptoart-1128ef72e6a3>.
- PRENAFETA RODRÍGUEZ, J., «Smart contracts: aproximación al concepto y problemática legal básica», *Diario La Ley*, n.º 8824, 15 de septiembre de 2016.
- KWAN, J, «An artist died. Then thieves made NFTs of her work», *Wired UK*, 28 de julio de 2021, (ultima consulta 27 / 10 / 2022), disponible en <https://www.wired.co.uk/article/nft-fraud-qinni-art>.
- RAHMA, S.: «NFT's (Non-Fungible Tokens) – Risks, Regulation and The Law», *Rahman Ravelli*, 2022. Disponible en <https://www.rahmanravelli.co.uk/expertise/nfts-non-fungible-tokens-risksregulation-and-the-law/> (junio, 2022).
- RÍOS LÓPEZ, Y.: «La tutela del consumidor en la 'contratación inteligente'», *Vlex*, n.º 9, 2019, pp. 1-12, disponible en <https://vlex.es/vid/tutela-consumidor-contratacion-inteligente-756319901>.
- SANTOS MORÓN, M.^a J.: «La denominada “herencia digital”: ¿necesidad de regulación? Estudio de derecho español y comparado», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, n.º 1, marzo, 2018, pp.413-438.
- TORRES, A., BUXLER, N.: «Bill Gates: Crypto and NFTs are Based on “The Dumbest Theory”», *BeIN crypto*, 16 de junio de 2022, disponible en <https://beincrypto.com/bill-gates-crypto-and-nfts-are-based-on-the-dumbest-theory>.
- WILLIAMS, R.: «Would you pay millions for art you can't touch? Inside the weird world of NFT digital art», *inews.co.uk*, 2 de abril de 2021, (última consulta 25 / 10 2022), disponible en <https://inews.co.uk/news/technology/pay-millions-art-you-cant-touch-inside-nft-digital-art-940943>.
- WONG, C.: «Can Bruce Willis Leave His iTunes Collection to His Children?: Inherability of Digital Media in the Face of EULAs», *Santa Clara High Technology Law Journal*, 29, 4, 2013, pp. 703-761, disponible en <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4128>.

Arquitectura de Autor. Reflexiones sobre la protección jurídica de la arquitectura contemporánea¹

Author Architecture. Reflections upon the legal protection of contemporaneous architecture

PAZ SOLER MASOTA

Profesora titular de Derecho Mercantil, UPF

Doctora en Bellas Artes por la UB

Dedicado siempre a mi primer ahijado Jaime Esteban Pascual, un gran hombre ya y magnífico arquitecto en ciernes. Y a Josep Juvé Raventós, a quien le debo tanto, incluido el generoso acceso a su magnífica biblioteca de arte, su magisterio y, sobre todo, su amistad y contagiosa *joie de vivre*.

Resumen

Si hay un tema inmenso para tratar en Derecho de autor... es la Arquitectura. A este ensayo preceden –y seguirán– muchos otros, los referenciados en este estudio y otros tantos. Pocos temas en Derecho poseen,

-
1. Este trabajo se enmarca en el Proyecto PID2022-136567NB-I0, financiado por MCIN / AEI / 10.13039/501100011033 / FEDER, UE, *Bases para la modernización y mejora del régimen de la propiedad industrial e intelectual ante los desafíos de la agenda digital y las exigencias de sostenibilidad*.

en verdad, una perspectiva tan inabordable en las fronteras entre la técnica y el arte. Apasionante como es esta disciplina, el jurista debe descender a los mimbres de lo suyo, a saber, tratar de establecer lo que es protegible y hasta cómo, dónde y cuándo. Las páginas que siguen caminan en esta línea, intentando abrir un diálogo amplio en el que se avanza varias propuestas, todas ellas revisables como es obvio, y que giran sobre todo en considerar prevalente el diseño o proyecto de la edificación a efectos de su tutela, siendo así la construcción resultante protegible en tanto que reproducción o, en su caso, transformación de aquellos; todo ello siempre que el diseño sea original por objetivamente novedoso respecto de lo común (trátese de lo que hemos dado en llamar gran arquitectura por su valor indiscutiblemente artístico o de la arquitectura profesional, pero con gesto estético). En punto al concepto legal de autoría sobre la arquitectura de autor, son varias las voces sectoriales expertas que recientemente apuntan hacia una cierta dilución de esta noción en pro de un reconocimiento de base más amplia, para dar cabida a todos los que participan en el proceso creativo del diseño, en especial cuando éste tiene por objeto una obra arquitectónica compleja; en este trabajo, con todo, se considera que esta clase de construcciones se corresponden, por lo general, con la de una obra realizada bajo la coordinación de su responsable último, el arquitecto o estudio de arquitectura a quien, a falta de pacto, han de acrecer los derechos de autor relativos. En fin, en la arquitectura de autor la creatividad convive de la mano de la utilidad a la que la edificación sirve, circunstancia que sobrevuela todo el análisis jurídico aplicable, desde lo que debe considerarse como obra protegible hasta el alcance de los derechos sobre la misma.

Palabras clave

Arquitectura. Arquitecto. Edificación. Construcción. Diseño. Planos. Autor. Autoría. Originalidad. Integridad de la obra. Paternidad de la obra. Divulgación de la obra. Reproducción de la obra. Transformación de la obra. Destrucción de la obra. Contrato de obra. Contrato de construcción.

SUMARIO: I. SOBRE EL OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO: DE LA ARQUITECTURA PROFESIONAL AL ARTE ARQUITECTÓNICO. II. SOBRE EL CARÁCTER FUNCIONAL DE LA OBRA ARQUITECTÓNICA: FIRMITAS, UTILITAS, VENUSTAS. III. SOBRE LA NOCIÓN DE OBRA ARQUITECTÓNICA DE AUTOR: DE PLANOS, BOCETOS, MAQUETAS Y... LA EDIFICACIÓN RESULTANTE. IV. SOBRE LA AUTORÍA DE LA OBRA EN LA ERA DIGITAL.
1. *Un canto a la vigencia del concepto jurídico de autoría frente a sus ac-*

tuales detractores. 2. (sigue) La delimitación entre autoría única, coautoría y autoría de parte en la obra arquitectónica. V. DE LA ORIGINALIDAD EN LA ARQUITECTURA DE AUTOR. VI. EL ALCANCE DE LOS DERECHOS DE AUTOR SOBRE LA OBRA ARQUITECTÓNICA. 1. Breve recordatorio: sobre la titularidad y el objeto de los derechos de autor respecto de la obra arquitectónica. 2. (sigue) Y una advertencia preliminar: sobre las circunstancias que obran como límites al goce de los derechos que sobre la obra arquitectónica ostenta su autor y, en su caso, el tenedor legítimo de los derechos de explotación. 3. Referencia al alcance de los derechos morales sobre la obra arquitectónica de autor. 4. Referencia al ejercicio de los derechos de explotación sobre la obra arquitectónica de autor. VII. EPÍLOGO.

Abstract

Should one issue be labelled as immense to deal with in Copyright... that is Architecture. This essay is preceded –and shall be followed– by many others. Indeed, very few matters accuse such a vast perspective to be overcome, in-between the frontiers of technics and art. Fascinating as this discipline is, the jurist needs to descend to its own abilities in order to reflect on what is susceptible of protection and to what extent as per how, where and when. The lines that follow walk in this line, attempting to foster an open dialogue by launching several proposals, each and all of them obviously revisable, which are mainly to prevail, in terms of its legal protection, the design over the resulting construction which shall also merit autonomous protection as reproduction or eventually, transformation thereof. In any case, the work of architecture has to be original, which shall be considered as such if objectively new *vis-à-vis* the state-of-the-art (being it the so-called great architecture due to its indisputable artistic value or the professional architecture if endowed with an aesthetic gesture). As per the legal concept of authorship within this field of knowledge, various sectorial expert voices have recently claimed a certain dilution thereof in favor of a recognition on a wider basis, in order to include all those who take part in the creative process of the design, in particular where this deals with a complex work of architecture. Yet in this essay, it is maintained that even this type of constructions corresponds usually to those executed under the coordination of its ultimate responsible figure, herein the architect –or the architecture firm– whom, in the absence of any agreement or covenant otherwise setting forth, should be entitled with the copyrights thereupon. Lastly, in the field of author architecture, creativity holds hands with the utility which the construction serves to, this circumstance overflying all the legal analysis, from what is to be eligible as protected work to the scope of the rights thereupon.

Keywords

Architecture. Architect. Building. Construction. Design. Plans. Author. Authorship. Originality. Work integrity. Divulcation. Reproduction. Transformation. Demolition of the work. Hired work. Construction agreement.

SUMMARY: I. ON THE SUBJECT-MATTER OF THIS ESSAY: FROM THE PROFESSIONAL ARCHITECTURE TO THE ARS ARCHITECTURA. II. ON THE FUNCTIONAL FEATURE OF A WORK OF ARCHITECTURE: FIRMITAS, UTILITAS, VENUSTAS. III. ON THE NOTION OF AUTHOR ARCHITECTURE: ABOUT PLANS, BLUEPRINTS, MOCKUPS AND... THE RESULTING BUILDING. IV. ON AUTHORSHIP IN THE DIGITAL ERA. 1. *In praise of the validity of the legal concept 'authorship' versus its current contenders.* 2. (cont.) *The delimitation between sole authorship, co-authorship and partial authorship on a work of architecture.* V. ON THE ORIGINALITY OF AUTHOR ARCHITECTURE. VI. ON THE SCOPE OF THE COPYRIGHT UPON A WORK OF ARCHITECTURE. 1. *A brief reminder: on the ownership and subject-matter of copyright on a work of architecture.* 2. (cont.) *And a preliminary cautionary note: on the circumstances which operate as limits to the copyright for the author of a work of architecture (or eventually for the legitimate holder of its exploitation rights).* 3. *Reference to the scope of moral rights on an author work of architecture.* 4. *Reference to the exercising of the exploitation rights on an author work of architecture.* VII. EPILOGUE.

I. SOBRE EL OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO: DE LA ARQUITECTURA PROFESIONAL AL ARTE ARQUITECTÓNICO

El arte de la construcción de edificios es el principio de todo: aunque no supiéramos teñir ni tejer, aunque no tuviésemos oro, ni plata, ni tinturas con las que pintar... aún podríamos concebir un arte digno de tal nombre que conduciría a todo lo demás solo con que pudiésemos conseguir madera, piedras y cal y unas pocas herramientas cortantes para hacer que esas cosas tan comunes no solo nos protejan del viento y otras inclemencias, sino que también expresen las ideas y aspiraciones que latén

en nuestro interior. La arquitectura nos encaminaría a todas las otras artes...

William MORRIS, *The Beauty of Life*²

La arquitectura es el arte totalizante y superior por excelencia, una experiencia global en la que tienen cabida todas las demás formas de creación y en la que todas las maestrías, desde las más humildes a las más refinadas, se auxilian al tiempo que subordinan entre sí para construir espacios que el hombre habitará, visitará ocasionalmente o conocerá por sus lecturas. Entre todas las disciplinas artísticas, tal vez la arquitectura sea la que más influye en nuestro transitar por este mundo, de modo decidido en nuestra vida cotidiana e incidental y más contemplativo en nuestros momentos de solaz: *le damos forma a nuestros edificios, y ellos a su vez nos conforman*, en la conocida cita de Sir Winston Churchill³. Es por ello que escribir sobre arquitectura aboca un tanto al abismo así como a un constante ejercicio de humildad, no solo por la inmensidad del tema en el espacio y en el tiempo sino porque sobre el mismo se han pronunciado muy destacadas autoridades en diversos ámbitos del pensamiento: arquitectos por supuesto, artistas, filósofos y, por lo que hace aquí, juristas de relieve cuyas voces irán apareciendo a lo largo de estas páginas. Tal cantera de conocimiento obliga, pues, a afinar los contornos de esta aportación que, de entrada y sin perjuicio de alguna referencia aislada a épocas pasadas, se centrará en la arquitectura moderna o, por mejor decir, contemporánea⁴, en tanto que solo ésta es susceptible

2. Cita tomada de Julio MONTEVERDE, *Lo que la Arquitectura espera ser. William Morris y el método de construcción de la libertad*, en su prólogo al libro *William Morris, Arquitectura (Textos Reunidos)*, Editorial Pepitas, Logroño, 2023.
3. (N. de la A. del original): «*we shape our buildings, and afterwards our buildings shape us*». Esta frase se extrae de un discurso pronunciado por el dignatario el 28 de octubre de 1943, tras el bombardeo de la Cámara de la House of Commons, que él proponía reconstruir si bien en un espacio más reducido. La cita completa reza: «*On the night of May 10, 1941, with one of the last bombs of the last serious raid, our House of Commons was destroyed by the violence of the enemy, and we have now to consider whether we should build it up again, and how, and when. We shape our buildings, and afterwards our buildings shape us. Having dwelt and served for more than forty years in the late Chamber, and having derived very great pleasure and advantage therefrom, I, naturally, should like to see it restored in all essentials to its old form, convenience and dignity*».
4. El nacimiento de lo que se entiende por los expertos como *arquitectura moderna* se sitúa, en rigor, a mediados del siglo XVIII, provocado por las profundas transformaciones técnicas que propiciaron, junto a otros factores culturales y territoriales, un cambio radical de paradigma en el desarrollo de nuevas construcciones. De ello da buena cuenta Kenneth FRAMPTON, en su obra *Modern architecture: A critical history*, Londres, Thames&Hudson, última edición de 2023; hay versión en castellano, *Historia crítica de la*

de protección por Derecho de autor y, sobre lo anterior, en la construcción de edificaciones, sin entrar pues en el tratamiento de obras de ingeniería⁵, paisajísticas, de la denominada arquitectura de interiores⁶ o la arquitectura luminosa⁷, como tampoco en el diseño de espacios públicos ni en proyectos urbanísticos. Como es sabido, la tutela por Derecho de autor tiene carácter temporal de modo que, una vez extinguidos los derechos relativos, la protección de los edificios se restringe a aquellos de valor notable en función de su particular relevancia, calidad y valía histórica, artística o por su antigüedad, en nuestro caso bajo el amparo y el procedimiento establecido por la Ley 16/1985, de 25 de junio, *del Patrimonio Histórico Español*, siendo de particular interés, como habrá ocasión de reseñar, la reforma de los mismos mediante la incorporación de nuevos elementos arquitectónicos.

Desde la que impacta al ojo a la más contenida en su expresión, la arquitectura resulta siempre de una asociación entre ciencia e intencionalidad intelectual, entre mente y materia. El arquitecto concibe espacios que, por

arquitectura moderna, Barcelona, Editorial Gustavi Gili, GG, que ya va por su 4.ª edición de 2021.

5. Que deberían merecer, por sí solas, un tratamiento específico por Derecho de autor, en tanto que su carácter funcional condiciona severamente su consideración como originales. De ahí que en otros ordenamientos, como en el italiano, se haya previsto un derecho conexo para su protección: *vid.* Rodrigo BERCOVITZ, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 2019, 4.ª ed., p. 186. Ahora bien, y como acertadamente apuntan Juan A. CUERVA DE CAÑAS y Luis CASTELLVÍ, «Arquitectura de Autor: un análisis de ciertos problemas suscitados en torno a la obra arquitectónica y la propiedad intelectual», *Pe.i. Revista de la Propiedad Intelectual*, n.º 36, septiembre/diciembre 2010, pp. 13 y ss., p. 32, cuestión distinta es que, en la práctica, los eventuales conflictos en torno a este tipo de obras se intenten llevar al ámbito de la arquitectura y no de la ingeniería, toda vez que aquel ofrece un mayor espacio para la calificación respecto de su originalidad. Ello quedó patente en el conocido como *Caso Calatrava* (el *Zubi Zuri* o Puente Blanco) al que se refieren los autores y del que se dará cuenta más adelante. En este contexto, resulta llamativa la posición del renombrado artista Donald Judd, quien, fascinado por las obras de ingeniería, llegó a mantener que constituían lo mejor de la arquitectura contemporánea del siglo XX: en Marianne STOCKEBRAND (ed.), *Donald Judd. Architecture*, Hatje Kantz, Ostfildern-Ruit, 1989, p. 141, afirmación esta que sin duda haría levantar una ceja a Walter Gropius, cofundador de la Bauhaus, de quien es conocido el aforismo que proclama que «la arquitectura comienza allí donde acaba la ingeniería».
6. *Vid.* Alejandra GONZÁLEZ, *Los derechos del autor sobre la obra de arquitectura, paisajismo y diseño de interiores. Regímenes de protección y perspectivas de regulación*, Tesis doctoral inédita, UAM, fecha de lectura: 22 de septiembre de 2017.
7. *Vid.* Rodrigo ALMONACID, «Arquitectura luminosa y modernidad. El fenómeno de la 'Lichtarchitektur' en la arquitectura moderna entreguerras en Alemania y España», *Cuaderno de Notas*, n.º 20, 2019, pp. 1 y ss.

encima de su funcionalidad, reflejan una vocación humanística⁸. En su proceso creativo, el arquitecto capta la utilidad y versatilidad de las formas que empleará y, al tiempo, su significado, para pensar lugares llamados a ser habitados por el hombre. Pero hasta llegar ahí, se sumerge en un intrincado universo de trazos lineales, cálculos e íntimas reflexiones que finalmente convergerán entre sí generando una pauta geométrica donde el rigor convive con un ideal: *la línea como sueño*, como expresaba Paul Klee en las clases que impartía en la Bauhaus. Es en obras de esta fecunda escuela donde la utilidad en los elementos que componen el diseño se ensalza al extremo⁹, al igual que ocurre con las propias de autores como Robert Venturi y sus edificios tan directos visualmente¹⁰ o, entre nosotros, como sucede con los sublimes planteamientos presentes en el método de abstracción de Pablo Palazuelo¹¹, o los de mi muy admirado y apreciado Carles Ferrater, cuyas geometrías, se ha dicho, sirven como herramienta para crear una relación armoniosa entre elementos naturales y artificiales.

Valga avanzar que la fuerte dependencia de la técnica ha mermado largamente la integración de las obras arquitectónicas entre las protegibles por Derecho de autor¹², tutela que en la actualidad no se cuestiona en absoluto, todo ello sin perjuicio de ciertas precisiones en cuanto a su alcance –sobre todo cuando se trata de construcciones más sencillas– tal como se expondrá más adelante.

En esta línea de consideraciones, toda disciplina del saber aplicada a estudios sobre arquitectura ha distinguido tradicionalmente –atendiendo a

8. El filósofo francés Henri LÉFEBVRE, en su obra *El derecho a la ciudad*, Capitán Swing (Madrid), 2018, pp. 41-42, contempla la arquitectura como un proceso humanista que invoca al pueblo, a la comunidad, al barrio, al ciudadano.
9. De trascendental lectura, como es su sello, léanse las reflexiones de mi admirado y querido Arturo LEYTE, *Lo Inhabitable*, en Martin HEIDEGGER, *Construir, Habitar, Pensar*, la versión en lengua española comentada por Arturo LEYTE y Jesús ADRIÁN, publicada por la Oficina de Arte y Ediciones, Madrid, 2015, pp. 77 y ss., p. 80.
10. Cuyas potentes hechuras derivan de su expresión funcional, en palabras de Vincent SCULLY, en su introducción al libro de Robert VENTURI, *Complejidad y contradicción en la arquitectura*, en su versión en castellano publicada por la Editorial Gustavo Gili, Barcelona, 2015, p.15.
11. De imprescindible consulta para comprender su proceso creativo es el catálogo publicado con ocasión de la reciente exposición organizada por el Museo ICO y la Fundación Palazuelo bajo el título *Pablo Palazuelo. La línea como sueño de arquitectura*, en marzo de 2023. Nunca mejor dicho, transitar por sus líneas constituye un soberbio ejercicio de aprendizaje para el lector. Agradezco a mi apreciada Clara Rodríguez-Spiteri, paisajista de enorme prestigio y sobrina del autor, que pusiera en mis manos este ejemplar.
12. De ello da buena cuenta Jorge ORTEGA en su monografía *Arquitectura y Derecho de autor*, Editorial Reus, Madrid, 2005, pp. 15 y ss.

un criterio basado en méritos fundamentalmente estéticos— entre una arquitectura de mayor entidad y otra de menor nivel creativo e incluso simplista por más apegada a la generación de lugares habitables: así lo hacen los propios arquitectos cuando se refieren a espacios en los que la diferenciación sobre lo establecido representa un salto cualitativo generando construcciones icónicas e incluso movimientos o estilos (desde el manierismo más afectado al brutalismo más duro por exento y áspero a la vista), distinguiéndolos de aquellos otros en los que impera una funcionalidad estricta (desde una fábrica a una modesta vivienda de protección social), mas no por ello restándoles a estos últimos su mérito arquitectónico, por cuanto susceptibles de hacer virtud desde la necesidad más elemental¹³. Y lo que es más, han sido muchas las voces de insignes arquitectos (ya desde William Morris en 1884 o Walter Gropius en 1913) reclamando que espacios estrictamente funcionales —como los fabriles— tuviesen un ropaje digno capaz de llamar la atención de los transeúntes y, sobre todo, que se idearan para procurar a los obreros un espacio bello susceptible de inocular un soplo de vida en la monotonía del trabajo mecánico —y también, por qué no decirlo, mejorar su rendimiento—¹⁴. En suma, y en palabras del reputado Jacques Herzog (Herzog/de Meuron) —transcribo literalmente— *la buena arquitectura puede ser también muy ordinaria y no captar tu atención de buenas a primeras*¹⁵.

Sin abandonar todavía este contexto, tal vez sorprendan las consideraciones entusiastas de Bernard Rudofsky sobre lo que bautizó como la *arquitectura sin arquitecto*, alabando la bondad de espacios y viviendas construidos sin un guion técnico —de carácter vernáculo o indígena, generalmente levantados por mano anónima— de los que cabe aprender por la sabiduría de las soluciones que se plantean a los problemas más primordiales del

13. Entre otros arquitectos de extracción generalmente americana destaca en este sentido la posición de John Brinckerhoff, historiador del paisaje en la Universidad de Harvard, quien ha loado la espiritualidad de espacios concebidos en torno a zonas dominadas por el componente del aparcamiento de automóviles, tales como grandes superficies comerciales (*shopping malls*), los aparcamientos de camiones (*truck stops*) o los polígonos industriales de almacenamiento (*loading docks*). Vid. ulteriormente, Félix de AZÚA, *Diccionario de las Artes*, Planeta, Barcelona, 1999, 3.ª ed., pp. 38 y ss. quien ha sido, además de un prolífico escritor en muchos órdenes, profesor de Estética en la Escuela de Arquitectura de Barcelona.
14. Vid. respectivamente William MORRIS, «Una fábrica tal y como debe ser/El trabajo en una fábrica tal y como debe ser», en W. MORRIS, *Arquitectura*, op. cit., pp. 77 y ss.; y Peter GÖSSEL, «¿Qué es la arquitectura moderna?», en Aurelia&Balthazar TASCHEN, *Arquitectura Moderna de la A a la Z*, Taschen, Köln, 2022, pp. 5-6.
15. En Llätzer MOIX, *Palabra de Pritzker. Conversaciones con 23 ganadores del principal premio de arquitectura*, Editorial Anagrama, Barcelona, 2022, p. 168.

habitar¹⁶, palabras que resuenan en las reflexiones de Renzo Piano, en tanto que califica este tipo de edificaciones como expresivas del alma de sus moradores¹⁷; del mismo modo que siempre nos impresionará la aparentemente cándida y asequible pero muy honda introspección que Junichiro Tanizaki realiza sobre los valores arquitectónicos con ocasión de la construcción de la que fuere su casa, en un delgado opúsculo que ha sido refrendado por tantos arquitectos como un libro de almohada iniciático, cuya lectura ensalza los sentidos porque trasciende a su intención inicial: *Elogio de la Sombra*, en verdad, condensa todo el saber de la estética japonesa por contraposición a la occidental, más prolija en ostentación, ornamentos y barnices.

Pues bien, entre las categorías –todas ellas válidas– que se han manejado para realizar esta distinción de género –la *arquitectura de autor*–, me quedo con aquella nomenclatura que habla de dos especies o clases, a saber, de la *arquitectura profesional* y la *gran arquitectura* (o *artística*), pero cuidado: sin contraponerlas necesariamente, pues, en este trabajo, ambas han de recibir su espacio por méritos propios. La idea es, en todo caso, clara, se acuda a una terminología u otra. Y es sobre esta delimitación que se ha articulado el contenido del presente trabajo, cual hilo conductor de un discurso que fluirá del modo que sigue: en un primer estadio, parece oportuno revisar cuestiones generales como la propia noción de qué ha de entenderse por obra arquitectónica protegible en el ámbito del Derecho de autor (*infra sub*

-
16. Su capacidad agitadora de lo que hay que entender como arquitectura digna de apreciación se manifestó en la actividad que ejerció como profesor universitario y conferenciante a lo largo y ancho del planeta, pero, sobre todo, mediante las exposiciones celebradas en instituciones norteamericanas entre la década de los 40 y los 70, destacando la realizada en el Museo de Arte Moderno de Nueva York (MOMA) que se inauguró el 9 de noviembre de 1964, bajo el título *Architecture without Architects*. Su trabajo ha sido publicado recientemente en castellano como *Arquitectura sin arquitectos: Una breve introducción a la arquitectura sin pedigrí*, por la editorial Pepitas (Logroño), en noviembre de 2020. Es un libro deleitable y estimulante, pues nos incita a ver y aprender a ver, como nos diría Álvaro SIZA (en Llätzer MOIX, *Palabra de Pritzker*, op. cit., p. 47) y en el que, por cierto, se recogen bellísimas muestras de la arquitectura tradicional española, como los soportales de Garrovillas, la logia de las casas de la Plaza Mayor de Chinchón, lo que dio en llamar como arquitectura *cuasisagrada* (sic) de los hórreos gallegos, o la referencia a varios castillos austeros e imponentes como el de Villarejo de Salvanes, cerca de Madrid, o el de Montealegre, en la provincia de Valladolid.
 17. «En arquitectura –sostiene Piano– las piezas funcionan siempre. La arquitectura es el arte de dar respuesta a necesidades, pero también a deseos y sueños. Cuando vemos una pequeña casa en África, en el Pacífico o en un paisaje rural italiano... No es nunca solo un techo, es también el símbolo de una familia. No es solo un cascarón protector. Representa algo. Y la arquitectura lo sabe» (en Llätzer MOIX, *Palabra de Pritzker*, op. cit., p. 127).

III) y, muy ligada a la anterior, respecto de la autoría sobre la misma (*infra sub IV*), así como del baremo para medir la originalidad de la obra arquitectónica (*infra sub V*). Sobre lo anterior, este estudio se dedicará a precisar el alcance de la protección jurídica por Derecho de autor respecto de las obras arquitectónicas, tanto en la vertiente de los derechos morales (*infra sub VI.3*) como en la relativa al ejercicio de los derechos de explotación sobre las mismas (*infra sub VI.4*). Lo que se pretende con este estudio no es agotar el tratamiento de estas materias –imposible misión donde las haya–, sino ofrecer un nuevo marco argumental que mueva, ojalá sea así, a ulteriores reflexiones.

Pero antes de adentrarnos en estas cuestiones de calado jurídico, invito al lector a detenerse un momento en el tratamiento de un asunto sobre el que se han vertido ríos de tinta de la mano de los arquitectos más señeros, a saber: acerca del carácter funcional de toda construcción (*infra sub II*), pues es sobre este elemento que ha de pivotar en gran medida el análisis jurídico que nos atañe.

II. SOBRE EL CARÁCTER FUNCIONAL DE LA OBRA ARQUITECTÓNICA: *FIRMITAS, UTILITAS, VENUSTAS*



Thomas Cole, *El Sueño del Arquitecto*, 1838¹⁸

En su tratado clásico *De Architectura*, proponía Marco Vitruvio que la arquitectura, para ser considerada como tal, debía necesariamente concitar

-
18. Imagen tomada de la obra de Edward HOLLIS, *The Secret Lives of Buildings. From the Ruins of the Parthenon to the Vegas Strip in Thirteen Stories*, Picador, New York, 2009, p. 1, para ilustrar su introducción.

en armonioso equilibrio tres principios fundamentales, a saber: la *firmitas* (firmeza), entendida como solución constructiva o material propuesta por el edificio; la *utilitas* (utilidad), que guarda relación con los usos y programa a los que el mismo se destina; y la *venustas* (belleza), que se incorporaría sobre los anteriores¹⁹.

Si hablamos de la *firmitas*, toda edificación, en efecto, parte de su contingencia, supeditada como está a las características del terreno donde se elevará, así como al entramado de resoluciones para subvenir los problemas técnicos que se plantean en su construcción. A lo anterior debe añadirse que sobre la concepción y ejecución de toda obra arquitectónica pesa un conjunto normativo orientado a garantizar que la misma cumpla con una serie de exigencias de carácter técnico sobre la propia construcción, al tiempo que sobre su accesibilidad y seguridad en un sentido amplio (pues abarca aspectos que van desde la protección contra incendios al impacto medioambiental)²⁰.

Por lo que interesa al análisis jurídico, aun siendo cierto que toda expresión arquitectónica se subordina a la toma de una serie de decisiones de carácter técnico (más o menos comunes), esta circunstancia no ha de malograr su tutela por Derecho de autor, la cual será algo más compleja de establecer, pero no imposible como hemos de ver, respecto de obras de escaso o menor valor artístico.

Ahora bien, la *utilitas* del edificio sí posee implicaciones de relevancia en cuanto a su tratamiento jurídico en el marco que nos ocupa. De hecho, tal vez la arquitectura sea, de entre todas las obras del ingenio humano protegibles por el Derecho de autor, la más constreñida en cuanto al alcance de su tutela. Y ello, debido al uso al que la construcción vaya a destinarse²¹.

-
19. Vitruvio fue un arquitecto de la Roma de Augusto que ha llegado hasta nosotros no porque se conozcan los edificios que pudo haber construido, sino por su tratado *De Architectura*, una extensa obra conformada por diez libros que ha tenido una enorme importancia en la tradición europea, al menos a partir de Leon Battista Alberti y de la edición de Daniele Barbaro con los dibujos de Andrea Palladio en 1556. Su referencia es constante en todo trabajo sobre arquitectura, incluidos aquellos de carácter jurídico.
 20. Exigencias, por lo demás, que se mantienen en el tiempo, debido a la obligada inspección técnica a la que se somete periódicamente toda edificación para cohonestar la seguridad del inmueble y la de las personas que lo habitan o usan. Y otro tanto vale decir, por lo que hace a nuestro ordenamiento, cuando se trata de la rehabilitación de un edificio que sobrepase, al menos, los cincuenta años de antigüedad.
 21. En lugar de muchos R. BERCOVITZ, en *Comentarios*, op. cit., pp. 185-186; Javier BERDAGUER, «El derecho a la integridad de la obra arquitectónica», *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, Tomo VII, 2019, pp. 23 y ss., p. 23. Cfr. asimismo WORLD

En la concepción de la obra, la libertad creativa del arquitecto se halla cercenada, pues ha de acomodarse, entre otras circunstancias, como el presupuesto dado, al destino o utilización para los que el inmueble se proyecta, como, en su caso, a las indicaciones, requerimientos o gustos del comitente de la edificación que se erigirá. No en vano, la construcción (tanto más la de cierta envergadura) suele ser por encargo en la mayoría de los casos, ya sean estos de carácter público o privado.

Así entendida, la utilidad informa desde su base tanto el proceso de concepción como el de ejecución de una edificación. La misma forma ha de servir a la función, como nos enseñaba Mies van der Rohe siguiendo a Louis Sullivan²²; tal vez por ello la arquitectura sea el arte más cercano a la realidad, como sostenía Peter Behrens²³. Trasladado este dato a lo jurídico, la utilidad a la que la construcción obedece es circunstancia que ha de tomarse en consideración esencial a lo largo de este ensayo, y muy en particular por lo que se refiere a la definición de lo que ha de entenderse por obra arquitectónica protegible, así como al alcance de los derechos de autor sobre la misma, en especial cuando se plantee un eventual conflicto entre estos y los intereses de quien encargó el proyecto arquitectónico, así como, eventualmente, los del propietario de la construcción en cada momento, así como los propios del usuario legítimo –*v. gr.*, un usufructuario, un arrendatario–.

De su parte, la noción de *venustas* no deja de ser relativa, pues qué ha de entenderse por bello está en función de los tiempos y de la mirada personal del evaluador: si algo caracteriza a la época moderna es la diversidad de especies estilísticas de calidad entre lo que hemos dado en calificar como gran arquitectura –o *música petrificada* en palabras de Wolfgang Goethe–, así como, en consecuencia, por el hecho de que edificaciones que para unos son hermosas a otros provoquen un rechazo insalvable: para ilustrar este punto, acudimos a la muy controvertida *Haas House* de Hans Hollein ubicada en la plaza Stock-im-Eisen de Viena, rodeada de fachadas tradicionales y a escasos

INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, «Works of Architecture. Preparatory Document for and Report of the WIPO (Unesco Committee of Governmental Experts (Geneva, Octubre 20 to 22, 1986) «, *Copyright, Monthly Review of the World Intellectual Property Organization (WIPO)*, n.º 12, December 1986, pp. 403 y ss., p. 406.

22. Muy recomendable el vídeo titulado MIES, producido por Michael Blackwood en 1986 con ocasión de la celebración del centenario de su nacimiento y en el que participan arquitectos como Robert. A.M. Stern, Arthur Drexler, Robert Venturi o Philip Johnson. El documental es accesible (aunque no todavía en España) a través de la plataforma de Prime Video de Amazon.
23. En A. & B. TASCHEN, *Arquitectura Moderna*, *op. cit.*, p. 69.

metros de la catedral de San Esteban, la cual se refleja en la piel especular del edificio postmodernista (fig. 1): la construcción, que se inició en 1985 y concluyó en 1990 suscitó desde el principio –y aún hoy lo hace– una feroz polémica entre quienes la consideran un dislate estético y quienes la alaban como una muestra del eclecticismo más genial; no en vano, le valió a su autor la obtención del prestigioso premio Pritzker en 1985²⁴.



(fig. 1) Haas House, de Hans Hollein

La cuestión aquí es si este rasgo –la belleza– es determinante o no para conceder a una construcción la consideración de obra protegible por Derecho de autor. En coherencia con lo expuesto en líneas anteriores y siempre a mi entender, lo que podríamos denominar genéricamente como *arquitectura de autor* acogería en su seno tanto a la gran arquitectura como a la arquitectura profesional: en la primera categoría ingresarían obras maestras atribuibles de modo indubitado a un concreto autor, movimiento o estilo arquitectónico; obras, en suma, que gozan del reconocimiento de la academia y también del público; obras que se asocian con lo bello o artístico que suele surgir de la genial impronta de su autor, quien a través de sus diseños expresa y proyecta su experiencia personal, la comprensión de su tiempo y las necesidades del hombre o incluso sus reivindicaciones político-sociales a través de una nueva

24. Vid. Anatxu ZABALBEASCOA, «Hans Hollein, arquitecto ecléctico y atrevido», *El País*, 28 de abril de 2014. Agradezco el conocimiento sobre Hans Hollein a mi amigo y arquitecto Clemens Nocker, un gran admirador suyo y un magnífico compañero de paseo por la arquitectura vienesa más emblemática.

estética²⁵; obras, en suma, concebidas para ser intemporales, por más que toda edificación esté sometida al devenir del tiempo y a la idiosincrasia de quienes la habiten en cada momento, moldeándola a sus necesidades²⁶. Calificar estas obras como originales y, por lo tanto, como protegibles por Derecho de autor no habrá de revestir mayores dificultades. Pero también, y como apenas quedó apuntado, el género arquitectura de autor abarcaría asimismo a la arquitectura profesional, la que no se pierde en pretensiones fantasiosas y va directamente al grano, la que trabaja rápidamente en el diseño y no se afana en buscar el adorno innecesario en la resolución de los problemas técnicos que la construcción plantea, la que no es tal vez bella ni grandilocuente, sino más bien insípida en su apariencia formal e incluso «*extrínsecamente feíta*»²⁷

25. El listado de casos en la Historia de cómo la arquitectura ha servido a propósitos políticos sería amplísimo. A lo que me refiero aquí es a aquellos que se corresponden con un posicionamiento más personal del arquitecto (desde su libertad creativa). Ya mencionamos en la introducción a la Escuela Bauhaus y el planteamiento social de sus creaciones. Cabría mencionar tantos otros paradigmas, pero pienso ahora en particular y en el estilo art-decó hindú (bellísimo, por cierto) que proliferó en Bombay (hoy Mumbai) en el glamuroso y optimista período que abarca desde mediados de los años 30 hasta los bien entrados 40, a modo de reivindicación frente al estilo colonial-victoriano imperante. Sus creadores, un selecto listado que compondría la primera generación de arquitectos indios modernos, se educaron según las reglas y tradiciones occidentales, e incluso algunos en Europa, quienes, imbuidos por las corrientes en boga, desearon dotar a su ciudad de una nueva geometría y escala, que acogiera a su vez gestos propios de su cultura tropical: de preciosa lectura es el primer catálogo ilustrado sobre este estilo arquitectónico por Navin RAMANI, *Bombay Art Deco Architecture. A Visual Journey (1930-1953)*, Lustre Press Roli Books, New Delhi, 2016, 2.^a ed. En la actualidad, resulta impresionante asistir en la zona que se conoce como *Oval Maidan* al diálogo físico y frontal entre estos edificios de trazado sutil, ligero y esbelto *vis-à-vis* los ejemplos representativos de la más augusta tradición británica, como la High Court, la torre Rajabai y la antigua Universidad, todos ellos mastodónticos, neogóticos y contundentes. Separados por un inmenso predio donde varios equipos practican el críquet cual inmaterial nexo de unión entre culturas, la línea de construcción británica expone categóricamente sus armas ante la delicada hilera de viviendas ensartada con delicados detalles de art-decó hindú o de lugares de ocio como el cine Eros.
26. Sobre lo que trataremos a propósito de los límites del derecho moral del autor a la integridad de la obra (*infra sub VI.3*). En este contexto, me permito aconsejar la lectura de Edward HOLLIS, *The Secret Lives of Buildings*, *op. cit.*, con traducción al castellano bajo el título *La Vida Secreta de los Edificios. Del Partenón a Las Vegas en trece historias*, publicado por la editorial Siruela en 2012.
27. De interesante –aunque triste– lectura la reciente aportación de Andrés RUBIO, *España fea. El caos urbano, el mayor fracaso de la democracia*, Debate, Barcelona, 2022. El desatino con el que se ha construido en las últimas décadas en nuestro país ha llevado a una irresponsable destrucción del territorio y al mayor de los caos en los planos urbano y paisajístico, que obliga a repensar la ciudad desde la óptica de la ética, tanto más en

—como diría Manuel Sánchez Montalbán—, pero que también está llamada a merecer dicha protección cuando la edificación no responda solo a la aplicación de soluciones técnicas primarias, sino que implique un cierto grado de diferenciación respecto del acervo común (*infra sub V*). En cualquier caso y como sostenía Christopher Alexander... *ningún edificio es perfecto nunca*²⁸.

III. SOBRE LA NOCIÓN DE OBRA ARQUITECTÓNICA DE AUTOR: DE PLANOS, BOCETOS, MAQUETAS Y... LA EDIFICACIÓN RESULTANTE

Para mí, cuando veo un plano, solo veo el plano como si fuera una sinfonía, el reino de los espacios en la construcción y la luz

Louis KAHN²⁹

Entre todas las artes, la arquitectura desempeña una función singular en la vida del hombre, cuando menos de aquellos afortunados que disponemos de un hogar, y porque todos nuestros actos cotidianos se desenvuelven en entornos concebidos al efecto: desde las estaciones de medios de transporte hasta nuestros centros de trabajo, las calles y plazas por donde transitamos, oficinas de correos, bancos y lugares de ocio como estadios de deporte, teatros y cines, restaurantes, mercados o tiendas varias; espacios, todos ellos, diseñados para un uso específico. Esta circunstancia, el hecho de regirse directamente por su utilidad, ha llevado en el pasado a discusiones sobre si la arquitectura debiera o no merecer la caracterización como disciplina artística, en tanto que no compartiría con el resto de las artes un proceso de desarrollo libre, tensión que se fue avivando en la época moderna con el auge de técnicas de ingeniería y la consiguiente mayor vinculación entre éstas y los métodos de construcción tradicionales³⁰.

Este debate también dificultó en su momento la recepción de la arquitectura entre las artes dignas de protección por Derecho de autor, controversia

tiempos de cambio climático: imprescindible aquí la reflexión de Richard SENNET, *Construir y Habitar. Ética para la ciudad*, Anagrama, Barcelona, 2019.

28. Christopher ALEXANDER, *The timeless way of building*, Oxford University Press, Oxford, 1979, p. 479.

29. Extraído de su conferencia *Silence and Light*, pronunciada el 12 de febrero de 1969 en la Escuela Politécnica Federal (EHT) de Zúrich.

30. GÖSSEL, *¿Qué es la arquitectura moderna?*, en TASCHEN, *Arquitectura*, op. cit., pp. 4-5; ampliamente FRAMPTON, *Historia crítica de la arquitectura moderna*, op. cit., pp. 29 y ss.

por fortuna ya superada. Hoy es terreno común y pacífico considerar a la obra arquitectónica entre las tutelables por Derecho de autor y, en este sentido, cabe remitir sin más a la abundante doctrina precedente³¹.

No creo necesario aquí entretenerme en exceso en la discusión respecto de si este tipo de obras deben encuadrarse entre las obras plásticas (cercanas en todo caso a la escultura y en tanto que siempre referidas a una construcción)³² o bien merecen una consideración autónoma, posición que a mi juicio resultaría algo más precisa debido a la naturaleza compleja de toda edificación, puesto que no solo depende de su tridimensionalidad y ubicación en un espacio dado –así como de su acomodo a un entorno en el que habrá por lo general otras construcciones–, sino, una vez más, debido a la función que las informa desde su misma base y el uso que están llamadas a cumplir³³. En cualquier caso, por más que la aproximación a las obras plásticas pueda resultar sin duda de gran valor cuando se trata de integrar el tratamiento de

-
31. Entre nosotros, principalmente BERCOVITZ, en *Comentarios, op. cit.*, pp. 185-187; BERCOVITZ, en *Los Derechos de Propiedad Intelectual sobre las obras arquitectónicas (dictamen emitido a solicitud del Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España)* 2012, consultable a través del sitio web *www.e-coac.org*, pp. 4 y ss.; José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA/Fernando BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 53 y ss.; José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 102-103; ORTEGA, *Arquitectura y Derecho de Autor*, loc. ult. cit.; CUERVA DE CAÑAS/CASTELLVÍ, *Arquitectura de Autor*, loc. ult. cit.; Carmen SERRANO DE HARO, «Conflictos jurídicos del arquitecto con la regulación de la propiedad intelectual», *Revista de Derecho UNED*, n.º 16, 2015, pp. 1139 y ss.; Concepción SAIZ GARCÍA, «Originalidad, autoría y titularidad de los derechos de autor de las obras arquitectónicas. Comentario a la sentencia del TS (sala 1ª, sección 1ª) de 26 de abril de 2017 (RJ 2017, 1736)», *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 45, enero-abril 2018. En Derecho comparado, cfr. entre otros Thomas HÖHNE, *Architektur und Urheberrecht. Theorie und Praxis: Ein Leitfaden für Architekten, Ingenieure und deren Rechtsberater*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2014, 2.ª edición, pp. 11 y ss.; Elias MILLBACHER, *Urheberrecht in der Architektur. Das urheberrechtliche Verhältnis zwischen dem Architekten, dem Bauherren und dem Eigentümer*, AV AkademikerVerlag, Mauritius, 2016, pp. 7 y ss.; y antes Ulrich LOEWENHEIM, en Gerhard SCHRICKER, *Urheberrecht. Kommentar*, Verlag C.H. Beck, München, 1999, 2.ª ed., sub §2, pars. 149 y ss., pp. 108 y ss.; todos ellos con ulteriores referencias.
 32. BERCOVITZ, en *Comentarios, op. cit.*, p. 185; Axel NORDEMANN en FROMM/NORDEMANN, *Urheberrecht*, Kohlhammer, Stuttgart, 2018, 12.ª ed., op. cit., sub §2, par. 137, pp. 187-188.
 33. Conforme HÖHNE, *Architektur und Urheberrecht, op. cit.*, pp. 12-13, recogiendo en p. 14 la gráfica afirmación de MIES VAN DER ROHE: «Architektur beginnt dort, wo zwei Steine sorgfältig aufeinander gelegt werden» (T. de la A.: «La arquitectura comienza allí donde se superponen dos piedras cuidadosamente»).

la obra arquitectónica³⁴, requiere a mi entender de un matiz relevante. Trato de explicarme acudiendo a la comparación entre el proceso de realización de una obra escultórica y el propio de una edificación: a la producción de una escultura o de una instalación artística suelen preceder unos bocetos más o menos detallados –y por sí mismos merecedores de protección por Derecho de autor³⁵–, pero lo esencial es la participación directa del artista en la elaboración del resultado final. Pensemos en casos más complejos y de gran envergadura como las instalaciones de Christo&Jeanne Claude (con sus icónicas envolturas de monumentos, edificios emblemáticos o árboles, el despliegue de puertas telares a modo de *toris* en el Central Park de Nueva York y tantas otras creaciones geniales), en las colosales esculturas de Richard Serra (como la *Materia del Tiempo* que puede visitarse en el museo Guggenheim de Bilbao)³⁶ o en las de mi querido director de tesis doctoral Miquel Planas³⁷... La involucración del artista es esencial en todo el proceso de producción, desde luego cuando depende de su mano, pero también cuando supervisa atentamente la actuación de asistentes o colaboradores necesarios (a modo de ejemplo, metalistas y forjadores).

En cambio, el desarrollo de una obra arquitectónica reviste un empeño mayor, y puede ocurrir –y de hecho es lo usual– que el arquitecto responsable del diseño no participe directamente en el proceso de construcción de la edificación, que bien puede quedar según contrato en manos de quien la encargó, bajo cuya batuta intervendrá un conjunto de operarios, entre ellos aparejadores e incluso otros arquitectos que controlarán la elevación de la construcción³⁸. Esta comprensión guarda conexión inmediata con el tema que trataremos a continuación.

34. De nuevo BERCOVITZ, en *Comentarios*, op. cit., pp. 185 y ss.

35. De hecho, se comercializan con o por separado de la obra escultórica.

36. No puedo resistirme aquí a dejar de reseñar el inverosímil robo (toda una hazaña de peso) que tuvo lugar con la desaparición de una obra del citado autor del Museo Reina Sofía en Madrid. La citada escultura –de treinta y ocho toneladas– se creó *ad hoc* en 1986 para una sala de la referida institución. Se tituló *Equall-Parallel/Guernica Bengasi*, y la formaban cuatro bloques macizos de acero. El Reina la compró en 1987, la exhibió en una exposición temporal en 1990, tras lo cual la trasladó a una nave de la empresa Macarrón en la localidad de Arganda del Rey... y ahí quedó en custodia hasta que en 2006 los medios de información alertaron de su volatilización. Fue tal el escándalo internacional que se generó que el autor aceptó volver a producir una réplica que en la actualidad forma parte de la exposición permanente del museo. De este caso da cuenta la amena crónica novelada de Juan TALLÓN, *Obra Maestra*, Barcelona, Anagrama, 2022.

37. Cuya extensa obra se puede consultar a través de su sitio web miquelplanas.eu.

38. Alude asimismo a esta distinción el informe de la WIPO, *Works of Architecture*, op. cit., pp. 405-406.

En efecto, y siempre a mi entender, el núcleo de la cuestión que nos ha de ocupar bajo este epígrafe radica en el grado de concreción que es exigible a la obra arquitectónica para ser considerada como tal –y por consiguiente protegible– a los efectos del Derecho de autor. Esta cuestión, como ha puesto de manifiesto nuestra mejor doctrina, se suscita por el tenor del artículo 10.1 f) del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual* (en adelante LPI), en tanto que solo se menciona a los «*proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería*». Es sabido que la no mención expresa de las obras arquitectónicas y de ingeniería resultantes de aquellos materiales se debió, en fase de tramitación parlamentaria, a una razón de oportunidad, posponiéndose su tratamiento a una futura Ley de Construcción, siendo que la promulgación posterior de la *Ley de Ordenación de la Edificación* 38/1999, de 5 de noviembre, no tuvo en cuenta aspectos relativos al Derecho de autor. Pues bien, ante esta situación, nuestra más autorizada literatura propone una interpretación amplia de la norma de referencia, que abarcaría las edificaciones finales construidas a partir de dichos materiales, y lo hace amparándose en un recorrido comparativo por otros ordenamientos y en una justificación de pura lógica objetiva en atención a la vocación abierta del precepto en cuestión, de tal manera que la norma abarcaría tanto a unas como a otros. Así las cosas, la edificación resultante merecería protección *per se*, con independencia de si la misma se considera una reproducción de aquellos materiales (de ser plenamente fiel a los mismos) o una obra derivada (de introducir variaciones relevantes que deberían, en rigor, ser autorizadas por el autor primigenio del diseño)³⁹.

Sin discrepar sustancialmente de esta posición, sí quisiera introducir con todo respeto un argumento para la discusión. Siempre en mi revisable opinión, entiendo que la norma (con independencia de su gestación parlamentaria) no resulta tan desatinada toda vez que, aunque no mencione a la edificación final, admite una interpretación amplia que, por otra parte es dable, puesto que la misma acoge un listado ejemplificativo y abierto. De

39. Conviene precisar que, para BERCOVITZ, en *Comentarios*, *op. cit.*, p. 188, cuando la edificación está ultimada, y sin perjuicio de la protección de las fases iniciales de la obra –cuando tengan la originalidad suficiente–, la protección de los proyectos, planos, maquetas y diseños puede integrarse en aquélla; asimismo del mismo autor, *Los derechos de propiedad intelectual*, *op. cit.*, pp. 4-6. Más rotunda es la posición de SERRANO DE HARO, *Conflictos jurídicos del arquitecto*, *op. cit.*, especialmente claro en p. 1151, donde propugna que sea principalmente la edificación resultante (y no tanto el diseño o proyecto) la merecedora de protección.

hecho, considero que la esencia de la obra arquitectónica se plasma en los planos que la describen, complementados por los dibujos, bocetos, maquetas e incluso notas y memorias que permiten aprehenderla en su conjunto y cualidades intrínsecas (materiales a los que nos referiremos conjuntamente en lo sucesivo y por simplificación como el «diseño» o, indistintamente, el «proyecto»), de modo y manera que la construcción resultante sería en su caso –o debería ser en un estadio ideal– una proyección (*rectius*, reproducción) de dichos materiales. Por supuesto, para que ello ocurra el proyecto debe ser completo, esto es, debe contener las especificaciones necesarias y sustanciales para pautar la construcción definitiva (salvo tal vez adaptaciones que puedan plantearse al erigirla). Nótese que el arquitecto es capaz –por su vastísima formación profesional– de visualizar con prolijo detalle, así como de controlar que todas las aportaciones de terceros (desde expertos en geografía, sismología, materiales de construcción y estructuras, a ingenieros en varias disciplinas) se integren entre sí y acrezcan al diseño tal cual él lo concibe⁴⁰. No me parece que en el proceso de elevación de la construcción hayan de plantearse incidencias de tal calibre como para generar una obra radicalmente distinta de la proyectada⁴¹. El diseño de un edificio no es realizado por el arquitecto en el limbo, muy al contrario, el carácter técnico en la preparación y ejecución de los planos y materiales complementarios es por lo general exhaustivo (de otro modo, no obtendrían el visado del colegio de arquitectos de referencia), pues contiene un haz de indicaciones de gran complejidad para describir desde las condiciones del terreno hasta los pormenores más significativos para la ejecución de la construcción final⁴², tanto más cuanto más importante sea ésta. En síntesis, vengo a sostener que la obra arquitectónica protegible por Derecho de autor se identifica ya plenamente con el proyecto o diseño, y que es sobre el mismo que habrá de valorarse su originalidad y que es también respecto del cual que su creador ejercerá normalmente sus derechos relativos. En esta línea, mientras que me parece indudablemente afortunado reclamar la propiedad intelectual sobre la edificación resultante (en tanto que refuerza la posición jurídica del autor primigenio o del titular de los derechos de explotación sobre la misma), lo que no me parece tan encomiable es postular una suerte de dicotomía entre la protección del diseño y la propia de la edificación final, tanto menos para

40. No compartimos, pues, la opinión que prima la edificación resultante sobre el proyecto, *vid.* inmediatamente nota anterior.

41. *Cfr.*, no obstante, la opinión de SERRANO DE HARO, *Conflictos jurídicos del arquitecto*, *op. cit.*, p. 1149.

42. *Vid.* asimismo WIPO, *Works of Architecture*, *op. cit.*, pp. 405-406.

sostener la superioridad de ésta sobre aquél⁴³. Permítaseme proseguir con el desarrollo de esta posición.

La comprensión que aquí se mantiene vendría a coincidir, desde un punto de vista funcional, con la propia de grandes arquitectos de nuestra generación, quienes observan que la médula de su creatividad se concreta en el diseño primordial de la obra. Esta aproximación es tanto más aplicable cuando se trata de edificaciones complejas en cuya ejecución participan profesionales y técnicos de distintas disciplinas. En lugar de muchos, cedamos un momento la palabra a una figura como Frank Gehry: «*Yo cobro por los diseños. Y el estudio cobra por el conjunto del trabajo, que se apoya en el innovador know-how tecnológico que hemos desarrollado*»⁴⁴.

Las implicaciones de este entendimiento son fundamentales para nuestro análisis y se manifiestan en las consideraciones que siguen a continuación, a saber:

Una primera reflexión que abordaremos en el siguiente epígrafe de este trabajo parte de considerar que, si es en el diseño de la edificación donde se condensa su naturaleza creativa, ello nos debería llevar a precisar que la (noción de) autoría sobre la obra arquitectónica no quedaría necesariamente perturbada por la intervención de terceros, aunque tal vez sí modulada según las circunstancias del caso y la relevancia de las aportaciones ajenas al autor primigenio del diseño (*infra sub IV*).

Mas, siempre a mi entender, la más relevante de estas reflexiones sería la conducente a hacer prevalecer el diseño o proyecto sobre la edificación definitiva, de modo que ésta podría llegar a no levantarse sin merma de la consideración como obra protegible desde la perspectiva del Derecho de autor. En términos más precisos: es en el diseño donde se ejecuta la obra protegida tal cual ésta ha sido concebida por su autor, entendiendo por tal el que éste considera como definitivo (*v. gr.*, el que presenta a un concurso, el que entrega al cliente que se lo encomendó). El diseño o proyecto subsume e integra el hacer creativo arquitectónico –sobre el que recae la autoría y sobre el que se juzga la originalidad–, que es el resultado de una investigación formal y material, así como de otros aspectos más abstractos; ese pensar con las manos del que habla Alberto Campo Baeza. Es pues desde el diseño que

43. En sentido análogo Hartwig AHLBERG, en GÖTTING, H.-P./AHLBERG, H., MÖHRING/NICCOLINI, *Urheberrecht. Kommentar*, C.H. Beck, München, 2018, 4.^a ed., sub §2, par. 30, p. 56.

44. En Llácer MOIX, *Palabra de Pritzker*, *op. cit.*, p. 36.

su autor ejercerá plenamente los derechos morales y económicos atinentes a su obra. La construcción de la edificación no es en absoluto necesaria –conceptualmente– para la completitud de la obra arquitectónica de autor, por más que, como quiera que resulta de aquel diseño, revelará su expresión más allá del ámbito propio de su creador.

No creo, pues, que valga relegar al diseño al estadio de simple fase preparatoria de la obra arquitectónica, ni que la edificación final (de existir) constituya el único cáliz receptor de la prestación creativa a proteger. Precisamente es desde la fidelidad al proyecto que puede caracterizarse a la edificación resultante como una reproducción de aquél o como una obra derivada de contener adaptaciones o alteraciones sobre el mismo⁴⁵. Cuestión distinta es que, una vez la construcción se haya culminado, su autor o el tenedor de los derechos patrimoniales sobre la misma puedan fortalecer su posición jurídica frente a terceros, como quedó dicho y habrá ocasión de exponer.

Dicho todo lo cual, cabe pensar en dos posibles escenarios: el primero, y lógicamente más habitual, será aquel en el que existirá una construcción que, en rigor, deberá acomodarse con fidelidad a las indicaciones contenidas en el diseño final (el que entrega el autor al cliente), pues, de otro modo, la edificación resultante bien podría suponer una violación de la propiedad intelectual de su autor, a menos que las variaciones hubieran sido consentidas (*vid. infra sub VI*). En este ámbito, valga señalar que durante el proceso y hasta la entrega definitiva del proyecto, no parece que el comitente, el contratista a quien se confíe el levantamiento de la obra (ni, en su caso, el cliente final que vaya a habitar la construcción) puedan, de suyo, tener facultad de modificarlo, sino en todo caso, y a lo sumo, de hacer meras sugerencias.

El segundo sería aquel otro en el que la edificación quedase pendiente de ejecución o, incluso, cancelada indefinidamente. Cabe pensar aquí, a su vez, en dos series de supuestos: (i) el primero –más usual– sería el de la presentación de un proyecto a concurso que no fructifica para su autor (¿quién osaría decirle en su momento a Michelangelo Buonarroti o a Andrea Palladio, entre otros grandes, que sus diseños no fueron aceptados para la reconstrucción del puente del Rialto en Venecia, a favor de un tal Antonio

45. Para Axel NORDEMANN, en FROMM/NORDEMANN, *Urheberrecht*, *op. cit.*, §2, par. 152, p. 194, siguiendo a Gerhard SCHRICKER, y de nuevo *sub* §24, par. 20, p. 497, los planos constituyen inequívocamente la obra protegible, mientras que la edificación resultante constituye una reproducción o, en su caso, una obra derivada de aquellos. En el mismo sentido Andreas DUSTMANN, asimismo en FROMM/NORDEMANN, *Urheberrecht*, *op. cit.*, *sub* §16, par. 10, p. 403.

da Ponte, tal vez por su apellido más acorde a la misión encomendada?⁴⁶); en cuyo caso, y salvo que las bases del concurso impusieran legítimamente otra cosa y ello hubiese sido consentido explícita e incondicionalmente por el autor, éste retendría la plena disponibilidad y propiedad intelectual sobre el diseño presentado⁴⁷. De su parte (ii) el segundo supuesto alude a aquellas situaciones en las que el arquitecto actúa por encargo y el comitente –por las circunstancias que fueren– no procediese a aceptar el resultado final del proyecto, o bien, aun recibéndolo a su contento, a ejecutar la obra. En estos supuestos, salvo que autor y comitente hubieran pactado según contrato cómo resolver esta situación, o bien en el segundo caso hubiesen negociado en atención a las circunstancias la concesión de un plazo de gracia por parte del autor (cedente de los derechos) al comitente, parece que esta suerte de conflictos –sobre todo por lo que se refiere al no levantamiento de la edificación– podrá ventilarse, en buena lógica, con la reclamación por parte del autor de una resolución del contrato por incumplimiento junto a la correspondiente indemnización por daños y perjuicios⁴⁸, toda vez que el autor no posee derecho a exigir el cumplimiento forzoso del contrato por la vía de que se erija la obra⁴⁹. En este delicado contexto, la cuestión que se plantea es quién retiene y con qué alcance la propiedad intelectual (*rectius*, los derechos de explotación) sobre el diseño, si el autor –quien habría cobrado por su ejecución y, en su caso, habría sido resarcido mediante una compensación– o quien lo encargó y financió, a la espera de adoptar una decisión definitiva sobre la construcción. Si la situación llegara a los tribunales, habría que estar a la sentencia relativa. De otro modo, la buena fe que sería exigible a ambas partes nos llevaría a abogar por que la propiedad intelectual plena correspondería (o si se prefiere, retornaría) al arquitecto, en el bien entendido de que éste no podría recolocar el proyecto de modo tal que pudiera perjudicar a los intereses de su cliente primigenio, del mismo modo que al comitente no le sería posible erigir a futuro la edificación, ni en el mismo ni en otro emplazamiento, encargando su elevación a otro arquitecto, por

46. De breve y muy amena lectura es el libro de Giovanni DISTEFANO, *Come nasce Venezia?*, Supernova, Venezia, 2023, pp. 39-40.

47. BERCOVITZ, *Los derechos de propiedad intelectual*, op. cit., p. 22, quien alude certeramente a la eventual revisión por abusivo del contenido de las bases del concurso en tanto que condiciones generales de la contratación, en el bien entendido de que al arquitecto no puede tenersele por un consumidor o usuario, sino por un profesional.

48. Como bien señala BERCOVITZ, *Los derechos de propiedad intelectual*, op. cit., p. 22, una adecuada ponderación de los intereses en juego lleva a inclinarse a favor de esta solución, y no hacia la exigencia de un cumplimiento forzoso por parte del arquitecto a erigir la edificación.

49. Conforme HÖHNE, *Architektur und Urheberrecht*, op. cit., pp. 115-116.

la sencilla razón de que no adquirió el pleno dominio sobre los planos y materiales que componen el diseño, sino que solo fue el cesionario de los derechos patrimoniales para reproducirlo en una construcción destinada a un uso concreto, y que todo ello lo fue, además, con un alcance temporal y geográfico determinado.

De todo lo anterior que vengamos a sostener que la normativa española en materia de propiedad intelectual considera protegibles tanto al diseño como a la edificación resultante del mismo, siendo que aquél no constituye un mero material anticipatorio de ésta, sino que es considerable, a todos los efectos, como obra plenamente protegida o, en otros términos: es en el proyecto o diseño que se consolida la tutela atinente a la obra arquitectónica según ley. Una vez erigida la construcción definitiva, la protección que sobre ella recae se suma a la propia del diseño, robusteciéndola si se quiere, pero no consolidándola ni asegurándola.

IV. SOBRE LA AUTORÍA DE LA OBRA ARQUITECTÓNICA EN LA ERA DIGITAL

We are, undoubtedly, in a postdigital age. This is not to say that we are after or beyond the digital, but simply that The Digital has shifted from something novel and exceptional to something banal and ubiquitous (...). These shifts have profound impact on the nature and status of authorship, in architecture and culture at large.

Ellie ABRONS

Quisiera advertir que entramos ahora en un territorio que puede resultar particularmente vidrioso y que no puede sino resolverse *ad casum*. Aun así, su planteamiento es cuestión más que obligada en el presente trabajo.

Es imprescindible comenzar escuchando las reflexiones que realizan los principales protagonistas en este ámbito –los arquitectos fundamentalmente, pero también ensayistas especializados en la materia– cuando se enfrentan a la cuestión de la autoría sobre la arquitectura de autor, impregnada como está, en la actualidad, del recurso a sofisticadas herramientas tecnológicas y a la IA. En buena lógica, estas consideraciones se desenvuelven en torno a la ejecución de proyectos de cierta envergadura, la cual suele desarrollarse con la intervención concertada de un conjunto más o menos denso e interdisciplinar de colaboradores.

En el caso de la arquitectura profesional, la delimitación de la autoría resultará más sencilla en principio, pues la atribución de los resultados creativos suele depender de la mano de un arquitecto o de unos pocos que actúan sobre bases concertadas, asistidos en su caso por otros técnicos (básicamente, arquitectos técnicos o aparejadores e ingenieros) a quienes se contrata específicamente para su participación en el proyecto. Con todo, las consideraciones que siguen respecto de diseños de lo que hemos dado en llamar gran arquitectura serían, si se quiere a menor escala, plenamente trasladables a la arquitectura bautizada como profesional.

1. UN CANTO A LA VIGENCIA DEL CONCEPTO JURÍDICO DE AUTORÍA FRENTE A SUS ACTUALES DETRACTORES

Ruego disculpas por el título algo dramático del epígrafe, pero es debido acudir aquí a un trabajo de referencia, el publicado en 2019 bajo la dirección de Mónica Ponce de León por la prestigiosa Escuela de Arquitectura de la Universidad de Princeton, bajo el título *Authorship*, en el que se recogen diversos ensayos procedentes de arquitectos, ingenieros y artistas que apuntan hacia una aparente defunción de la noción de autoría al uso, entendiendo por ésta aquella ligada a un creador persona física⁵⁰. El auge de las nuevas tecnologías en la era digital se sostiene, traspasa y horada el concepto clásico de autoría –cuando menos en relación con la obra arquitectónica–, diluyéndolo o, como poco, debilitándolo. Y esto cabría, según estos reputados ensayistas, apreciarlo a varios niveles.

Para empezar, las nuevas tecnologías habrían influido sobremanera en la organización de la profesión misma. A partir de la década de los 80 y 90 se sientan las bases de lo que hoy se considera un modelo de colaboración profesional exitoso por eficiente. Gracias a la aplicación de herramientas informáticas, se facilita la gestión de grandes equipos y proyectos, surgiendo así estructuras de trabajo colosales –el estudio de Norman Foster & Partners llegó a tener hasta mil colaboradores, hoy algo más de la mitad, o el de Zaha Hadid rondaba los casi quinientos fuertemente jerarquizados, por citar dos ejemplos–. Según estos autores, estos laboratorios de conocimiento vendrían

50. Mónica PONCE DE LEÓN (ed.), *Authorship*, Princeton University School of Architecture, New Jersey, 2019. Éste es el primer ejemplar de la edición bianual de estudios monográficos titulada *Discourse. A Series on Architecture*, lo que pone de especial relieve el interés primordial que la cuestión de autoría suscita en el ámbito de quienes se dedican profesionalmente a esta disciplina. De este volumen procede la cita de Ellie ABRONS, *op. cit.*, p. 12, con la que se ha encabezado el presente epígrafe.

a modular el concepto de autoría tradicional (*authorship*), que se entendería más bien como una combinación entre propiedad (*ownership*) y autoridad (*authority*), lo que obliga a reflexionar sobre el control en el proceso de diseño, sobre el diseño mismo y también (y sobre todo) respecto del papel y reconocimiento de los actores implicados. A ello habría de añadirse que los medios digitales han permitido algo antes impensable, a saber, la cooperación entre profesionales ubicados en países y hasta continentes distintos⁵¹.

Siempre en mi opinión, creo que, en este primer orden de consideraciones, estos autores plantean un ejercicio dialéctico de elevado interés, que apunta –más o menos veladamente– hacia una cierta democratización de la autoría en una obra arquitectónica, definición que habría de reformularse para dar cabida a todos los que participan creativamente en el proceso de diseño de una edificación. Haciendo abstracción de este posicionamiento, creo que los términos que emplean cuando hablan de una crisis de la autoría y del *copyright* son poco rigurosos y conducen al planteamiento de un falso problema: desde un punto de vista jurídico, el concepto de autoría se corresponde con la función que le es propia, a saber, la atribución de los derechos atinentes sobre la obra a quien la creó. Siendo así, el concepto de autoría no resulta obsoleto por desfasado, sino que conserva todo su valor. Me explico.

Comparto inicialmente que la noción de autoría en el género arquitectura de autor, en la actualidad y por lo que se refiere a estas empresas profesionales de gran envergadura, no puede girar sobre la edificación concebida exclusivamente de la mano maestra de un solo autor más o menos inspirado, sino sobre un proyecto generado por una colectividad que imbrica las aportaciones respectivas de sus miembros actuando bajo la coordinación de un responsable o de varios; aportaciones que son humanas o procedentes de la aplicación de técnicas de inteligencia artificial. Retener esta nota de integración cohesionada de las diferentes contribuciones será clave para proseguir y ahondar en este discurso (como haremos *infra sub IV.2*).

En verdad, de lo que vienen a tratar estos expertos es, fundamentalmente, de la inquietud de ciertos estudios de gran dimensión sobre cómo mantener

51. Con todo, estos comentaristas admiten que el mercado conoce otros nichos más proporcionados en tamaño, ya sea por producir geometrías más complejas, promocionar estructuras sostenibles, poseer un conocimiento puntero y específico en nuevos materiales o por gravitar alrededor de conceptos arquitectónicos unívocos –como sería el caso del gran Peter ZUMTHOR–. Antoine PICON, *The Ownership Revolution: Digital Culture and the Transformation of Architectural Practice and Ideas*, en *Authorship*, op. cit., pp. 32 y ss.

el control efectivo sobre la producción y, en ese sentido, sí, la *autoría* tenderá desde una perspectiva puramente pragmática a confundirse o identificarse con la *propiedad* de la empresa de arquitectura⁵², pero –de nuevo– todo ello no a nivel conceptual, sino solo y exclusivamente práctico. La recepción de estas preocupaciones a nivel jurídico se resolvería mediante, en breve: (i) la concepción de un sólido *corpus* contractual que permita la atribución de los derechos relativos sobre los proyectos a la titularidad del autor o del estudio de arquitectura, así como, en su caso, (ii) con el recurso a figuras de índole asociativa que involucren en la empresa a aquellos profesionales con capacidades creativas, a quienes se fidelizaría mediante la participación en los beneficios obtenidos por aquélla. Sobre lo anterior, y aunque entrar en la bondad de la remuneración de los colaboradores no sea nuestro negociado, sí parece lógico hacerse eco en estas líneas de quienes inciden en la dificultad de los jóvenes arquitectos para despuntar en estos ciclópeos entramados⁵³, como también en la necesidad de generar entornos de trabajo menos precarios⁵⁴.

Así pues, desde la primera de las perspectivas planteadas por esta reunión significativa de expertos, y de nuevo siempre a mi revisable juicio, el concepto –jurídico– de autoría mantiene todo su valor como vara de atribución de los derechos sobre la obra a su creador o creadores, por lo que no parece necesario buscar una suerte de flexibilización del mismo para abordar conflictos de índole práctica para los que el Derecho ya ofrece soluciones satisfactorias.

El segundo ámbito de reflexión propuesto por estos autores es no menos relevante. Consideran, en suma, que el concepto de autoría está traspasado por cuanto cada vez es más difícil determinar la originalidad de la obra debido a la trazabilidad de sus influencias. Aluden aquí en particular y de modo ilustrativo a la *arquitectura sampleada* y a la *arquitectura en código abierto*. Sin perjuicio de lo que me parece una extrapolación desmesurada de estos supuestos a todo tipo de arquitectura, valga reseñar que bajo la primera de las figuras enunciadas el arquitecto acude a bases de datos, imágenes de referencia, programas y aplicaciones informáticos, y desarro-

52. Es la preocupación manifestada por algunos arquitectos del *star system* como HERZOG&MEURON quienes evitan sobrepasar una organización de... doscientos cincuenta profesionales (!). En PICON, *The Ownership Revolution*, op. cit., p. 34.

53. PICON, *The Ownership Revolution*, op. cit., pp. 34-35.

54. Ésta es, por ejemplo, la contribución que, bajo el lema *The Office for a Non-Precarious Future*, se presentó en el Pabellón de Checoslovaquia con ocasión de la 18.^a edición de la Bienale de Venecia de Arquitectura, *The Laboratory of the Future*, 2023.

lla tácticas de archivo, edición, *sampleo* o muestreo y ensamblaje; mientras que, bajo la segunda figura, se produce un replanteamiento de proyectos a los que se accede en código abierto –generalmente bajo licencia del sistema *Creative Commons*– para fomentar la producción de soluciones fruto de un esfuerzo colectivo. En ambos casos, la idea de una autoría unívoca vendría a saltar según estos autores por los aires, en tanto que las referencias arquitectónicas presentes en la obra a nivel técnico, de contenidos o formas ya no son propias, sino de terceros, lo que conferiría a la autoría una naturaleza fractal o compleja. La diferenciación sobre lo ya conocido se plantea como tarea casi agónica, reduciéndose el ámbito de lo original y, por consiguiente, de la autoría sobre los proyectos⁵⁵. Lo digital habría pasado de ser nuevo y excepcional a banal y ubicuo... todo serían copias, nos dicen, en tanto que imágenes e ideas se adoptan para combinarlas con otras, se alteran con tecnologías parametrizadas y técnicas de fabricación informáticas para generar una –en apariencia– nueva representación⁵⁶. Pero, a mi entender, cuesta pensar que, hasta en los dos ejemplos propuestos, el proyecto resultante no sea susceptible de poseer un cierto soplo creativo (originalidad) que lo haga merecedor de tutela por Derecho de autor. En cualquier caso, la argumentación ofrecida por estos autores no me parece, insisto, generalizable, sin más, ni a la gran arquitectura como tampoco a la arquitectura profesional. Las aportaciones de estos expertos, con todo, no son concluyentes, más bien se trata de propuestas críticas que nos invitan a seguir dedicándole esfuerzos al tema que nos ocupa: suscribo, por supuesto, que un diseño arquitectónico realizado íntegramente (y sin instrucción previa relevante alguna ni control sobre los resultados) por un dispositivo informático no es susceptible de protección por Derecho de autor⁵⁷. Del mismo modo, estimo necesario cuando menos apuntar que los avances en tecnología digital e IA, cabe suponer, irán mermando el ámbito de aportación de soluciones creativas estrictamente dependiente de la mano y pensar humanos, lo que bien podría afectar a futuro a la consideración respecto de la originalidad de ciertas obras arquitectónicas (en todo o en parte), en particular respecto de aquéllas que se encuadrasen en la categoría que hemos dado en llamar como arquitectura profesional.

55. Marshall BROWN, *Creative Miscegenation in Architecture, a Theorem*, en *Authorship*, op. cit., pp. 113 y ss., p. 116.

56. Ellie ABRONS, *Author after Author*, en *Authorship*, op. cit., pp. 12 y ss., p. 12.

57. En este sentido, *vid.* BERCOVITZ, *Los derechos de propiedad intelectual*, op. cit., p. 6, por más que no comparta la tesis del mismo autor (expresada en nota 8 a pie de página), señalando que en tal caso aún podría acudir a otras vías de protección, como el Derecho de competencia desleal (en particular, bajo el reproche de acto de imitación).

De nuevo aquí, habrá que estar atentos a la progresiva evolución en este ámbito y a las circunstancias del caso concreto.

2. (SIGUE) LA DELIMITACIÓN ENTRE AUTORÍA ÚNICA, COAUTORÍA Y AUTORÍA DE PARTE EN LA OBRA ARQUITECTÓNICA

Volvamos al ámbito estricto de lo jurídico y soslayemos –solo por un momento– las pautas discursivas por las que transitan los expertos reseñados en el epígrafe anterior para contemplar ahora cómo se comporta la criticada noción clásica de autoría cuando se trata de solventar los conflictos inherentes a la producción de una obra que se conforma mediante la participación de diversas personas. Asumiremos por lo demás –en lo sucesivo y como premisa– que en el proceso relativo podrán constatarse varias aportaciones susceptibles de individualización y calificables de creativas (y originales) por sí mismas.

Para comenzar desde el escenario (aparentemente) más sencillo: la atribución de autoría única se produce en aquellos casos en los que existe (i) un solo autor persona física o bien (ii) un solo autor persona física o jurídica (que actúa como coordinador de la producción de una obra colectiva). En ambos casos, la situación tiene un denominador común, a saber, la de un arquitecto (o varios, actuando en comandita) que controla(n) el resultado de la producción final, con independencia de la complejidad de la organización de la que se sirva(n) al efecto. También en ambos casos, lo usual es que se acuda a contratar la intervención de otros profesionales que prestarán sus servicios para culminar el diseño. Y, como es sabido, esto puede hacerse en el marco de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios u obra: en el caso de un trabajador por cuenta ajena, si los resultados creativos se corresponden con la finalidad y objeto para los que fue contratado (evidentemente, también, con la remuneración percibida) y su utilización es acorde a la actividad del empresario en el momento de su entrega, dichos resultados pertenecen originaria y plenamente a éste *ex legis*, de tal modo que podrá disponer de ellos (o no, descartándolos para el proyecto) a su propio criterio de oportunidad. De su parte, en el contexto de un contrato de arrendamiento de servicios o de obra, la cuestión presenta contornos más delicados, siendo recomendable que el mismo recoja, con el mayor de los detalles posibles, el alcance de los derechos del arrendador (comitente) sobre los resultados creativos que se produzcan. Con todo, las referidas contribuciones no se habrían producido de no mediar unas instrucciones –provenientes de quien encarga–, de lo que se sigue que habrá que estar

al contrato o, en su defecto, a los usos y costumbres del mercado, pero, en todo caso y ante la duda, cabría apuntar que quien controle o coordine el proceso de concepción de la prestación creativa debería ser, a efectos jurídicos, el autor de la obra en cuestión. Cuestión distinta es que, por virtud del encargo recibido, el autor deba trasladar en gran medida los efectos de su titularidad al comitente, quien ha de poder gozar del resultado creativo cuya producción encomendó (*infra sub* VI.4).

Vayamos ahora con el supuesto en el que el proyecto se conciba como una colaboración entre varios arquitectos (o, si se quiere, entre arquitectos, ingenieros u otros profesionales relevantes) sobre una cierta base de igualdad. O por mejor decir: como una vinculación de varias contribuciones de autor creadas de modo individual. Aquí las tornas cambian, cabiendo discernir aquí entre (i) un supuesto de realización de obra en colaboración en régimen de coautoría, sometida como es sabido al juego de las reglas de la comunidad de bienes, sin perjuicio de lo establecido entre las partes y en la propia LPI; o (ii) de lo que la doctrina ha venido a denominar una obra compuesta (por derivada) o incluso como colección.

Bajo la primera modalidad, los trabajos que aúnan desde su inicio las prestaciones de varios arquitectos suelen brotar de una cierta puesta en común inicial de ideas y de un diálogo posterior permanente, como ocurrió con el diseño del *Centro Pompidou* de Renzo Piano y Richard Rodgers, del que ambos se consideran, de hecho, coautores, pese a que en el mismo quepa apreciar la convivencia de elementos procedentes de dos estilos plenamente reconocibles⁵⁸. La coautoría resulta en una situación peculiar en la que los autores cohabitan entre su participación en el derecho al todo y la potencial reclamación de su parte. En arquitectura, este espacio de coexistencia reviste una particular dificultad, por cuanto el objetivo compartido es la edificación resultante, de modo que erigida que ésta sea, condiciona inevitablemente la viabilidad de la explotación autónoma de los derechos individuales sobre la misma.

Pero también puede suceder, como ocurre en el segundo caso, que la construcción final resulte de la unión de proyectos procedentes de distintos autores que fueron creados aisladamente, en cuyo caso éstos deben acordar su ensamblaje. En este supuesto la conexión no les convertiría en coautores absolutos del todo, sino estrictamente en autores de su parte relativa en la obra compuesta⁵⁹.

58. En LLÀTZER, *Palabra de Pritzker*, op. cit., pp. 124-126.

59. HÖHNE, *Architektur und Urheberrecht*, op. cit., pp. 9-10; MILLBACHER, *Urheberrecht in der Architektur*, op. cit., pp. 31-32.

La doctrina especializada menciona aquí como ejemplo el conjunto proyectado para la *Werkbund Siedlung* de Viena (fig. 2), en el que participaron los mejores arquitectos y paisajistas del momento, aunando sus esfuerzos para la consecución de este complejo ejemplar de la llamada *Viena Roja* (*Roten Wien*) que procuró viviendas y espacios de ocio tras la primera guerra mundial.



(fig. 2) *Werkbund Siedlung*, Viena

Cabe reseñar, asimismo, la posibilidad de que la colaboración entre varios autores derive en una colección protegible por Derecho de autor, en cuyo caso habrá que ponderar el criterio que el autor ha seguido para la selección u ordenación de las contribuciones individuales⁶⁰. Podrían reseñarse al efecto ejemplos como los propios de una exposición universal o de otras tales como la reputada Biennale de Venecia de arquitectura en la que las naciones partícipes contribuyen a través de sus pabellones con exhibiciones individuales que, más o menos al hilo del mantra del comisariado de turno, se hacen eco de proyectos singulares (y efímeros, por lo general) encomendados normalmente a autores de su nación respectiva.

En suma, el concepto de autoría tradicional pervive en su esencia como patrón válido para la atribución de los derechos de autor sobre la obra

60. HÖHNE, *Architektur und Urheberrecht*, op. cit., pp. 8-9; MILLBACHER, *Urheberrecht in der Architektur*, op. cit., pp. 31-32.

arquitectónica, por más que ésta emane de la concurrencia de varios profesionales que eventualmente puedan realizar aportaciones originales por creativas. Los eventuales conflictos que se planteen en la práctica dependerán, a grandes trazos y como ha quedado expuesto, de si la obra se desarrolló en colaboración (como coautores y, por consiguiente, titulares de su participación en el todo y asimismo respecto de la contribución individual, en el bien entendido de que, aun siendo ésta distinguible de aquél, difícilmente será separable en su explotación⁶¹) o como obra colectiva, en cuyo caso la propiedad intelectual se atribuirá en plenitud al coordinador. La posición que se defiende aquí, a falta de un acuerdo explícito (o tácito, pero deducible en atención a la conducta de los implicados), y siempre a menos que se pruebe lo contrario, es presumir que el diseño (así como la edificación resultante) constituirá(n), por lo general, un resultado único y autónomo fruto de varias aportaciones que se funden entre sí conforme a las instrucciones recibidas del responsable del proyecto. Así las cosas, los derechos de explotación relativos a la construcción se habrán de aglutinar en torno a la figura de autoridad última, esto es, en torno al diseñador/es responsable/s del proyecto arquitectónico o, si se prefiere, en torno a la titularidad de la organización donde se gesta el desarrollo de aquél⁶².

De desarrollarse la prestación creativa en el marco de un contrato de arrendamiento de servicios o de obra, habría que estar a su contenido. Pero la experiencia práctica nos indica que, salvo en el caso de tratarse de trabajadores por cuenta ajena –en cuyo caso no se plantearía en principio un conflicto de calado–, estos resultados creativos trazables como singulares no habrán tenido seguramente un abrigo contractual específico que resuelva los conflictos que puedan plantearse. Así las cosas, en defecto de pacto expreso, la premisa que se impondría a mi juicio habría de ser, de nuevo, la siguiente: sin perjuicio del reconocimiento de su valía, todo parece indicar que, a falta de acuerdo, debería ser al coordinador del proyecto –y responsable último del mismo– a quien habrían de corresponder en exclusiva los derechos de autor relativos, pues la obra plasmada en el diseño es unitaria o, en otros términos, se creó como un todo indivisible. En efecto, la edificación proyectada responde a una causa única, en la que cada hacer relativo obedece al

61. Puesto que, si no fuera distinguible, técnicamente cabría hablar de confusión y, por consiguiente, no de coautoría. *Vid.* ampliamente Ángel CARRASCO y Ricardo DEL ESTAL, *Comentarios, op. cit.*, pp. 126 y ss.

62. Esta posición comparte rasgos con la mantenida por Ramón CASAS en «La condición de autor: los casos Barceló y Boadella», *Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 28, 2008, pp. 127 y ss.

ductus operandi de quien la concibe originalmente y promueve y controla su producción. Entenderlo de otro modo –como una suerte de capas superpuestas de autoría⁶³ que, por lo demás, habrían de demostrarse– provocaría que la gestión jurídica de la explotación de la obra arquitectónica resultase impracticable. Así las cosas, aunque el diseño arquitectónico constituya un haz o cúmulo de prestaciones, todas y cada una de ellas se explican no por sí mismas, sino en tanto que subordinadas a la producción de una obra única fruto del ingenio del arquitecto (o estudio de arquitectura) que, por regla general, recibe el encargo del proyecto de edificación y orquesta su gestación. La situación se asemejaría a la de una obra audiovisual, en la que las contribuciones de todos corresponden a su productor. Eso sí, volviendo al tema crematístico, se trata de que los colaboradores puedan ser felices colaborando en esta suerte de régimen *en famille*⁶⁴, o en los términos algo más gráficos de algún autor, que estas grandes máquinas de confección puedan funcionar ordenadamente como una disciplinada colmena, en lugar de como un enjambre desaforado de abejas⁶⁵.

V. DE LA ORIGINALIDAD EN LA ARQUITECTURA DE AUTOR

Tienes que pensar que sobre ti gravita toda la arquitectura que se ha hecho. Tienes que entender que es casi imposible la repetición. La novedad significa no repetición. Inevitablemente, añades cosas que no estaban. Otra cosa es la dimensión de tu obra, y en qué medida merece ser considerada y jerarquizada como parte de esa inmensa arca de Noé que es la ciudad.

Rafael MONEO⁶⁶

Las palabras de Moneo sintetizan a la perfección las consideraciones que se realizarán en este apartado y que, en buena medida, han sido ya anti-

63. En palabras de PICON, *The Ownership Revolution*, cit., p. 35.

64. Para iniciarse en el método de trabajo de estos estudios, es muy interesante en este ámbito revisar el documental *The Competition*, 2013, dirigido por Ángel Borrego (accesible a través de plataformas de pago como IMDb), elaborado con ocasión del concurso para diseñar el Museo Nacional de Arte de Andorra, en el que fueron convocados autores de la talla de Jean NOUVEL, Frank GEHRY, Zaha HADID, Norman FOSTER y Dominique PERRAULT.

65. De nuevo PICON, *The Ownership Revolution*, op. cit., p. 35: «We are entering an age of intensive plug-in practices. Who is the author in such a context? Is it the isolated figure or the small group? the hive or the swarm? «.

66. En MOIX, *Palabra de Pritzker*, op. cit., p. 191.

cionadas. El citado maestro habla de referencias de carácter arquitectónico. Y equipara la *originalidad* de una obra arquitectónica a la *novedad* en tanto que no repetición respecto del acervo común. No desconozco las implicaciones de secundar esta aproximación, y el reproche relativo de que pueda resultar confuso por recurrir a una noción que es propia de otros lares, en particular de las instituciones que regulan las modalidades de propiedad industrial sobre creaciones de fondo (patentes y modelos de utilidad) y forma (diseños).

Siempre a mi entender, la opción por una concepción –prioritariamente– objetiva de la originalidad ayuda mucho a la calificación como protegible en la arquitectura de autor, sobre todo respecto de la que hemos dado en llamar como arquitectura profesional para diferenciarla de lo que sería una arquitectura completamente anodina o muy elemental a nivel técnico y, por lo tanto, no merecedora de tutela.

En ambas especies del género arquitectura de autor –la culta y la no experta que diría Martin Heidegger⁶⁷– la originalidad puede manifestarse tanto en el planteamiento de los elementos que componen la estructura del edificio como en su revestimiento exterior, en la utilización de materiales de reciente aparición o incluso insólitos en el planteamiento de una construcción, en el trazado de los espacios interiores, o en todo ello al tiempo; como también podría predicarse de la combinación singular de elementos en principio elementales.

Pues bien, la originalidad de una edificación calificable como perteneciente a la gran arquitectura no ha de implicar dificultad alguna, antes al contrario, pues estas obras son muy novedosas, en muchos casos arriesgadas e incluso vanguardistas. Decididamente, estas construcciones plasman la impronta intelectual de su creador, la cual circula por todas sus venas, la sienten todos sus nervios y se respira por todos los poros de la piel que las recubren.

La arquitectura profesional, para ser protegible por original, exige que el proyecto no suponga una respuesta básica o primaria a los problemas de habitabilidad que la construcción plantea (esto es, que la edificación supere el denominado *test de la libre elección*)⁶⁸. En principio, una construcción banal

67. Vid. Adam SHARR, *Heidegger sobre la Arquitectura*, Editorial Reverté, Barcelona, 2022, p. 22.

68. BERCOVITZ, *Comentarios, op. cit.*, p. 186, mantiene acertadamente que la edificación no será original cuando la solución técnica se confunda necesariamente con la forma

de bajo coste, con una fachada desadornada, descarnada, lisa y austera en la que se abren huecos sencillos a modo de ventanas –la que, como suele decirse, pintaría un niño cualquiera– no debería merecer la consideración de obra arquitectónica de autor, por consistir simplemente en un contenedor apto para que las personas moren en él. Y, sin embargo, esta aproximación no es tan fácil de sostener cuando algunos ejemplos de este tipo de arquitectura más corriente o rutinaria son utilizados como referentes axiomáticos en los tratados y manuales de la disciplina; valgan ejemplos como los conjuntos residenciales diseñados en los años 20, como el *Kiefthoek* concebido por Johannes Pieter Oud en Rotterdam o la *Hufeisensiedlung* (Colonia de la Herradura) de Bruno Taut en Berlín. En ambos casos, estos complejos concebidos a modo de «casa-comuna» sobresalen o descollan respecto de lo que podríamos adjetivar como obras del realismo socialista por introducir gestos que rompen la desnudez de la construcción, y que presentan la edificación de un modo distinto, imprimiéndole así su originalidad: en el primer caso por la utilización de esquinas redondeadas y en el segundo por la proposición de una estructura en herradura. Como tampoco podemos olvidar, entre nosotros, los méritos ocasionales de la conocida en España como *arquitectura de la autarquía* en la época que sucedió a la guerra civil que obligaba a una pronta reconstrucción de un país devastado y sin medios⁶⁹.

En esta misma línea de consideraciones, coincido plenamente con quienes afirman que no ha de requerirse altura cualitativa a este tipo de edificaciones, sino solo novedad entendida como singularidad o carácter único de la obra; y, lo que es más, concuerdo con que el menor margen para determinar la originalidad relativa conlleva que el grado de exigencia para constatarla sea asimismo menor por comparación con otro tipo de obras⁷⁰. No en vano, nótese que esta falta de exigencia de carácter artístico o de altura cualitativa permite que las obras de ingeniería puedan acogerse a la tutela por Derecho de autor.

No deberían ser los juristas, sino los expertos en arquitectura, a quienes, en último término, debiera corresponder el dictaminar lo que debe entender-

-
- o expresión. *Vid.* extensamente HÖHNE, *Architektur und Urheberrecht*, *op. cit.*, pp. 20 y ss.
69. De ello da cuenta la tesis doctoral en arquitectura de Enrique AZPILICUETA, *La construcción de la arquitectura de postguerra en España*, 2004, pp. 32 y ss., con ulteriores referencias.
70. De nuevo BERCOVITZ, *Comentarios*, *op. cit.*, p. 186, en particular nota 8 a pie de página. En doctrina comparada, HÖHNE, *Architektur und Urheberrecht*, *op. cit.*, pp. 5, 7 y 12; y NORDEMANN, en FROMM/NORDEMANN, *Urheberrecht*, *op. cit.*, sub §2, par. 151, pp. 193-194, referenciando una oscilante jurisprudencia en Alemania.

se por una construcción novedosa digna de protección por Derecho de autor. Pero, en la medida en la que pueda valer esta contribución al debate que aquí nos ocupa, entiendo que, por lo que se refiere a la arquitectura profesional, ésta será merecedora de tutela en la medida en la que introduzca elementos suficientes para distinguirla objetivamente de lo estrictamente común o solución técnica primordial, elementos innovadores que permitan calificar a la construcción como singular y, por ello, identificar en ella la huella de su autoría. Bien es cierto que el mayor apego de este tipo de construcciones a la normativa aplicable, a las técnicas a emplear en su levantamiento y, en fin, a la utilidad a la que están destinadas, constriñen en buena medida su consideración como protegibles por Derecho de autor. Cuanto más allá se distancie de lo estrictamente técnico, mayor será el margen para afirmar la originalidad del diseño, incluso cuando se trate de creaciones destinadas a un uso más corriente (como un centro comercial o una estación de autobuses), en las que bastaría que sobresalieran de la media. Dicho esto, cuando la edificación proyectada no resulte sino de la aplicación de soluciones técnicas mínimas sin impronta estética o gestual alguna, éstas no habrían de merecer tutela por Derecho de autor⁷¹.

Así pues, la diferencia entre las dos categorías de arquitectura de autor que venimos tratando residirá en el perímetro de su originalidad: mientras que (i) en la gran arquitectura será mucho más amplio –y, por consiguiente, también lo será el ámbito de su protección, en particular frente a reproducciones o transformaciones que terceros puedan realizar sin consentimiento del autor o del titular de los derechos de explotación–; (ii) en la arquitectura profesional, la originalidad será lógicamente más reducida, de lo que se sigue que cuanto menor sea ésta, tanto mayor será la probabilidad de que cualquier variación sobre la edificación primigenia pueda no solo evitar que ésta se considere una réplica o una derivación reprochable de aquélla, sino que, sobre lo anterior, podrá fundamentar su calificación respectiva como obra protegible a todos los efectos.

Hasta este momento hemos venido considerando la construcción como un todo, pero es también posible la protección aislada de la fachada o de elementos arquitectónicos (*v. gr.*, una ventana, una puerta, un espacio interior como un vestíbulo, el revestimiento de un techo o incluso una chimenea⁷²),

71. NORDEMANN, en FROMM/NORDEMANN, *Urheberrecht*, *op. cit.*, sub §2, pars. 144, 149, 154, 155a, 165 y 168a, en pp. 190, 192, 195, y 199-200.

72. NORDEMANN en FROMM/NORDEMANN, *Urheberrecht*, *op. cit.*, sub §2, pars. 140, 165 y 168c, pp. 189 y 199-200.

siempre que pueda acreditarse su singularidad y originalidad⁷³; en cuyo caso la tutela se circunscribiría en principio a la parte, pero no al edificio en su conjunto a menos, como quedó dicho, que la composición novedosa y armónica de elementos ya conocidos por comunes dote al mismo de una cierta originalidad⁷⁴.

En fin, y en evitación de toda duda: no son susceptibles de tutela en este ámbito ni un estilo arquitectónico, como tampoco las técnicas o modos de construir un edificio, por muy complejos que estos sean.

VI. EL ALCANCE DE LOS DERECHOS DE AUTOR SOBRE LA OBRA ARQUITECTÓNICA

1. BREVE RECORDATORIO: SOBRE LA TITULARIDAD Y EL OBJETO DE LOS DERECHOS DE AUTOR RESPECTO DE LA OBRA ARQUITECTÓNICA

Las anteriores consideraciones nos llevan a partir de las siguientes premisas: de un lado (i) el titular de los derechos de autor (en plenitud) sobre la obra arquitectónica será aquel sujeto a quien pueda atribuírsele la autoría originalmente (el arquitecto, el colectivo de arquitectos o profesionales que actúan en régimen de coautoría o bien al coordinador) o, en todo caso, el sujeto persona física o jurídica titular (solo) de los derechos patrimoniales sobre el diseño cuando el autor le haya investido de dichas facultades (*v. gr.*, el estudio de arquitectura como organización o un tercero que encargó la obra). En lo sucesivo y por eficiencia, nos referiremos indistintamente a estas situaciones de autoría como el «autor» o el «tenedor de derechos», salvo que convenga precisar. De otro lado, (ii) el objeto de los derechos de autor se proyecta prevalentemente sobre el diseño o proyecto de la obra arquitectónica (tal cual se definió *supra sub III*) sin perjuicio de la consideración como obra protegible de la construcción definitiva en tanto que reproducción o, en su caso, transformación de aquellos.

Nuestra mejor doctrina se ha extendido en el tratamiento de las cuestiones que nos ocupan bajo este epígrafe, así como de la revisión crítica de los pronunciamientos judiciales relativos, por lo que creo oportuno remitir

73. HÖHNE, *Architektur und Urheberrecht*, *op. cit.*, pp. 35-36, 38.

74. De nuevo AHLBERG, en GÖTTING/AHLBERG, MÖHRING/NICCOLINI, *Urheberrecht*, *op. cit.*, *sub* §2, par. 117, p. 86; y NORDEMANN, en FROMM/NORDEMANN, *Urheberrecht*, *op. cit.*, *sub* §2, par. 151, p. 194.

fundamentalmente a sus conclusiones, aprovechando este espacio para plantear consideraciones adicionales. Muy acertada es de partida, a mi juicio y sobre todo a efectos prácticos, la distinción que Rodrigo Bercovitz mantiene entre el alcance de la protección según se trate del diseño o de la edificación resultante⁷⁵. Aquí seguiremos un patrón análogo.

2. (SIGUE) Y UNA ADVERTENCIA PRELIMINAR: SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE OBRAN COMO LÍMITES AL GOCE DE LOS DERECHOS QUE SOBRE LA OBRA ARQUITECTÓNICA OSTENTA SU AUTOR (Y, POR EXTENSIÓN, EL TENEDOR LEGÍTIMO DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN)

A diferencia de lo que acontece con otro tipo de obras, las creaciones arquitectónicas se caracterizan por servir a un uso concreto que no parte de la decisión de su autor, sino, por lo general, de quien las encargó. Esta circunstancia fáctica modula fuertemente el alcance de los derechos que el autor puede reclamar sobre su obra, por muy original que ésta sea en su diseño; y lo hace tanto en su faceta moral como, sobre todo, en cuanto a la explotación económica de su obra.

En efecto, los conflictos en este ámbito no surgirán, en principio, respecto de obras que el arquitecto concibe y ejecuta libremente (*v. gr.*, cuando crea su propia casa o lo hace bajo el manto de un contrato amistoso), sino de obras que se realizan por encargo. Pues bien, como quiera que el diseño generalmente derivará en una edificación, de la causa de aquel encargo se sigue que deberán acrecer al comitente todas aquellas facultades que le permitan disfrutar del resultado producido (y convenientemente remunerado) según lo pactado. Y sucede aquí que ese resultado está condicionado por un uso, el que le dará en cada momento el propietario del soporte físico de la obra (la edificación) o bien su tenedor legítimo. Una obra plástica (léase en lo sucesivo una pintura o una escultura) ha nacido para ser disfrutada, expuesta y contemplada. Una creación arquitectónica va a ser, además, utilizada. Una obra plástica se deteriora y puede –o no– ser restaurada; mientras que una obra arquitectónica (siquiera sea por la aplicación de una nueva normativa, por exigencias derivadas de una revisión técnica obligatoria, o por la pretensión de dotar al edificio de nuevas prestaciones, como por ejemplo la instalación de paneles solares) con frecuencia ha de ser reformada, lo que puede implicar ciertas modificaciones estructurales y formales en el diseño

75. BERCOVITZ, *Los derechos de propiedad intelectual*, op. cit., pp. 23 y ss.

original. Una obra plástica puede cambiar de manos; una obra arquitectónica también, solo que ello podrá eventualmente dotarla de un nuevo o de un adicional provecho, lo que requerirá por lo general de adaptaciones en la construcción original. Y, en fin, mientras que una obra plástica puede haber sido concebida para su exhibición en un espacio público, la obra arquitectónica se ubica, por definición y salvo casos excepcionales, en un entorno público, a lo que se añade que se destina a un uso y que está llamada a convivir con otras obras arquitectónicas o de ingeniería caracterizadas, a su vez, por su correspondiente funcionalidad. En definitiva, en el ámbito que ahora nos ocupa, resultará clave identificar, en cada caso, cuáles son los intereses en juego susceptibles de apreciación (los del autor, propietario o usuario legítimo de la construcción, el interés general o público), así como todas las circunstancias que deberán ponderarse mesuradamente en función de su rango de prevalencia.

3. REFERENCIA AL ALCANCE DE LOS DERECHOS MORALES SOBRE LA OBRA ARQUITECTÓNICA DE AUTOR

Como es por todos sabido, el ejercicio de los derechos morales que nuestro ordenamiento reconoce *ex art. 14 LPI* al autor –o a sus causahabientes– constituye una prerrogativa estrictamente personal aunque los derechos patrimoniales sobre la obra hayan sido cedidos a terceros. A estos derechos nos referiremos seguidamente según el orden previsto en la Ley.

Corresponde al autor la decisión de si y cómo la obra se divulgará al público. Desde la primera de las facetas (en su vertiente negativa o derecho de inédito), ésta solo parece tener sentido en la práctica cuando el autor desarrolla un proyecto arquitectónico de modo completamente autónomo (ya sea para presentarlo a un concurso⁷⁶ o bien como estudio particular). En cambio, cuando la ejecución del diseño es por encargo, y siempre a mi juicio, la intensidad del derecho moral pierde fuelle, teniendo como tiene el contrato la finalidad de procurar al comitente el trazado o plano de una construcción predeterminada debido a las instrucciones recibidas. Es por ello que se nos antoja difícilmente razonable la posición de un autor que, habiendo sido contratado para proyectar un edificio, se oponga a la divul-

76. Así, BERCOVITZ, *Los derechos de propiedad intelectual*, *op. cit.*, p. 23, considera que la mera presentación de una obra a un concurso, aunque pueda conllevar la decisión de divulgar la obra, no implica que ésta ya esté divulgada, lo que todavía permitiría al autor retirar su candidatura, sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias que ello pueda acarrearle de suponer su conducta un incumplimiento de contrato.

gación que resulta de su elevación en vía pública y a la propia relativa a expresar su autoría, salvo que por las razones que sea se arrepienta de haber asumido el encargo, en cuyo caso estaríamos en otro escenario que no podría saldarse para el autor sin la reparación a su cliente de los daños y perjuicios que esta decisión le conllevaría. Supuesto distinto, que sí tiene mayor interés a mi juicio, es que el autor pueda establecer límites a la divulgación de los materiales que conforman el diseño, restringiéndola a su comunicación en exclusiva –incluso bajo régimen de confidencialidad– a aquellos profesionales que resulten estrictamente necesarios para erigir la edificación. Lo recomendable en estos casos es que ello se previera en el contrato de referencia con la mayor de las precisiones, pues de lo contrario, y aunque el comitente no es el propietario del diseño (sino solo de los derechos patrimoniales –intangibles– necesarios para la construcción del edificio), es evidente que los usos del sector obrarían en pro de la circulación de los planos por varias manos sucesivas (las que fueren necesarias), de lo que se seguiría una dilución de este derecho moral según ley. Pactar esta limitación por contrato será tanto más útil cuando el autor pretenda divulgar el diseño por sí mismo bajo, entre otros, su publicación mediante un libro⁷⁷ o la exhibición de maquetas de sus proyectos⁷⁸ y de hacerlo, además, con el alcance que considere más oportuno. En cualquier caso, no parece que el comitente pueda decidir por sí mismo sobre la divulgación del proyecto sin consentimiento del autor, salvo la propia que resulta de construir el edificio conforme al mismo⁷⁹.

El derecho a la paternidad de la obra posee, como es sabido, una doble vertiente: (i) de un lado, la facultad de determinar si la divulgación de la

77. Mientras esto escribo, Norman FOSTER acaba de anunciar la publicación, a través de su Fundación y de la editorial Ivory Press, de un cuarto volumen en el que se recogen los bocetos y planos de sus diseños. Su reproducción es más bien de índole artística y no tanto descriptiva y comprensiva de los datos técnicos relevantes para el levantamiento de la construcción relativa. Pero también cabe señalar la exposición que el estudio Herzog&de Meuron está realizando (de nuevo, mientras cierro estas líneas) sobre el proyecto *Wasserstadt Solothurn* bajo el título «*What if – Unbuilt Architecture in Switzerland*», en el Swiss Architecture Museum en la ciudad de Basilea, y aquí sí, con una profusa exhibición de los planos de arquitecto.

78. Como la reciente y exquisita exposición retrospectiva de la obra de Kengo KUMA en el Palazzo Cavalli-Franchetti, titulada *Onomatopoeia Architecture*, que tuvo lugar con ocasión de la Biennale de Arquitectura en Venecia, 2023.

79. Sobre el contrato de construcción *vid.* en extenso la reimpresión actualizada de la obra de José SÁNCHEZ, *El contrato de construcción*, La Ley/Thomson Reuters (Montevideo), 2000, tomo I, debidamente actualizada en los tomos II y III, bajo la batuta de Carlos DE CORES y Raúl GAMARRA.

misma se realizará con el nombre del autor, bajo seudónimo o signo que lo represente, o en su caso de modo anónimo (situación que no parece que sea aquí susceptible de especial atención⁸⁰); y (ii) de otro lado, la de exigir el reconocimiento de su autoría, situación que se justificaría de modo claro en aquellos casos en los que el proyecto se atribuye a otro autor⁸¹. Conviene recordar aquí que, conforme se sostuvo respecto de la definición de autoría (*supra sub IV.2*), la misma se identifica con su creador individual (o sus coautores), y en aquellos casos más complejos de construcciones de la llamada gran arquitectura en los que participa un amplio número de profesionales, y siempre que no mediara otro acuerdo, con aquel sujeto responsable (o sujetos corresponsables) de la coordinación de las varias aportaciones que cristalizan y se incorporan en el diseño único que es la obra. En otros términos y de todo cuanto antecede: salvo que se hubiese pactado de otro modo (supuestos entiendo que excepcionales), cabría presumir que ninguno de los aportantes podría, por sí mismo, irrogarse la autoría –ni exigir que la misma se reconozca– sobre el todo como tampoco sobre una parte; y ello, como quedó dicho, porque la obra arquitectónica constituye un crisol de prestaciones que no tienen vida propia, pues solo se justifican por integrarse en un proyecto unitario. Cuestión distinta es que el arquitecto o arquitectos responsables del mismo quieran tener la deferencia cortés de mencionar a aquellos profesionales que se integraron en el equipo, pero ese gesto de ningún modo representaría un reconocimiento de paternidad sobre la obra resultante, ni en todo ni en parte.

Es en relación con la lesión a la integridad de la obra donde se han conocido los casos más conflictivos en la práctica, y que han sido pormenorizadamente analizados por nuestra mejor doctrina. El más señero y comentado es el relativo al puente *Zubi Zuri* de Santiago Calatrava en Bilbao, donde el fallo de la Audiencia de Bilbao obedeció a una trifásica ponderación de intereses –la de los autores implicados, la propia del comitente y, sobre lo anterior, el interés público–, todo ello con el fin de salvaguardar la pasarela que el Ayuntamiento de Bilbao encargó en 2006 al arquitecto japonés Arata Isozaki para compensar el desnivel de la ubicación de sus Torres respecto del

80. En todo caso, valga señalar que el derecho de paternidad –*ad casum*– sería disponible por su autor, siempre que se refiera a una obra en concreto y resulte indubitada (*v. gr.*: porque el edificio fuera más conocido por quien lo encargó). Aunque todo parece indicar que esta situación es difícil que se plantee en la práctica, tanto más en relación con edificios que, al margen de quién los financió, brotaron de la mano de arquitectos de prestigio.

81. BERCOVITZ, *Los derechos de propiedad intelectual*, op. cit., p. 24.

nivel del *Zubi Zuri* (fig. 3), lo cual implicaba cercenar parte de la barandilla del puente blanco calatraviano⁸².



(fig. 3) *Zubi Zuri* y Torres Isozaki

En breve, la tendencia en nuestra jurisprudencia viene a saldarse con un reconocimiento al autor de su derecho moral y, por lo tanto, de la calificación de la conducta en lid como una violación a la integridad de su obra para, a renglón seguido, sostener que otros intereses en juego (en particular los del público en función del uso para el que la obra se concibió o, como en el caso *Zubi Zuri* apenas citado, la mejora del tránsito peatonal entre diversas zonas) puedan justificar el mantenimiento de la controvertida lesión, sin perjuicio de la concesión al autor de una compensación financiera para paliar los daños (morales) relativos, indemnización que, como bien ha sido expuesto, suele ser notoriamente inferior a lo solicitado por el autor demandante⁸³.

Ante esta situación, una parte significativa de nuestra doctrina aconseja –desde una perspectiva pragmática– que quien se plantee acometer cambios

82. Esta ponderación de intereses se resalta como patrón de enjuiciamiento en la doctrina más autorizada: *vid.* Hermann KROITZSCH y Horst-Peter GÖTTING, en GÖTTING/AHLBERG (eds.) MÖHRING/NICCOLINI, *Urheberrecht*, *op. cit.*, sub §14, pars. 15, 19 y 26-27, pp. 240, 242 y 244-245.

83. *Vid.* el detallado cuadro ofrecido por CUERVA DE CAÑAS/CASTELLVÍ, *Arquitectura de autor*, *op. cit.*, pp. 65-66.

que puedan alterar la integridad de la obra tal cual fue originalmente concebida por el autor, acudan a éste para encargárselos en primer lugar, todo ello al efecto de evitarse conflictos⁸⁴. Respetuosamente, discrepo de esta posición. No parece de recibo que un arquitecto que haya recibido un encargo y cobrado por el mismo posea naturalmente una suerte de prioridad respecto de terceros al efecto de acometer la realización de cambios sobre el diseño original. Y ello, por dos series de razones: la primera y principal es que la obra resultante está marcada por la utilidad a la que debe servir en cada momento, de modo que algunas modificaciones pueden verse objetivamente justificadas en atención a las circunstancias. En efecto, el carácter funcional de toda obra arquitectónica imprime una cierta modulación del derecho que corresponde al autor a exigir su integridad tanto durante la ejecución de la obra (*v. gr.*, para corregir ciertas disfuncionalidades) como una vez ésta se haya erigido (*v. gr.*, para reformarla o ampliarla, o, como en el caso de referencia, ajustarla a un entorno arquitectónico más amplio y cambiante)⁸⁵. En una segunda serie de consideraciones, de entender que esta facultad que legalmente se concede al autor careciera de límites, podría llegar a traducirse como un veto del arquitecto primigenio a que la obra pueda incorporar, a futuro, la aportación creativa de terceros de su mismo –o incluso superior– nivel. Habrá que estar, pues y como siempre, al caso concreto⁸⁶. En este sentido, el alcance del derecho que asiste al autor bajo este epígrafe bien puede regularse según contrato⁸⁷ o, en todo caso, desprenderse implícitamente de la naturaleza de la cesión en función del encargo: a nivel genérico, cabe apuntar, pues, que podrán plantearse (i) modificaciones directas (las que repercuten en la edificación) que podrán constituir desde un atentado grosero (*v. gr.*, la destrucción injustificada del diseño interior o la ocultación de la fachada) a alteraciones leves o de menor calado que vengan requeridas para que el propietario de la construcción pueda adaptarlo en función de sus legítimas necesidades o, entre otras circunstancias, para mantener o mejorar el uso al que la obra se destina o bien para conservar la seguridad de la propia edificación; así como (ii) modificaciones indirectas, derivadas de la alteración del contexto o entorno en el que se ubica la obra, y que bien podrían implicar un atentado a los derechos del autor (*v. gr.*, cuando el diseño original hubiese implicado

84. Ramón CASAS, «El caso Calatrava o Zubi Zuri, ¿una victoria pírrica en apelación?», *Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 32, 2009, pp. 99 y ss., p. 112; asimismo BERDAGUER, *El derecho a la integridad*, *op. cit.*, p. 31.

85. BERCOVITZ, *Los derechos de propiedad intelectual*, *op. cit.*, p. 24.

86. BERCOVITZ, *Los derechos de propiedad intelectual*, *op. cit.*, p. 25.

87. Aunque se me antoja de difícil previsión contractual (por nula) el hecho de encargar al autor primigenio una obra a futuro.

que la obra se concibiese específicamente para un espacio donde no existiría otra construcción, o bien que en el mismo se levante otra de ínfima calidad que pudiera desmerecer a la primera)⁸⁸. De nuevo, habrá que ponderar los intereses en juego en cada caso concreto, incluidos no solo los del autor, sino los del propietario de la construcción, como también los relativos a hasta qué punto ha de obligarse a éste a soportar un coste económico desproporcionado para verificar el derecho que asiste al autor⁸⁹.

En este ámbito de consideraciones, para el supuesto de que el autor primigenio fuese requerido mediante un nuevo encargo para diseñar la acometida de las modificaciones, éste no podrá exigir que las mismas sean introducidas sin mayor contemplación, obligado como está legalmente *ex art. 14.5 LPI* a respetar los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de tutela de bienes de interés cultural⁹⁰. De su parte, para el supuesto de que se acuda a un creativo distinto del autor original, la actuación de éste deberá ser proporcionada y respetar, en lo posible, la integridad de la obra en cuestión, de lo que se sigue que su alteración deberá ser, si no imprescindible, sí la menos gravosa posible.

Por lo demás y en general, el titular del soporte físico sobre la obra resultante es libre para definir su uso en cada momento, en el bien entendido de que (i) dicho uso está condicionado por el debido respeto a la integridad de la obra y (ii) el autor (o sus causahabientes) puede/n oponerse a la deformación de la obra original, pero solo en relación con actos que la mutilen o modifiquen de tal modo que ello suponga un perjuicio a su reputación, prestigio u honor. Como es sabido, nuestro ordenamiento no concibe esta facultad de oposición de modo absoluto o en abstracto, operable ante cualquier alteración que, a juicio individual del autor, cercene su obra. En efecto, este derecho de oposición se adjetiva, exigiendo al autor que lo reivindica la demostración de que tal modificación sea susceptible de causar una lesión a su reputación (se entiende que profesional). Y de nuevo aquí, el ejercicio de esta facultad ha de ser ponderado en función de las circunstancias, la utilidad para la que la construcción fue planteada y los derechos adquiridos por terceros⁹¹.

88. Vid. BERCOVITZ, *Los derechos de propiedad intelectual*, op. cit., p. 25, con ulterior cita jurisprudencial.

89. Sobre este particular vid. en extenso Andreas DUSTMANN, en NORDEMANN, en FROMM/NORDEMANN, *Urheberrecht*, op. cit., sub §14, pars. 23, 27, 29, 31ss., 64-74, pp. 370 y ss.; y en el mismo sentido en la misma obra Axel NORDEMANN, sub §39, pars. 34-35, pp. 1054-1055.

90. BERCOVITZ, *Los derechos de propiedad intelectual*, op. cit., pp. 25-26.

91. Vid. aquí HÖHNE, *Architektur und Urheberrecht*, op. cit., pp. 111 y ss.

El mayor grado de lesión a la integridad de la obra consistiría en la reubicación de la misma⁹² como, sobre todo, en la destrucción parcial o demolición total de la construcción resultante. En el ámbito del Derecho de autor, la mejor doctrina comparada se ha pronunciado en el sentido de que el propietario del soporte físico de la obra (la edificación resultante) no posee más límites para la toma de esta decisión que (i) el hecho de que la obra posea un valor artístico, histórico o patrimonial determinado, que conlleve cierta obligación de conservación (entre nosotros *ex arts. 14 y ss. de la Ley 16/85, del Patrimonio Histórico Español*)⁹³, así como (ii) el necesario respeto al derecho del autor de acceder al ejemplar único de la obra antes de que la misma sea parcial o totalmente derruida⁹⁴. En todo caso, destruida que fuere la edificación, ni el autor como tampoco el propietario que fue del soporte físico de la obra poseen un derecho a levantarla de nuevo⁹⁵, ni por sí ni mediando terceros; cuestión distinta sería cómo podría jugar aquí el derecho de transformación de la obra primigenia, debiendo estar al caso concreto y a una ponderación de los intereses en juego⁹⁶.

92. Sobre este supuesto *vid.* HÖHNE, *Architektur und Urheberrecht*, *op. cit.*, pp. 131-132.

93. Nótese que el art. 18 del citado cuerpo legal establece que un inmueble que haya sido declarado como Bien de Interés Cultural es... inseparable de su entorno, y que no se podrá proceder a su desplazamiento ni remoción salvo que ello resulte imprescindible por causa de fuerza mayor o interés social. En otros contextos, como el estadounidense, la polémica está servida: véase el interesante recorrido realizado por Joseph L. SAX, *Playing Darts with a Rembrandt. Public and Private Rights in Cultural Treasures*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1999, pp. 48 y ss.

94. En general, el acceso al ejemplar único de la obra por el autor ha de ser respetuoso con los intereses adquiridos de terceros: *vid.* Christian FREUDENBERG, en GÖTTING/AHLBERG (eds.) MÖHRING/NICCOLINI, *Urheberrecht*, *op. cit.*, sub §25, par. 39, p. 357. Por lo que hace al caso que nos ocupa, se sostiene que el propietario del edificio debe avisar al autor a efectos de que éste pueda acceder a la construcción para hacer fotografías o levantar planos (a su costa): en este sentido KROITZ/GÖTTING, en GÖTTING/AHLBERG (eds.) MÖHRING/NICCOLINI, *Urheberrecht*, *op. cit.*, sub §14, par. 26, pp. 244-245, siguiendo esencialmente a Gerhard SCHRICKER y con ulteriores referencias. Este aviso debería extenderse, apuntan, a aquellos artistas plásticos que hubiesen incorporado su obra a la construcción. Pensemos en el caso de *graffiti* en sus muros o paredes o de ornamentos escultóricos prendidos en la piel del edificio en los que el derecho de acceso no pasaría solo por fotografiarlos, sino que, entiendo, el autor bien podría proceder a su retirada a fin de preservarlos.

95. En relación con el comitente *vid.* Jan Bernd NORDEMANN, en FROM/NORDEMANN, *Urheberrecht*, *op. cit.*, sub §31, par. 151, p. 777.

96. Cfr. con matices HÖHNE, *Architektur und Urheberrecht*, *op. cit.*, pp. 123 y ss. La reconstrucción de edificios ha merecido una atención particular por parte de la mejor doctrina alemana: *vid.* Wolfgang SPAUTZ/Horst-Peter GÖTTING, en GÖTTING/AHLBERG (eds.) MÖHRING/NICCOLINI, *Urheberrecht*, *op. cit.*, sub §39, par. 18, pp. 592-593, con

Son también dignos de mención los supuestos de modificación de edificios protegidos (generalmente una vez expirados los derechos de autor relativos) para renovarlos, otorgándoles una nueva contemporaneidad. Aunque ya no estemos en el campo estricto del Derecho de autor, merecen ser destacados ejemplos tales como la intervención en el museo *Albertina* de Viena por el precitado y polémico Hans Hollein, la más reciente de los arquitectos Lacaton&Vassal –premio Pritzker en 2021– en el *Palais Tokyo* de París (un edificio de 1937), consistente en la reparación de su interior para abrirlo aún más a la polivalencia de espacios y funciones, o el que debería interesarnos perseguir como juristas de la librería *Manz* en Viena, cuya fachada y diseño interior fueron diseñados por Adolf Loos y que hace muy poco cerró sus puertas para ser reformada (figs. 4 y 5).



(fig. 4) Librería Manz, de Adolf Loos, Viena (fig. 5) El mismo establecimiento, actualmente

En fin, el autor (o sus causahabientes) puede/n negarse a la realización de obras derivadas de la original sin su consentimiento. Esta prerrogativa puede ser de especial interés en el caso de la arquitectura profesional para evitar que cualquiera que tenga acceso al diseño original (el propio cliente que encargó la construcción o un tercero que lo solicite del colegio de arquitectos donde se visó o del ayuntamiento de la localidad) lo reproduzca *sic et simpliciter* sin

ulteriores referencias. Cfr. en este contexto el trabajo de Gregory S. ALEXANDER, «Of building, Statues, Art and Sperm: the Right to Destroy and the Duty to Preserve», *Cornell Journal of Law and Public Policy*, vol. 27, 2018, pp. 619 y ss.

autorización de su autor, quien, por consiguiente, tampoco obtendría remuneración por estas construcciones. Ahora bien, como ya quedó apuntado, la menor originalidad que a este tipo de obras es exigible obliga a renglón seguido a mantener que la introducción de elementos novedosos relevantes enervaría el reproche. La recriminación a esta conducta, por lo demás, se subsumiría y agotaría plenamente con las normas establecidas en la LPI, sin que sea factible recurrir, entiendo, a perseguirla como imitación según lo previsto en la legislación contra la competencia desleal.

4. REFERENCIA AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN SOBRE LA OBRA ARQUITECTÓNICA DE AUTOR

Los supuestos de violación de los derechos de explotación sobre la obra arquitectónica (a ejercer aquí por su titular, que bien puede no coincidir con el autor) vienen a coexistir desde una perspectiva material con los casos enumerados en el epígrafe anterior, pues consisten principalmente en aquellos en los que su titular no autoriza (i) la reproducción de la obra, (ii) su distribución o (iii) transformación⁹⁷.

Del modo que se adelantó, conviene mantener aquí la distinción entre las actuaciones que se proyectan sobre el diseño y aquellas que lo hacen sobre la edificación definitiva.

Así las cosas, los conflictos en punto a la reproducción no consentida de la obra arquitectónica se plantean del modo que sigue.

De un lado, el diseño puede ser objeto de reproducción tanto para su posterior distribución en el mercado como, por lo que ahora interesa, para posibilitar todo el proceso orientado a la elevación de la edificación, sea en formato dimensional (copia mecánica por medios reprográficos o informáticos de los planos en que consiste el diseño) o tridimensional (realización de maquetas)⁹⁸. Y lo cierto es que durante el referido proceso puede ocurrir

97. No parece que el derecho a la comunicación pública de la obra arquitectónica merezca un tratamiento diferenciado, tanto si la misma versa sobre el diseño o respecto de la edificación resultante. *Vid.* en este sentido BERCOVITZ, *Los derechos de propiedad intelectual*, op. cit., pp. 27-28. Ahora bien, debe tenerse en cuenta en este ámbito que la interpretación del art.56.2 LPI, refrendada por la jurisprudencia, impone al autor el mejor derecho del propietario del soporte físico de la obra a mostrar tanto el interior como el exterior de la construcción sin necesidad de recabar al efecto la aprobación del arquitecto.

98. BERCOVITZ, *Los derechos de propiedad intelectual*, op. cit., pp. 26-27.

que el diseño sea sucesivamente reproducido conforme el mismo vaya circulando entre los diversos profesionales implicados hasta la producción del estudio o proyecto final, a lo cual debe añadirse que éste deberá presentarse ante las autoridades correspondientes para solicitar los permisos de visado, licencia de obras o actividad, así como, eventualmente y entre otros, para la obtención de subvenciones y sellos de sostenibilidad. Siempre a mi entender, todas estas actuaciones implicarán la existencia de reproducciones (en sentido técnico jurídico) si bien de carácter mediato o instrumental que, por su finalidad, no serían susceptibles de constituir propiamente una violación de no mediar el consentimiento específico del autor, desde el momento en el que éste entregó al comitente la versión definitiva del diseño. En efecto y a mi juicio, dichas reproducciones se presumen necesarias para la normal ejecución del encargo que el autor recibió en su momento, pues el mismo no se agota con la puesta a disposición física del proyecto al cliente, sino que mantiene su eficacia durante el tiempo pactado –si se hubiere previsto– o, en general, del que fuera necesario para que el comitente pudiera gozar del resultado (que presumiblemente no habrá de consistir en guardar los planos en un cajón o colgarlos como adorno en la pared), sino de utilizarlos para erigir la construcción⁹⁹, todo ello siempre desde una estimación ponderada de todas las circunstancias concurrentes, lo cual, en su caso, podría modular excepcionalmente el plazo legal (de cinco años) aplicable en defecto de pacto entre las partes. Por consiguiente, y en lo que aquí interesa, en tanto que dichas reproducciones traen causa del contrato de encargo, no me parece exigible que deba recabarse la autorización del autor para acometer todas y cada una de las referidas reproducciones a menos que en alguna de ellas se introduzcan cambios que sí fueran susceptibles de implicar una variación sustancial del proyecto original, pues entonces sí podría potencialmente generarse una violación del derecho correspondiente a su autor, a menos que el mismo consintiere en dichos cambios de modo expreso. En fin, la elevación del edificio representaría la reproducción por excelencia del diseño y también, desde la perspectiva que apenas se ha mantenido, cabría presumir

99. El objeto del contrato de encargo (con la correspondiente cesión de derechos de explotación del autor) recae sobre el diseño o proyecto. El conflicto no se presenta cuando el mismo es exhaustivo –en cuyo caso el comitente no tendría margen alguno de decisión– sino cuando puedan plantearse dudas de ejecución. En el plano de lo ideal, lo suyo sería consultar al autor mas, siempre que la decisión estética a implementar careciera de relevancia objetiva, la doctrina se manifiesta en el sentido de que la referida decisión correspondería, sin más, al comitente (o, en su caso, al contratista a quien se haya delegado la elevación de la construcción): *vid.* HÖHNE, *Architektur und Urheberrecht*, *op. cit.*, pp. 94-97.

su carácter legítimo, siempre que la misma se mantuviera fiel al proyecto que el autor entregó como definitivo.

En este ámbito de consideraciones, es conveniente que en el contrato de encargo se prevea que la cesión de derechos de explotación al comitente lo es en exclusiva¹⁰⁰; y que lo será, además, sobre el proyecto final –no sobre las fases preparatorias, aunque las mismas sean puestas a disposición o mostradas a aquél–. En efecto, el contratista no podría acudir a otro arquitecto para completar el proyecto o diseñar otros análogos, pues ello constituiría tanto un incumplimiento de mala fe del contrato de obra como una violación del derecho de autor relativo¹⁰¹. La cuestión, en todo caso, podría plantearse en relación con diseños que han quedado inacabados; en este sentido, el comitente podría saldar el conflicto, en el ámbito contractual, mediante una resolución por incumplimiento con solicitud de compensación por los daños y perjuicios, mientras que, en el ámbito del Derecho de autor, bien podría encomendar la terminación del proyecto, por más que ello necesitaría seguramente contar (en función de la fase en que el mismo hubiera quedado estancado) con la autorización del autor primigenio, siquiera que fuere para la producción de una obra derivada.

Escenario muy distinto es aquel en el que un tercero procediera a la obtención del diseño definitivo aún de modo regular (*v. gr.*, solicitando los planos del edificio en el ayuntamiento de la localidad)¹⁰², para reproducirlo sin contar con la autorización del autor. Pues bien, en tales casos cabría, a su vez, deslindar entre las réplicas de edificios en función de su mayor o menor mérito: (i) en el caso de la *gran arquitectura*, no parece pensable que el edificio como tal se reproduzca en su integridad, tal vez sí que se calquen alguno(s) de sus elementos representativos que puedan llevar a asociar esta dúplica, ya sea de modo mediato o inmediato, con su autor primigenio, de quien se debería en tal caso recabar la correspondiente autorización; mientras que (ii) en el caso de la *arquitectura profesional*, sí cabría imaginar con facilidad que el propio comitente (bajo la errónea creencia de que la posesión física del diseño le habilitaría a futuro para replicarlo) o que un tercero que accediera

100. Sin perjuicio de que, en principio, y salvo pacto en contrario, el comitente podrá ceder su posición crediticia en el contrato a tercero, sin mediar consentimiento del autor, cuyos derechos deberán respetarse en todo caso.

101. En extenso HÖHNE, *Architektur und Urheberrecht*, *op. cit.*, pp. 97 y ss.

102. Pues de haberlos obtenido de otro modo la actuación bien podría merecer el reproche como acto de competencia desleal o incluso perseguirse por la vía penal –cuando partes del mismo, por ejemplo, hubiesen sido preservadas bajo secreto cuando ello fuera factible y no interfiriera en los procesos administrativos para la elevación del edificio–.

al proyecto lo reprodujeran con o sin modificaciones de relevancia. Habrá que estar a las circunstancias atinentes al caso, pero, en líneas generales, la copia no autorizada de un edificio protegido por un derecho de autor constituiría una violación del mismo en el bien entendido de que la introducción de nuevos elementos arquitectónicos podría implicar que ésta constituyera una obra original autónomamente protegible. Valga refrescar en este ámbito que todo dependerá del mayor o menor grado de diferenciación que la nueva construcción plantee respecto de la primigenia, lo que trasladaría en todo caso la discusión relativa al contexto del derecho de transformación.

Más lejana –pero no imposible– se nos antoja la réplica por tercero de la obra arquitectónica a partir de la edificación resultante, desde luego no en su integridad, en todo caso de su fachada o disposición interior (de poderse acceder a ésta). Volviendo a la distinción entre especies de arquitectura de autor, la reproducción no autorizada de una obra de la gran arquitectura (fuera ésta total o parcial) seguramente se movería, en este caso también, en la esfera de la comisión indirecta de un atentado a la integridad de la obra original susceptible de perjudicar el prestigio o reputación de su autor; mientras que en el caso de la arquitectura profesional, de nuevo aquí, habrá que estar a si la construcción segunda presenta o no suficientes elementos novedosos que la hagan, por sí misma, merecedora de protección independiente por original.

Por lo que respecta al derecho de distribución sobre la obra arquitectónica, cabe deslindar asimismo entre la que se proyecta sobre el diseño o, en su caso, la edificación resultante, a saber.

En efecto, los materiales en los que se plasma el diseño pueden ser objeto de tráfico en el mercado en cualquier modo que permita su venta, alquiler o préstamo (*v. gr.*, en la forma de libro, maqueta, CD, en cualquier soporte informático o virtual) y otro tanto vale decir de la reproducción de la edificación resultante (*v. gr.*, como una escultura en miniatura, como un lego a montar por el usuario), todo ello siempre en el bien entendido de que pesa sobre el autor el límite del agotamiento del derecho que sucede a su primera puesta legítima en el tráfico, así como sobre el usuario la obligación de no reproducir libremente dicho diseño a partir de los materiales de que dispone¹⁰³. En este caso, y en tanto que hablamos de una reproducción de la obra (sea del diseño en sí como de la edificación resultante) en forma de obra plástica, cabe sostener que el autor tendrá un *droit de suite*¹⁰⁴.

103. BERCOVITZ, *Los derechos de propiedad intelectual*, op. cit., p. 27.

104. Conforme HÖHNE, *Architektur und Urheberrecht*, op. cit., p. 70.

Asimismo, la construcción resultante podrá ser objeto de distribución, entendido el derecho relativo del autor como facultad de refrendar su primera venta, siendo que todo indica que el referido consentimiento habrá que presumirlo prestado cuando el autor hubiera autorizado la edificación de la obra o, en su caso, dirigido el proceso constructivo¹⁰⁵. Siempre a mi parecer, podría dudarse del otorgamiento de dicho beneplácito en el lapso de tiempo que media desde la recepción del encargo hasta la entrega del proyecto al contratista (todo ello sin perjuicio de que el autor debiera compensar a su cliente ante el cambio de criterio subyacente al abandono del mismo), mas ya no a partir de este momento; entender otra cosa implicaría el sinsentido de otorgar carta de naturaleza a un presunto derecho de veto del arquitecto sobre la oportunidad o no de erigir la obra que se proyectó bajo encargo.

En cuanto al alcance del derecho del autor sobre la transformación de la obra derivada, valga decir, sin necesidad de distinguir aquí entre el diseño o la edificación resultante: (i) por lo que hace a la gran arquitectura, para que un tercero pueda alegar que su creación solo se inspira *–al estilo de–* pero no es deudora de la obra primigenia, deberá demostrar que ésta no resulta reconocible en aquélla, ni en todo ni en parte. En este contexto se vuelve a apuntar a quién corresponde trazar el contorno de la originalidad aplicable; difícil tarea ésta si la decisión ha de recaer sobre los jueces sin un dictamen de peso emitido por profesionales del sector. De su parte, (ii) por lo que hace a la arquitectura profesional, parece lógico afirmar que, si su más débil originalidad (respecto de la gran arquitectura) condiciona el tratamiento del derecho de reproducción atinente al arquitecto sobre su obra, tanto más lo hará en este ámbito, pues a poco que se demuestre que no existe reproducción desautorizada, no existirá, de suyo, obra derivada.

En fin, la ubicación de la obra arquitectónica en vía pública implica *ex art. 35.2 LPI* que cualquiera pueda libremente reproducirla, distribuirla y comunicarla públicamente mediante pinturas, dibujos, fotografías, procedimientos audiovisuales, consecuentemente sin necesidad de recabar el consentimiento del autor, incluso cuando tales actos se conducen con finalidad crematística. Las críticas de nuestra doctrina a este rotundo límite al alcance de los derechos de autor sobre la construcción no giran tanto en torno al disfrute que de tales actos pueda extraer un tercero a nivel particular (en la medida en que la obra se ubique en un espacio accesible sin restricciones) cuanto de la obtención por éste de un rédito mercantil del que en virtud de esta norma no habrá de hacer partícipe al autor o, en su caso, al titular de

105. Vid. BERCOVITZ, *Los derechos de propiedad intelectual*, op. cit., p. 27.

los derechos de explotación sobre el edificio¹⁰⁶. En la práctica, en cualquier caso, controlar esta situación parece casi un imposible¹⁰⁷, también cuando se trate de la reproducción, divulgación o comunicación respecto de edificios colindantes¹⁰⁸ o de espacios interiores del edificio en cuestión a los que cupiera acceder previa advertencia de una restricción en contrario y, aun así, podría dudarse de su acomodo legal ante el estricto tenor literal de la norma; y, en último término, porque tampoco parece en el peor de los casos que el lucro cesante del autor (¿por la venta de obra plástica más o menos meritoria, de meras fotografías en forma de postales o de imanes...?) sea de tal entidad como para propiciar una posición contraria a la misma, toda vez que, al fin y al cabo, la difusión de la obra –que por obvias razones pertenecerá a la categoría que hemos dado en llamar gran arquitectura– contribuye a que el inmenso público acceda de un modo u otro a la misma o la retenga en su memoria, sin que ello desmerezca el prestigio de su autor, sino, tal vez, lo ensanche y perpetúe.

VII. EPÍLOGO

Ser hombre significa habitar

Martin HEIDDEGER¹⁰⁹

Si hay un tema inmenso para tratar en Derecho de autor... es la Arquitectura. Y si hay una disciplina con mayor proyección humanística... es la Arquitectura.

-
106. Lo que en todo caso parece insostenible es que el titular del soporte físico pueda exigir una compensación económica por el hecho de que su propiedad se fotografíe –tanto menos impedirlo si se halla en vía pública–. En efecto, una cosa es el alcance del derecho de propiedad y otro el propio relativo a su autoría, cuestión distinta es que la conducta en cuestión sea susceptible de dañar la intimidad o privacidad de las personas (*v. gr.*, fotos tomadas con un dron). *Vid.* asimismo HÖHNE, *Architektur und Urheberrecht*, *op. cit.*, pp. 152 y ss., p. 156.
107. No se nos escapan estrategias de protección como (i) las seguidas por el registro de una marca (como ocurrió con el edificio proyectado por Calatrava para el Auditorio de Tenerife en 2003), lo cual lleva a la referida institución a controlar la explotación comercial de las imágenes y filmaciones realizadas sobre la edificación; (ii) o las propias de la fundación de la Tour Eiffel sobre la explotación de la instalación lumínica que por las noches alumbra la icónica obra. Basta acceder en ambos casos a los sitios web respectivos para conocer las condiciones económicas que estas instituciones exigen al efecto.
108. Sobre el particular, *vid.* Ulrike GRÜBLER/Stefan ENGELS, en GÖTTING/AHLBERG (eds.) MÖHRING/NICCOLINI, *Urheberrecht*, *op. cit.*, sub §60, par. 10, p. 752.
109. En Martin HEIDEGGER, *Construir, Habitar, Pensar*, *op. cit.*, de obligada lectura.

Entre todas las artes, el estudio de la arquitectura está reservado para quienes reúnan talentos elevados y una vocación sólida. Si me permiten un comentario personal, un tiempo dudé si sería capaz de acometerlo, pero mis amigos en primer y segundo año de carrera, en el Politécnico de Valencia, me atormentaban con sus entregas de planos levantados a mano y tinta que les ocupaban madrugada tras madrugada o, peor aún, con el miedo a la revisión del Prof. Juan Luis Piñón, catedrático de urbanismo, exigente hasta la perfección con las maquetas que sus alumnos debían elaborar. Me arredré, pero de aquellos días me quedé con unos buenos *rotring* comprados en la fascinante papelería Bello –del mismo nombre que la clásica librería de la calle de las Barcas, ambas desaparecidas– y con los viajes acompañando a mis amigos, cuyos comentarios sobre los edificios que nos rodeaban los hacían aún más visibles y valiosos a mis ojos. Por ello, huelga decir que este ensayo me ha permitido recordar momentos muy gratos, al tiempo que pasearme sobre trabajos de otros autores con auténtico disfrute en un aprendizaje que no acaba aquí. Y, sobre todo, es debido expresar que este trabajo es deudor de comentarios valiosos para su construcción, de varios de los autores precitados y otros, como los procedentes de Alberto Peñín. Nada mejor que recurrir a las mejores Fuentes –con mayúscula– en especial si son referentes y amigos muy queridos, y es de agradecer su consejo, en particular, de que no me quedara solo en la arquitectura de mayor calado, sino que considerara aquella más simple o cotidiana.

En fin, y para quien haya llegado hasta aquí en su lectura, siempre gracias, sea sobre todo para discrepar de lo dicho y seguir avanzando en este ámbito. Me resta añadir que este trabajo se entrega a imprenta poco antes de Navidad. Si la arquitectura es, como se sostuvo al inicio, el arte totalizante por excelencia es lógico que haya inspirado el nacimiento de obras literarias de lectura deleitable. Les regalo aquí unas pocas que, en definitiva, nos permitirán habitar nuestros respectivos espacios con mayor armonía, con el deseo de que las disfruten:

¿Quién teme a la Bauhaus feroz? El arquitecto como mandarín, de Tom Wolfe, editado en castellano por Anagrama en 2006, agotado ya pero aún se puede conseguir de segunda mano, y merece mucho la pena por su siempre cáustica y descreída mirada.

Dios lo ve, de Oscar Tusquets, con prólogo de Eduardo Mendoza, editado asimismo por Anagrama, la última vez en 2022, un recorrido idílico, culto y grácil por la arquitectura clásica, de obligada referencia.

Si Venecia muere, de Salvattore Settis, publicado en lengua castellana por Turner Noema en 2020; ensayo procedente de la mano de un reputado arqueólogo italiano, quien, al trazo de la ciudad más única de este planeta, propone una reflexión muy profunda sobre la conservación y el respeto a la memoria de las ciudades.

La arquitectriz, de Melania G. Mazzucco, de nuevo editado por Anagrama en 2022, sobre la fascinante historia de Plautilla Bricci, a quien se considera como primera arquitecta moderna en la Roma del siglo XVII.

Y la más reciente *Un beso en Tokio*, de Cristina Carrillo de Albornoz, editada por Hespérides en 2023, con elogioso prólogo de Elena Foster, y como confiesa su autora, una novela inspirada en la figura de Tadao Andō, más de la que prefiero no adelantar nada a fin de no alterar la lectura de su belleza pausada.

Que no todo ha de ser Derecho, pero sí, todo es Arte en el contexto de este *Anuario*.

En Barcelona, a 19 de diciembre de 2023, en cuya madrugada vino a habitar en este mundo –y habitarlos– Balthasar Damas Schipani-Malfliet, mi providencial tercer ahijado

BIBLIOGRAFÍA

MONOGRAFÍAS

ALEXANDER, Christopher: *The timeless way of building*, Oxford University Press, Oxford, 1979.

AZPILICUETA, Enrique: *La construcción de la arquitectura de postguerra en España*, 2004. Tesis doctoral inédita.

AZÚA, Félix de: *Diccionario de las Artes*, Planeta, Barcelona, 1999, 3.^a ed.

BERCOVITZ, R. (coord.): *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 2019, 4.^a ed.

DISTEFANO, Giovanni: *Come nasce Venezia?*, Supernova, Venezia, 2023.

FRAMPTON, Kenneth: *Modern architecture: A critical history*, Thames&Hudson, Londres, 2023; hay versión en castellano, *Historia crítica de la arquitectura moderna*, Editorial Gustavo Gili GG, Barcelona, 2021, 4 edición.

FROMM/NORDEMANN: *Urheberrecht*, Kohlhammer, Stuttgart, 2018, 12.^a ed.

- GONZÁLEZ, Alejandra: *Los derechos del autor sobre la obra de arquitectura, paisajismo y diseño de interiores. Regímenes de protección y perspectivas de regulación*. Tesis doctoral inédita, UAM, fecha de lectura: 22 de septiembre de 2017.
- GÖSSEL, Peter: *¿Qué es la arquitectura moderna?*, en Aurelia&Balthazar TASCHEN, *Arquitectura Moderna de la A a la Z*, Taschen, Köln, 2022.
- GÖTTING, H.-P./AHLBERG, H., MÖHRING/NICCOLINI: *Urheberrecht. Kommentar*, C.H. Beck, München, 2018, 4.^a ed.
- HEIDEGGER, Martin, LEYTE, Arturo y ADRIÁN, Jesús: *Construir, Habitar, Pensar*. Edición bilingüe de Oficina de Arte y Ediciones, Madrid, 2015.
- HÖHNE, Thomas: *Architektur und Urheberrecht. Theorie und Praxis: Ein Leitfaden für Architekten, Ingenieure und deren Rechtsberater*, MANZsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung (Wien) 2014, 2.^a edición.
- HOLLIS, Edward: *The Secret Lives of Buildings. From the Ruins of The Parthenon to the Vegas Strip in Thirteen Stories*, Picador, New York, 2009, traducida al castellano bajo el título *La Vida Secreta de los Edificios. Del Partenón a Las Vegas en trece historias*, publicado por la editorial Siruela en 2012.
- LEFEBVRE, Henri: *El derecho a la ciudad*, Capitán Swing, Madrid, 2018.
- MILLBACHER, Elias: *Urheberrecht in der Architektur. Das urheberrechtliche Verhältnis zwischen dem Architekten, dem Bauherren und dem Eigentümer*, AV Akademiker Verlag, Mauritius, 2016.
- MOIX, Llätzer: *Palabra de Pritzker. Conversaciones con 23 ganadores del principal premio de arquitectura*, Editorial Anagrama, Barcelona, 2022.
- MONTEVERDE, Julio: *Lo que la Arquitectura espera ser. William Morris y el método de construcción de la libertad*, en su prólogo al libro *William Morris, Arquitectura (Textos Reunidos)*, Editorial Pepitas, Logroño, 2023.
- MUSEO ICO y FUNDACIÓN PALAZUELO: *Pablo Palazuelo. La línea como sueño de arquitectura*, 2023.
- ORTEGA, Jorge: *Arquitectura y Derecho de autor*, Madrid, Reus, 2005.
- PONCE DE LEÓN, Mónica (ed.): *Authorship*, Princeton University School of Architecture, New Jersey, 2019.
- RAMANI, Navin: *Bombay Art Deco Architecture. A Visual Journey (1930-1953)*, Lustre Press Roli Books, New Delhi, 2016, 2.^a ed.
- RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel y BONDÍA ROMÁN, Fernando: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.

- RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (dir.): *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.
- RUBIO, Andrés: *España fea. El caos urbano, el mayor fracaso de la democracia*, Debate, Barcelona, 2022.
- SÁNCHEZ, José: *El contrato de construcción*, La Ley/Thomson Reuters, Montevideo, 2000, Tomo I, debidamente actualizada en los Tomos II y III, bajo la batuta de Carlos DE CORES y Raúl GAMARRA.
- SAX, Joseph L.: *Playing Darts with a Rembrandt. Public and Private Rights in Cultural Treasures*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1999.
- SCHRICKER, Gerhard: *Urheberrecht. Kommentar*, Verlag C.H. Beck, München, 1999, 2.ª ed.
- SENNET, Richard : *Construir y Habitar. Ética para la ciudad*, Anagrama, Barcelona, 2019.
- SHARR, Adam: *Heidegger sobre la Arquitectura*, Editorial Reverté, Barcelona, 2022.
- STOCKEBRAND, Marianne (ed.): *Donald Judd. Architecture*, Hatje Kantz, Ostfildern-Ruit, 1989.
- TALLÓN, Juan: *Obra Maestra*, Anagrama, Barcelona 2022.
- VENTURI, Robert: *Complejidad y contradicción en la arquitectura*, Editorial Gustavo Gili, Barcelona, 2015, 2.ª ed.

ARTÍCULOS DE REVISTA

- ALEXANDER, Gregory S.: «Of building, Statues, Art and Sperm: the Right to Destroy and the Duty to Preserve», *Cornell Journal of Law and Public Policy*, vol. 27, 2018, pp. 619 y ss.
- ALMONACID, Rodrigo: «‘Arquitectura luminosa’ y modernidad. El fenómeno de la ‘Lichtarchitektur’ en la arquitectura moderna entreguerras en Alemania y España», *Cuaderno de Notas*, n.º 20, 2019, pp. 1 y ss.
- BERCOVITZ, Rodrigo: «Los Derechos de Propiedad Intelectual sobre las obras arquitectónicas (dictamen emitido a solicitud del Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España)» 2012, consultable a través del sitio web *www.e-coac.org*, pp. 4 y ss.
- BERDAGUER, Javier: «El derecho a la integridad de la obra arquitectónica», *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, Tomo VII, 2019.

- CASAS, Ramón: «La condición de autor: los casos Barceló y Boadella», *Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 28, 2008, pp. 127 y ss.
- CASAS, Ramón: «El caso Calatrava o Zubi Zuri, ¿una victoria pírrica en apelación?», *Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 32, 2009, pp. 99 y ss.
- CUERVA DE CAÑAS, Juan A. y CASTELLVÍ, Luis: «Arquitectura de Autor: un análisis de ciertos problemas suscitados en torno a la obra arquitectónica y la propiedad intelectual», *Pe.i. Revista de la Propiedad Intelectual*, n.º 36, septiembre/diciembre 2010, pp. 13 y ss.
- SAIZ GARCÍA, Concepción: «Originalidad, autoría y titularidad de los derechos de autor de las obras arquitectónicas. Comentario a la sentencia del TS (sala 1ª, sección 1ª) de 26 de abril de 2027 (RJ 2017, 1736)», *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 45, enero-abril 2018.
- SERRANO DE HARO, Carmen: «Conflictos jurídicos del arquitecto con la regulación de la propiedad intelectual», *Revista de Derecho UNED*, n.º 16, 2015, pp. 1139 y ss.
- WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION: «Works of Architecture. Preparatory Document for and Report of the WIPO (Unesco Committee of Governmental Experts (Geneva, Octubre 20 to 22, 1986)», *Copyright, Monthly Review of the World Intellectual Property Organization (WIPO)*, n.º 12, December 1986, pp. 403 y ss.
- ZABALBEASCOA, Anaxu: «Hans Hollein, arquitecto ecléctico y atrevido», *El País*, 28 de abril de 2014.

Prompters, ¿nuevos protagonistas en la escena de las artes visuales?

Prompters: new players on the copyright scene?

CONCEPCIÓN SAIZ GARCÍA¹

Prof. TU Universidad de Valencia. LL.M. München

Resumen

La democratización de las herramientas de inteligencia artificial generativa en el ámbito de la literatura, el arte y las ciencias constituye el siguiente paso en el desarrollo de una tecnología que, hasta ahora, solamente utilizaban manos expertas. La posibilidad de que estos sistemas interactúen por medio del lenguaje natural permite a cualquier usuario con acceso a internet su fácil utilización y, con ello, la producción masiva de resultados artísticos realistas y convincentes que conviven con las obras tradicionales. Al temor que ello ha generado en distintos sectores profesionales (periodistas, diseñadores gráficos, traductores, etc.) se suman los problemas jurídicos derivados de la utilización no autorizada de sus obras en el entrenamiento de estas redes neuronales de

-
1. Este trabajo se enmarca en el Proyecto PID2022-136567NB-I0, financiado por MCIN / AEI / 10.13039/501100011033 / FEDER, UE), Bases para la modernización y mejora del régimen de la propiedad industrial e intelectual ante los desafíos de la agenda digital y las exigencias de sostenibilidad; y de CIPROM/2022/40, La nueva era de los algoritmos y la inteligencia artificial y su tutela jurídico-privada en el marco de la Unión Europea. La autora es coordinadora del GI+dPI (Grupo de I+D Propiedad Intelectual e Industrial de la UVEG [GIUV2023-537]).

última generación, así como la eventual protección de los resultados producidos por los usuarios de estas nuevas herramientas que se anuncian como «potenciadoras» de la creatividad humana. Pendientes, aún, de que se llegue a un acuerdo entre el Parlamento Europeo y los Estados miembros sobre cómo regular los modelos fundacionales, grupo al que pertenecen aquellas, y de concretarse las obligaciones de transparencia que les incumbirán, las oficinas nacionales ya están resolviendo solicitudes de registro de obras en cuya creación se ha hecho uso de inteligencia artificial, desarrollando una serie de directrices que pueden ser útiles a la hora de discriminar entre resultados generados «con» y «por» IA. Todas ellas se afanan en ofrecer claves para detectar un factor humano al que poder hacer responsable de la originalidad de la obra y, así, poder admitir su inscripción. Cuando se trata de tribunales, para declarar su protección por derecho de autor. El perfeccionamiento de la técnica para conseguir mejores respuestas de estas herramientas, así como el de su propio diseño para obedecer dichas instrucciones han determinado el nacimiento de nuevos escenarios capaces de sumar al proceso creativo más participantes, complicando todavía más la detección del factor humano. Las siguientes líneas se dedican a explicar el proceso generativo de imágenes por medio de estos sistemas y las distintas formas de interacción humana desde las reglas vigentes del Derecho de autor, ofreciendo pautas argumentativas para ayudar a resolver algunos de los muchos problemas que este nuevo fenómeno suscita.

Palabras clave

Inteligencia artificial generativa, Derecho de autor, Originalidad, *Prompts*, *Prompters*, Artes visuales, Inscripción registral, Titularidad, Autoría plural.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL BINOMIO GENERATIVO HUMANO-SIAG. III. LA CONDICIÓN LEGAL DE AUTOR. 1. *En las obras de autoría individual*. 2. *En las obras de autoría plural*. 3. *Participación humana relevante en el proceso creativo con SIAG*. 3.1. Modificaciones del resultado. 3.2. El diseño de *prompts*. A. *Prompts* de texto, *prompts* de imagen y *prompts* mixtos. B. *Prompt* individual y secuencia de *prompts*. 3.3. Relación del *prompter* con el resultado generado por el SIAG. A. *Prompts* funcionalmente adecuados y *prompts* originales. IV. BIBLIOGRAFÍA.

Abstract

In the field of literature, art and science, the democratisation of generative artificial intelligence tools is a further step in the development of a technology

that, so far, has only been used by experts. The ability of these systems to interact by means of natural language has opened the door to their easily use by anyone with internet access and, with it, to the mass production of realistic and convincing artistic results that coexist with traditional works. In addition to the fear that this has generated in different professional sectors (journalists, graphic designers, translators, etc.), there are the legal problems arising from the unauthorised use of their work in the training of these latest-generation neural networks, as well as the possible protection by current legislation of the outputs produced by users of these new tools, which are presented as “enhancers” of human creativity. While an agreement is still pending between the European Parliament and the Member States on how to regulate foundational models, to which these tools belong, and on the transparency obligations that will apply to them, the national copyright offices are already attending applications for the registration of works involving content generated with artificial intelligence, developing guidelines that may be useful when it comes to discriminating between results generated “with” and “by” AI. All of them strive to provide keys to detect the human factor that can be held responsible for the originality of the work and thus allow it to be registered. In the case of courts, to declare their copyright protection. The improvement of the technique to obtain better responses from these tools, as well as the improvement of their own design to obey human instructions, have determined new scenarios capable of adding more participants to the creative process, making the detection of the human factor even more complex. The following lines are devoted to explaining the process of generating images by means of these systems and the different forms of human interaction from the current rules of copyright law, offering argumentative guidelines to help to solve some of the many problems that this phenomenon poses.

Keywords

Generative artificial intelligence, Copyright, Originality, Prompts, Prompters, Visual arts, Registration, Ownership, Plural authorship.

SUMMARY: I. INTRODUCTION. II. THE GENERATIVE HUMAN-AI BINOMIAL. III. THE LEGAL STATUS OF AUTHORSHIP. 1. *In works of individual authorship*. 2. *In works of plural authorship*. 3. *Relevant human participation in the creative process with SIAG*. 3.1. *Modifications of the result*. 3.2. *The design of prompts*. A. *Text prompts, image prompts and mixed prompts*. B. *Individual prompts and sequence*

of prompts. 3.3. Relationship of the *prompter* to the output generated by the SIAG. A. Functionally adequate *prompts* and original *prompts*. IV. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCCIÓN

En un momento histórico en el que la realidad no sólo va por delante de la norma, sino que le saca una desmesurada ventaja, pretender encontrar soluciones puntuales a cada una de las situaciones que produce un escenario en constante movimiento puede no resultar la manera más adecuada de abordarlas, especialmente cuando se actúa de manera apresurada y con principios o fundamentos distintos de los que, en nuestro sistema jurídico, subyacen a cada institución. En el ámbito de la propiedad intelectual, el avance tecnológico ha ido habitualmente secundado por nuevas formas de protección específica, con el fin de impulsar el mercado surgido en torno a cada una de las nuevas realidades que, como los programas de ordenador o las bases de datos, iban apareciendo. La premisa de la que se partía era la de que la protección por medio de derechos exclusivos de propiedad intelectual supone siempre un incentivo para la creación y la innovación². Sin embargo, realidades como el estudio de impacto de la Directiva 96/9/CE, sobre protección jurídica de las bases de datos, ponen de manifiesto cómo ello no siempre es así³. Ahora, es la inteligencia artificial (IA), en particular, la IA generativa (IAG), la que nos sobreviene repleta de desafíos, riesgos, nuevas posibilidades, nuevos mercados y, sobre todo, con difícil acomodo en las instituciones vigentes y sin haber madurado una solución regulatoria al respecto.

En una primera etapa, la IAG –pensemos en el robot *Aaron*, de Cohen⁴; incluso, en el proyecto *The Next Rembrandt*⁵– producía resultados cuya expresión podía conectarse causalmente con alguna de las fases del proceso creativo a la intervención del ser humano. Entonces, para que el *software* emulara en el ámbito creativo al ser humano, debía ser fruto de un largo y cuidado proceso

2. HILTY, Reto; HOFFMANN, Jörg y SCHEUERER, Stefan (2020), «Intellectual property justification for artificial intelligence», disponible en <https://ssrn.com/abstract=3539406>.
3. Synopsis report on the responses to the public consultation activities on the evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, pp. 4 y 5, disponible en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/synopsis-report-public-consultation-evaluation-directive-969ec-legal-protection-databases> (27 septiembre 2023).
4. <https://theconversation.com/aaron-vida-y-obra-de-la-primera-inteligencia-artificial-creativa-192281>.
5. <https://www.nextrembrandt.com/>.

de programación, casi siempre orientado a producir un resultado concreto. En estos casos, se hablaba de la IA como herramienta auxiliar en el proceso creativo –*AI as a Tool* (AIaaST)– y, en consecuencia, los resultados con ella obtenidos aún podían encontrar acomodo en las categorías tradicionales del Derecho de autor. Desde que el 30 de noviembre de 2022 se lanzara ChatGPT⁶, las herramientas de IAG han invadido todos los rincones del primer mundo y posibilitado a cualquier usuario con acceso a internet la generación de contenidos creativos reales y convincentes mediante la simple introducción de unas instrucciones que, en la jerga, reciben el nombre de *prompts*. Ya no hace falta saber de programación porque estas herramientas interactúan con el usuario por medio del lenguaje natural⁷. Estamos en una nueva era, en la que la IAG se pone a disposición del usuario como cualquier otro servicio digital⁸. Y la pregunta sigue siendo la misma que nos hacíamos con los cuadros de *Aaron* y con *The Next Rembrandt*: ¿pueden atribuirse al ser humano los resultados generados por estos nuevos sistemas IA o se ha roto definitivamente la relación de causalidad creativa entre el usuario del sistema y resultado alcanzado?

Dentro de los sistemas de inteligencia artificial (SIA)⁹, los modelos fundacionales (LLM¹⁰) conforman una subespecie caracterizada por haber sido

6. Y su rápida expansión, gracias a su gran accesibilidad tanto en términos económicos cuanto tecnológicos, pues era un servicio gratuito y de sencilla utilización.
7. Incluso OpenAI acaba anunciar el lanzamiento, a finales de mes, de un nuevo estándar para la IA. Se llama GPTs y permite ajustar Chat GPT a las necesidades particulares de cada usuario para desempeñar tareas específicas, siendo el humano y su creatividad quienes ponen los límites. Ya no hace falta ser *prompt engineer* para sacar el máximo rendimiento, sino que alguien lo hará por el usuario. Nosotros, los usuarios, seremos quienes creemos nuestras propias aplicaciones y estas se publicarán en una tienda virtual <https://www.xataka.com/robotica-e-ia/openai-anuncia-ambiciosa-tienda-aplicaciones-al-mejor-estilo-app-store-que-sirve-gpt-store> (visto el 8 de noviembre de 2023). Aún no se sabe cómo funcionará el negocio (aunque intuimos que será un éxito), pero, por cuanto a nosotros respecta, nos permitirá ser más creativos a quienes lo son y creativos a quienes no lo somos, lo que puede acercar más la cadena de la causalidad creativa humana en el juicio de originalidad.
8. Ello ha sido posible gracias al *cloud computing*, la extensión del tamaño, diversidad y mejora del procesamiento de datos con la que se han alimentado estos sistemas, el perfeccionamiento de las redes neuronales y, por supuesto, la comprensión del lenguaje natural por parte del *software*.
9. Según el nuevo apartado art. 3. I. 1a de la propuesta del Reglamento de Inteligencia Artificial (PRIA), un sistema de inteligencia artificial es un sistema basado en una máquina, diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede, para objetivos explícitos o implícitos, generar resultados tales como predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en entornos físicos o virtuales.
10. *Large Language Models* son los modelos fundacionales diseñados para trabajar con lenguaje natural.

entrenada con un conjunto masivo de datos y diseñada para la obtención de resultados generales. Mediante su ajuste, pueden realizar tareas incluidas en algunos casos entre las usualmente consideradas tareas creativas, como generar imágenes, texto, música, etc.¹¹. Estos modelos fundacionales o de base son algoritmos basados en redes neuronales de aprendizaje profundo de última generación que aprenden el contexto y significado de las palabras, imágenes, etc. a partir de una ingente cantidad de datos sin etiquetar, mediante su seguimiento *secuencial* (v.gr. las palabras de una oración), gracias a la aplicación de un conjunto de técnicas matemáticas, llamadas «atención» o «atención propia», para detectar patrones. Además, a partir de este aprendizaje «autosupervisado»¹², generan más datos reusables con los que se crean modelos de mayor calidad, no siendo ya necesario entrenar las redes neuronales con grandes conjuntos de costosos datos etiquetados que, además, son lentos de producir¹³. La pieza fundamental del cambio son los avances en lenguaje natural, que es lo que ha permitido al usuario obtener resultados más o menos conformes, a partir de la mera descripción de la tarea por medio de texto. En comparación con los SSIAG anteriores, las respuestas de los LLM de última generación vienen cada vez menos determinadas por los datos de su entrenamiento, y, como veremos, cada vez más por las indicaciones que les suministra el usuario.

Dejando al margen la protección jurídica de los propios modelos fundacionales como *Bert*, *GPT*, *Stable Diffusion*, *Bloom*, *Hugging Face*, etc.¹⁴ —que se

-
11. Art. 3.I.1c PRIA. El considerando 60 aclara que estos modelos de IA se desarrollan a partir de algoritmos diseñados para optimizar la generalidad y la versatilidad de los resultados. Suelen entrenarse con una amplia gama de fuentes de datos y grandes cantidades de datos para realizar una gran variedad de tareas posteriores, incluidas algunas para las que no fueron diseñados específicamente. Pueden ser unimodales o multimodales, entrenados mediante diversos métodos como el aprendizaje supervisado o el aprendizaje reforzado. Los sistemas de IA con fines específicos o los sistemas de IA con fines generales pueden ser una implementación de un modelo fundacional, lo que significa que cada modelo de base puede reutilizarse en otras aplicaciones.
 12. Son modelos que no han sido entrenados con datos etiquetados, permitiéndoles aprender patrones y características del lenguaje y las imágenes de manera más general.
 13. <https://aws.amazon.com/es/what-is/foundation-models/>.
 14. Que nos lleva, no solo a reproducir los problemas relacionados con la protección jurídica del *software*, sino también, la posibilidad de proteger el resultado de dicho entrenamiento (la inversión que se ha hecho en el mismo), que es lo que le permite funcionar de manera más eficaz en la generación de los contenidos demandados por el usuario; *vid.* MESA, Cristina, (2023) “IA generativa: ¿pueden protegerse los modelos de datos?” https://www.garrigues.com/es_ES/garrigues-digital/ia-generativa-pueden-protegerse-modelos-datos.

utilizan para desarrollar herramientas como *Midjourney*, *Dall.E*, *Stabilty AI*, *Canva.com*, *Bing*, etc.¹⁵—, los retos que plantean en relación con el Derecho de autor se mueven en dos planos diferentes. El primero está relacionado con la fase de aprendizaje del sistema y los datos (*inputs*) con los que se entrena la herramienta de IA pues, entre ellos, se utilizan obras preexistentes¹⁶. La licitud o no de su utilización dependerá de que exista en la legislación pertinente un límite de minería de textos y datos o la figura del *fair use*¹⁷, pero también del tipo de modelo de entrenamiento al que se haya sometido la herramienta concreta¹⁸. El segundo plano tiene que ver con los resultados (*outputs*), su eventual protección y la de las instrucciones que el usuario debe suministrar al programa para generarlos (*prompts*). Por supuesto, hay otros temas de suma importancia, que aquí abordaremos de soslayo, como la posible generación de contenido infractor, la falta de seguridad jurídica

15. https://www.marketingandweb.es/web/crear-imagenes-ia/#Bing_Creador_de_Imagenes.
16. Esta cuestión ha suscitado ya varias demandas. Sarah Andersen, Kelly McKernan y Karla Ortiz vs. Stability AI LTD. et al. (13 de enero de 2023, <https://stablediffusionlitigation.com/pdf/00201/1-1-stable-diffusion-complaint.pdf>); «Tremblay et al v. Open AI, Inc. et al.» (28 de junio de 2023, <https://dockets.justia.com/docket/california/candce/3:2023cv03223/414822>); Getty Images vs. Stability AI, 17 de enero de 2023 (<https://newsroom.gettyimages.com/en/getty-images/getty-images-statement>) y CB et al. Vs Alphabet Inc., Google Deepmind y Google LLC, 11 de julio 2023, <https://fingfx.thomsonreuters.com/gfx/legaldocs/myvmodloqvr/GOOGLE%20AI%20LAWSUIT%20complaint.pdf>) y, mucho más reciente, Jobiak vs Botmakers LLC d/b/a Tarta.ai, el 12 de octubre de 2023, ante el tribunal del Distrito Central de California Central, <https://www.law.com/radar/card/pm-50927253-jobiak-llc-v-botmakers-llc/>. Respecto de la primera, parece que la demanda sobre infracción directa va a quedar mucho más reducida, toda vez que el juez del Distrito Norte de California acaba de estimar la moción de los demandados, pidiendo a los demandantes que aporten más claridad sobre sus teorías de infracción. El juez parece tener dudas en cuanto a que *Stable Diffusion* contenga copias comprimidas de las obras utilizadas para su entrenamiento, de que todas las salidas del programa sean obras derivadas de estas y de que haya una sustancial similitud respecto de alguna de ellas en concreto, https://copyrightlately.com/pdfviewer/andersen-v-stability-ai-order-on-motion-to-dismiss/?auto_viewer=true#page=&zoom=auto&pagemode=none.
17. GUADAMUZ, Andres, «A Scanner Darkly: Copyright Liability and Exceptions in Artificial Intelligence Inputs and Outputs» (February 26, de 2023), disponible en <https://ssrn.com/abstract=4371204>. Una solución distinta es la que contiene la Proposición de ley francesa n.º 1630 de septiembre de 2022, que atribuye la titularidad de los derechos sobre la obra creada por inteligencia artificial sin intervención humana directa a los autores o cesionarios de las obras que hicieron posible el diseño de dicha obra artificial. Una crítica de las debilidades de la propuesta francesa puede leerse en GUADAMUZ, Andrés, «French Lawmakers propose new copyright law about generative AI», de 27 septiembre de 2023, disponible en <https://www.technollama.co.uk/french-lawmakers-propose-new-copyright-law-about-generative-ai>.
18. *Ibidem*, pp. 7 y ss.

que plantea un mercado basado en una práctica de términos y condiciones, etc. Sin embargo, este estudio se centrará en el análisis de los primeros.

II. EL BINOMIO GENERATIVO HUMANO-SIAG

Salvo contadas excepciones, casi todas las legislaciones de Propiedad Intelectual ya encuentren su fundamento en principios personalistas¹⁹—como las legislaciones de los países de *civil Law*—, ya utilitaristas—como las de corte anglosajón—, exigen, para que una obra pueda protegerse, que sea fruto de la creatividad humana²⁰. De hecho, siempre se ha afirmado categóricamente que los resultados que tienen un origen distinto, como las que proceden de la acción de animales²¹ o agentes naturales²², y del funcionamiento de máquinas, etc., quedan fuera de la protección del derecho de autor. Así que, no siendo el problema distinto en relación con los resultados generados ‘autónomamente’ por los SIAG, tampoco debería serlo la conclusión. En efecto, si los resultados que generan no constituyen una creación propia de una persona natural, no podrán protegerse por derecho de autor, mientras que, en caso contrario, dicha protección sí será posible²³.

19. Sobre la fundamentación jurídica de esta afirmación, puede consultarse nuestro trabajo «Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por derecho de autor», *in Dret*, n.º 1, 2019.

20. El caso más reciente es la Decisión de la Corte del Distrito de EEUU, entre *Stephen Thaler v. Copyright Office*, de 18 de agosto de 2023, <https://casetext.com/case/thaler-v-perlmutter>, en la que el demandante declaraba como autor su «máquina creativa» y pretendía aplicar la doctrina de las obras por encargo (*Works made for hire*). La decisión fundamenta profusamente la necesidad de autoría humana como requisito esencial de la protección que brinda el derecho exclusivo y menciona los casos más peculiares planteados ante los tribunales, como el caso *Kelley v. Chicago Park Dist*, 635 F.3d 290 (7th Cir. 2011), en el que se deniega la protección de la forma de un jardín, aunque la organización de sus plantas haya sido fruto de una decisión humana, porque su desarrollo es obra exclusiva de las fuerzas de la naturaleza. Sin embargo, parece interesante la decisión de la Corte de apelación del noveno Circuito *Urantia Foundation v. Maaherra*, 114 F.3d 955 (9th Cir. 1997), cuando se le presentó un libro cuyas palabras fueron «escritas» por seres celestiales (no humanos) que transmitieron las enseñanzas que quedaron plasmadas en él. La Corte resolvió reconociendo una autoría humana parcial que lo haría susceptible de protección por haber ocurrido algún elemento de creatividad humana para que el libro sea susceptible de derechos de autor.

21. *Naruto v. Slater*, 888 F.3d 418 (9th Cir. 2018).

22. *Objets trouvés* o *ready mades*.

23. Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, sobre los derechos de propiedad intelectual para el desarrollo de las tecnologías relativas a la inteligencia artificial (2020/2015(INI)), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_2021_404_R_0007&from=EN.

A partir de esta afirmación, y parafraseando la clasificación que se hacía de las obras en cuya creación intervenían programas de ordenador tradicionales, se distingue entre obras asistidas por SIAG, es decir, aquellas en las que los SIAG funcionan como herramienta utilizada por la persona natural para crear una obra literaria, artística o científica, de aquellos otros resultados que son fruto del exclusivo funcionamiento autónomo del sistema, esto es, aquellos en los que la actividad humana realizada para obtenerlos no pueda ser considerada de carácter creativo y conferir a su agente un derecho de autor sobre el resultado. Si bien es cierto que los SIAG de última generación reducen significativamente el espacio para dicha intervención humana, no lo extinguen. Así que, ahora más que nunca, poder demostrar, en caso de conflicto, tal participación y su relevancia se convierten en cuestiones críticas del sistema de protección. A estos efectos, sería de gran ayuda la entrada en vigor del deber del proveedor de un modelo fundacional utilizado en un SIAG de informar sobre el origen artificial y no humano de un resultado que incluye la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea²⁴ y en la que va a empezar a trabajar EE. UU.²⁵. También, las propias

24. Enmiendas aceptadas por el Parlamento Europeo 101 a la Propuesta de Reglamento sobre IA al Considerando 60 (*octies*) y 399 al art. 28 ter. 4 a. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_ES.html. El 8 de diciembre de 2023 concluía el último trólogo con un acuerdo «político» sobre el Reglamento cuyo texto todavía debe trabajarse a nivel técnico, antes de votarse por el Parlamento Europeo y adoptarse por el Consejo, antes de publicarse en el Diario Oficial UE. En la misma línea, el 30 de octubre se publicaba el acuerdo alcanzado por los líderes del G7 sobre los principios rectores sobre inteligencia artificial, un código de conducta voluntario para todos los desarrolladores de sistemas de IA avanzados, adoptado en el marco del proceso de Hiroshima. El principio núm. 7 consiste, precisamente, en desarrollar e implantar mecanismos fiables de autenticación y procedencia de los contenidos, cuando sean técnicamente viables, como marcas de agua u otras técnicas que permitan a los identificar los contenidos generados por la IA, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_5379.
25. El pasado mes de octubre, los dirigentes del G7 firmaron un código conducta, de adhesión voluntaria para las empresas tecnológicas que fabrican herramientas de IA, que contiene un marco con principios y recomendaciones para una IA responsable. Sin embargo, en él no se dice nada de los derechos de propiedad intelectual, <https://www.gov.uk/government/publications/ai-safety-summit-2023-the-bletchley-declaration/dbc58681-1b68-47e0-8e3f-f91435fd8ce>. A esta Declaración de Bletchley se sumaron 29 países (entre ellos, España) comprometiéndose a cooperar en el desarrollo de una IA «segura, centrada en el ser humano, confiable y responsable». Pocos días más tarde, el 30 de octubre de 2023, el presidente de EE. UU., Joseph R. Biden Jr., emitía una Orden ejecutiva en la que, respecto de los derechos de autor, las recomendaciones se formularán, una vez que la Oficina americana de Derecho de autor (en adelante, USCO) haya publicado su estudio sobre posibles acciones ejecutivas relacionadas con los derechos de autor

empresas productoras de estos sistemas empiezan a incluir voluntariamente herramientas que permiten trazar la separación de la huella artificial de la humana, como las «credenciales de contenido» de *Adobe Firefly*²⁶.

Sin embargo, mientras esto no suceda, a falta de declaración en este sentido al tiempo de la inscripción de la obra en el registro²⁷ o en un procedimiento judicial, no será fácil probar qué parte de la obra ha sido generada exclusivamente por un SIAG. Puesto que, en muchos países como España, la inscripción registral de una obra posee carácter meramente declarativo y tampoco, a diferencia de EE. UU., es imprescindible para ejercer eficazmente las acciones de protección que confiere el derecho al autor, el resultado generado por un SIAG seguramente será tratado en el mercado como si fuera una obra protegida –será objeto de transacciones, su presunto autor podrá interponer acciones contra terceros por usos no autorizados o se podrá ver expuesto a reclamaciones de terceros titulares de derechos por posibles infracciones, etc.–. Esta situación, no obstante, podrá siempre rebatirse en caso de iniciarse un procedimiento judicial en el que dicho resultado se viera envuelto²⁸. Pero no olvidemos que esto ya sucedía antes de que llegaran los

y la IA, incluido el alcance de la protección de las obras producidas mediante IA y el tratamiento de las obras protegidas por derechos de autor en la formación sobre IA, <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2023/10/30/executive-order-on-the-safe-secure-and-trustworthy-development-and-use-of-artificial-intelligence/>.

26. Esas credenciales mostrarán de dónde procede la imagen y qué ediciones se han hecho de ella, ofreciendo al creador una forma de mostrar que empezó con una imagen generada por IA, pero, sobre todo, demostrar la creatividad humana que aportó al trabajo; *vid.* «Copyright on AI and visual arts», listening session, 31 de agosto de 2023, disponible en <https://www.copyright.gov/ai/transcripts/230502-Copyright-on-AI-and-Visual-Arts-Listening-Session-revised.pdf>.
27. Las nuevas directrices de la USCO incluyen el deber del usuario de declarar la inclusión de material generado por IA en su solicitud de registro cuanto este supera un volumen razonable, <https://www.federalregister.gov/documents/2023/03/16/2023-05321/copyright-registration-guidance-works-containing-material-generated-by-artificial-intelligence>.
28. Ejemplo de ello sería el caso *Biancheri vs. RAI*, resuelto por la Corte de Casación italiana, el 16 de enero de 2023. La demandante alegaba que la obra de del arquitecto era una imagen digital, con un tema floral, una figura denominada «fractal», es decir, caracterizada por la autosimilitud (repetición de sus formas en diferentes escalas de tamaño) cuya forma, colores y detalles habían sido procesados por un *software* mediante algoritmos matemáticos que el demandado se había limitado a elegir, aprobando la versión final. El tribunal, al tratarse de hechos que no habían sido alegados en instancia, no entra en el fondo del asunto, pero sí dice que, de haberse planteado, hubiera sido necesaria una evaluación del proceso creativo, para verificar si el uso del SIAG había influido en la creación artística y en qué medida. Sobre el caso, BETTONI, Anna, «Opera d'arte algoritmica e tutela dell'autorialità», *Nuovo Diritto Civile*, 2023, n.º 2, pp. 118 y ss.

LLM²⁹, sólo que, ahora, no se tratará de casos aislados, pudiendo producirse *de facto* una saturación de objetos «protegidos» que reduzcan sobremanera el espacio para la creatividad humana³⁰, aumentando el riesgo de infracciones, lo que, al menos en el plano teórico³¹, podría suponer un incremento exponencial de litigiosidad. Aunque, en este último escenario, mayor calado tendrá la valoración que se haga del rol de los proveedores de LLM y SIAG en la comisión de tales infracciones³².

En todo caso, según el marco normativo actual, cuando se den tales circunstancias, surgirá la necesidad de demostrar el *iter* creativo de la generación del resultado concreto, con el fin de establecer si la aportación del presunto autor es suficientemente creativa para que tenga sentido entrar a valorar la concurrencia de los demás requisitos de protección. Un análisis del funcionamiento de estas herramientas comprobando si, en qué momentos y mediante qué actuaciones puede el usuario formar parte relevante de un proceso creativo de estas características del que resulte una obra de ingenio protegida por derecho de autor podrá contribuir a facilitar la decisión del operador jurídico.

Veamos, pues, si es posible que, a lo largo del *iter* generativo artificial, un ser humano transfiera al resultado generado su impronta personal. En este empeño, aparte de las concretas circunstancias del caso, habrá que considerar otros factores influyentes en la permeabilidad de un SIAG. Entre ellos, cabría destacar dos: la perfección del modelo, pues no todos responden de

-
29. En relación con la dificultad de prueba del proceso creativo de obras que, en realidad, son fruto exclusivamente de la casualidad, SAIZ GARCÍA, Concepción, *Objeto y sujeto del derecho de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 91.
 30. Durante los dos primeros meses desde su lanzamiento, ChatGPT lograba 100 millones de usuarios y de media ha habido 13 millones más/día en el mes de enero de 2023.
 31. Debido a los altos costes asociados a la defensa judicial de estos derechos. Más interesante se antoja la posibilidad de considerar a estos nuevos proveedores de contenidos.
 32. Su posición recuerda a la del creador del protocolo MP2P y las sociedades que explotaban varias aplicaciones P2P del «caso Blubster», demandadas por las *majors* discográficas, SAP Madrid (Secc. 28.ª) de 31 de marzo de 2014 (ECLI:ES:APM:2014:4112). Entonces no prosperó la responsabilidad de otros sujetos por las infracciones de derechos de autor cometidas por los usuarios de las redes P2P mediante el intercambio de archivos «*por falta de soporte legal para fundamentar una condena por tales motivos*», pero, actualmente, tiene reflejo legal en la figura del responsable por infracción indirecta. Tal vez, ahora, sea más fácil que entonces aplicar el art. 15.1 Ley 3/1991, de Competencia Desleal por el que prevalece en el mercado de una ventaja competitiva (significativa) adquirida mediante la infracción de las leyes se considera un acto de competencia desleal, como hizo la SAP de Barcelona (Secc. 15.ª), de 27 de junio de 2002 (ECLI:ES:APB:2002:13309) en el caso «Weblisten».

la misma manera en términos de ajuste y calidad, y el género creativo al que teóricamente podrían adscribirse sus resultados que, en este estudio, hemos querido centrar en las artes visuales. Por ello, será también necesario tener en cuenta la complejidad de este género creativo que acoge todas las manifestaciones artísticas de naturaleza principalmente visual. Expresiones tan diferentes como pintura, fotografía, ilustración, diseño gráfico, arquitectura, cómic, escultura, grabado, litografía, los planos, diseños relativos a la topografía, tapices, etc. forman parte del aquel. Las grandes diferencias entre unas y otras, así como su eventual carácter puramente estético, fáctico o funcional, en la medida que puedan ser generados mediante herramientas de IA, también continúan en este nuevo escenario siendo factores determinantes a la hora de apreciar la originalidad.

III. LA CONDICIÓN LEGAL DE AUTOR

El concepto de autor se encuentra jurídicamente vinculado al concepto de obra. Para ser legalmente autor, la persona debe haber creado una obra³³ original³⁴, produciéndose, en ese preciso instante, el nacimiento de este derecho exclusivo sin necesidad de ulterior formalidad. Si el titular del derecho es el propio autor o si, por determinadas circunstancias, debe ser otra persona distinta, es una cuestión que las legislaciones nacionales pueden resolver de diferente forma³⁵, sin que ello pueda afectar a la condición de autor del primero. Ser autor es el predicado real de haber creado una obra de ingenio y, por ello, salvo que la ley del país atribuya la titularidad de derecho a un sujeto diferente, como en España sucede con las obras colectivas, solo a aquel corresponderá este derecho subjetivo. Es lo que se conoce como principio de autoría y configura la piedra angular del sistema de los países de *Civil Law*³⁶. Entre las facultades que configuran el contenido de este derecho subjetivo, se

33. El concepto de «obra» contemplado en la Directiva 2001/29 implica necesariamente una expresión del objeto de la protección del derecho de autor que la identifique con suficiente precisión y objetividad, aun cuando esta expresión no sea necesariamente permanente, STJUE Asunto C-310/2017, *Levola Hengelo*.

34. En la ley española, arts. 1, 5 y 10.

35. En España, por ejemplo, el legislador atribuye el derecho de una obra colectiva, salvo pacto en contrario, a «la persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre» (art. 8.2 TLRPI). En EE. UU., las obras hechas por encargo, aunque la norma hable se refiera en estos casos al empleador o al comitente como «autor».

36. SAIZ GARCÍA, Concepción, *Objeto...*, op. cit., p. 31; CARRASCO PERERA, Ángel, «Art. 5 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. Bercovitz, Rodrigo), 4ª ed., Tecnos, Madrid, pp. 106 y ss.

encuentra el reconocimiento de dicho estatus, más conocido como derecho de paternidad, que, por tener propiedades personalísimas, queda fuera de la libertad contractual de las partes. Se es autor, o no se es.

La dependencia genética del concepto de autor del de obra nos obliga a empezar por la definición de este último. Las legislaciones tanto nacionales como internacionales suelen carecer de tal definición. En la Unión Europea, el TJUE ha perfilado sus contornos a partir de las cuestiones prejudiciales que, en ese sentido, se le han planteado³⁷. Así, para que una concreta prestación literaria, artística o científica pueda ser calificada en Derecho como «obra», debe ser una «*creación intelectual original atribuida a su autor*»³⁸. La originalidad presupone una presencia humana activa y cualificada en el proceso generativo de la obra y exige que esta sea portadora de la impronta personal de su autor³⁹. El tribunal entiende que esa impronta personal existe siempre que la obra sea fruto de la actividad creativa propia de su autor, lo que, aparte de excluir las copias, consiste en que el sujeto haya tomado decisiones propias libres y creativas⁴⁰, es decir, no determinadas por condicionantes técnicos, reglas u otras exigencias que eliminen el espacio para la libre elección de los elementos que configurarán la expresión de la obra⁴¹.

Esas decisiones cualificadas, inherentes a todo proceso creativo, no solo deben expresarse en un medio o soporte, tangible o intangible, sino que, además, su expresión debe haber quedado «*determinada con suficiente precisión y objetividad, aunque no sea necesariamente permanente*»⁴². Este último

37. Asuntos C5/08, *Infopaq*, ECLI:EU:C:2009:465; C-145/10, *Painer*, ECLI:EU:C:2011:798; Asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08, *Football Association Premier League*, ECLI:EU:C:2011:631, C-683/17, *Cofemel*, ECLI:EU:C:2019:721 y C-310/17, *Levola Hengelo*, ECLI:EU:C:2018:899. La lista no es exhaustiva.

38. TJUE Asunto C-5/08, *Infopaq*.

39. TJUE Asunto C-145/10, *Eva Maria Painer*.

40. TJUE Asunto C-683/17, *Cofemel*; TJUE Asunto C-833/18, *Brompton*, ECLI:EU:C:2020:461. Pero ni requiere que el autor posea una especial cualificación en el ámbito creativo correspondiente ni, tampoco, cierta altura creativa, *cfr.* OTERO LASTRES, Manuel, «La originalidad de las obras plásticas y las nuevas tecnologías», en *Nuevos retos para la propiedad intelectual, II Jornada sobre la Propiedad Intelectual y el Derecho de autor* (coords. García Pérez y López-Suárez), Universidad A Coruña, 2008, pp. 65-89.

41. TJUE Asunto C-683/17 «*Cofemel*»; ECLI:EU:C: 2020:461.

42. Requisito que no reúne el sabor de un queso, *vid.* (40) C-310/17, «*Levola Hengelo*»; ni una faena taurina, STS (Sala 1.ª) de 16 de febrero de 2021, ECLI:ES:TS:2021:497. También falta en resultados de innegable valor artístico: SSIAG entrenados para generar *in situ*, de manera aleatoria y constante, *outputs* no estáticos y formalmente cambiantes. Aquí es donde la distancia entre el concepto de obra desde el arte y el legal es más notoria. Obras de arte como *Unsupervised* del artista Refik Anadol, adquirida a finales de 2022

requisito responde a la necesidad de que las autoridades que deben velar por la protección de estos derechos, así como los particulares, «*deben estar en condiciones de conocer con claridad y precisión los objetos así protegidos*»⁴³.

El derecho de autor protege la forma, no el contenido; la expresión, no las ideas⁴⁴. La falta de exteriorización de las decisiones propias de todo proceso creativo mantiene a este en un estado puramente mental, íntimo, perteneciente a la fase de concepción, poblado de ideas, que, aunque construidas en mayor o menor medida, no han sido aún expresadas y, por ello, quedan fuera de la protección. La ejecución es la fase del proceso creativo en la que esas decisiones van progresivamente cobrando expresión. Culminado este proceso, la originalidad de la obra podrá ser apreciada en la primera de sus fases (concepción); en la segunda (ejecución) o en ambas⁴⁵. Por ese motivo se dice que el concepto legal de autor transita entre esas dos fases⁴⁶.

De manera que puede afirmarse que la protección de una obra depende de la presencia de un proceso intelectual consistente en tomar decisiones libres y creativas a través de las cuales el autor de carne y hueso logra expresar un resultado capaz de ser identificado con suficiente precisión y objetividad. Existiendo dicho resultado y siendo este fruto de un proceso creativo en el que una persona natural ha decidido libremente su concreta forma de expresión, hay obra y hay autor. Sin embargo, la solución no es tan fácil cuando el proceso creativo se fracciona entre varias personas.

por el Museo de Arte Moderno de Nueva York; o *Memories of Passerby I*, de Mario Klingemann, subastada en marzo de 2019 por algo más de 45.000 euros, no reúnen los requisitos legales del concepto de obra. Los artistas no pueden ejercer ningún control sobre los resultados visuales que genera el algoritmo, siendo su forma de expresión final completamente aleatoria. Además, también falta el segundo requisito de protección, un objeto definido de manera objetiva y precisa. La falta de fijación de las distintas y constantes variaciones de esta obra supone, también, desafíos para su protección como mera grabación audiovisual.

43. (41) C-310/17, *Levola Hengelo*.

44. Art. 9.2 ADPIC (Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio); asunto C406/10, *SAS Institute*, EU:C:2012:259, (33). Por lo que respecta a los artículos de prensa, «*el concepto de creación intelectual original atribuida a un autor (...) proviene normalmente de la forma de abordar el tema seleccionado y del registro lingüístico empleado para ello*», TJUE Asunto C-5/08, *Infopaq*, (44).

45. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 66.

46. GINSBURG, Jane C. & BUDIARDJO, Luke Ali (2019), «Authors and Machines», 34 *Berkeley Tech. L. J.* 343, 2019, disponible en https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2323.

1. EN LAS OBRAS DE AUTORÍA INDIVIDUAL

Cuando el proceso creativo es individual, la concepción de la obra suele quedar reservada a la esfera privada del autor y no suele resultar accesible a los terceros hasta que la ejecute, hasta que la exteriorice mediante su incorporación a un soporte. Como se ha dicho, al quedar las ideas –y los procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos– fuera del ámbito de protección del derecho de autor, cualquier obra que aún no se haya manifestado al exterior de tal manera que el público (un tercero) pueda percibirla, no podrá recibir la calificación legal de obra⁴⁷. La obra plástica –o de cualquier otro tipo– que permanece en forma proteica aún en la cabeza de su autor, sigue siendo meramente una idea y, por muy elaborada que esté, mientras no se exteriorice en algún tipo de soporte, tangible o intangible, que permita su percepción por el público –como puede suceder durante el proceso creativo con estados previos cuando se construye sobre un proyecto o boceto⁴⁸– aún no es obra. Es necesario, por tanto, que la concepción se ejecute⁴⁹ y, además, que el resultado de esa ejecución cumpla con los demás requisitos mencionados del concepto de obra establecidos por el TJUE, esto es, que su apariencia final contenga la huella personal de su autor y su objeto haya quedado determinado con suficiente precisión y objetividad.

2. EN LAS OBRAS DE AUTORÍA PLURAL

En las obras cuyo proceso creativo no es individual, la comunicación entre los intervinientes es imprescindible. Si se trata de una obra en colaboración, el intercambio de objetivos, opiniones, instrucciones, etc. se produce de manera horizontal, tomando decisiones entre todos los colaboradores con el fin de alcanzar el resultado común perseguido. Cuando la obra es creada en una relación de jerarquía, como sucede en las obras creadas en el seno de una relación laboral y en las obras por encargo, la comunicación será nor-

47. Al no estar protegida por el derecho exclusivo, conviene, en la eventual fase de negociación (pensemos, por ejemplo, en una buena idea –proyecto– para un programa televisivo), firmar con carácter previo un acuerdo de confidencialidad.

48. Que, a su vez, también pueden poseer originalidad (art. 10 TLRPI).

49. Aunque en el caso del arte conceptual, la ejecución «es un asunto superficial», cito a LEWITT, Sol, «Paragraphs on Conceptual arts», *Artforum*, vol. 5, n.º 10, disponible en https://monoskop.org/images/3/3d/LeWitt_Sol_1967_1999_Paragraphs_on_Conceptual_Art.pdf. También citada por SORIA PUIG, Eva, *Arte contemporáneo y derecho de autor*, Reus, Madrid, 2023, en cuyo libro realiza un profundo recorrido crítico de la distancia entre el concepto de obra desde el prisma del Arte y del Derecho de autor.

malmente unidireccional. Asalariados y contratistas reciben las instrucciones que han de guiar su colaboración cuya conformidad corresponde determinar, en última instancia, al empleador y al comitente. Teóricamente, estos intervinientes no serán responsables de las decisiones formales que dotarán a la obra de originalidad, sino que simplemente desarrollarán una actividad de carácter eminentemente técnico, mecánico o, simplemente, banal, que, aunque imprescindible y de alta calidad, es absolutamente irrelevante a los ojos del derecho de autor.

Las decisiones libres y creativas solo concurren si preexiste un margen formal que las hace posibles. Instrucciones transmitidas con precisión privan de margen de libertad creativa al ejecutor, quien no puede hacer más que cumplir diligentemente su cometido. Cuando esto suceda, la originalidad, en caso de haberla, se concentrará en la concepción, y nacerá el derecho de autor exclusivamente a favor de su responsable. Es evidente, en los casos en que el autor encarga la transcripción de un monólogo improvisado a un amigo periodista, pues este último carece del margen de libertad creativa imprescindible para tomar decisiones libres de trascendencia formal en el resultado⁵⁰, pero puede no serlo en otros géneros creativos, incluso, dentro del mismo, variar según la tipología de obras. En el caso de las artes plásticas clásicas, al no coincidir el vehículo de comunicación de aquellas instrucciones con el lenguaje expresivo de la obra⁵¹, por muy precisas que sean, el cambio de registro exige al ejecutor una interpretación del mensaje en términos formales con trascendencia para el derecho de autor⁵². Se considera que la ejecución de una obra como la pictórica o la escultura es una actividad de carácter natural e intrínsecamente creativo que otorga la

50. Pero si el periodista escribe la biografía de otra persona a partir de los hitos vitales y anécdotas que le ha ido contando, será obra en colaboración, *vid.* CARRASCO PERERA, Ángel, «Art. 7», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4.ª ed., p. 125.

51. Coincide, por ejemplo, si se dan instrucciones verbales para que un guionista redacte el guion del conductor de un programa de televisión.

52. La sentencia de la Corte de Casación de 13 de noviembre de 1973 confirmaba la sentencia de la Corte de apelación de París, de 9 de julio de 1971, que resolvió el conflicto entre uno de los ayudantes de taller de Renoir contra los herederos, reconoció una participación en los derechos de autor sobre obras firmadas por el artista pero ejecutadas materialmente por él bajo su dirección y presencia, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006991012/>. En España, la SAP de Madrid (Secc. 28ª) de 21 de mayo de 2021, ECLI:ES: APM:2021:4602, señala, precisamente, que en el caso de las obras pictóricas, no puede atribuirse toda la importancia a la fase de concepción, «sino que la calidad de la ejecución personal de la misma (la pintura de un cuadro) en una forma de expresión material y concreta, resulta de gran importancia»; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios... op. cit.*, p. 182.

condición de autor o coautor a su agente, a excepción, naturalmente, de que consista en una simple réplica de obra preexistente. Pero esta característica propia de las artes visuales tradicionales no excluye la posibilidad de apreciar el requisito de la originalidad solamente en la fase de la concepción⁵³. Tampoco, de compartirla con la ejecución.

La cuestión se planteará de diferente manera según género creativo, tipo de obra y proceso generativo concreto. Por ejemplo, el artista plástico que señala a su ayudante qué, en qué parte y de qué manera debe colocarse alguno o todos los elementos predeterminados de la composición. Si las instrucciones del artista dejan espacio al colaborador para una ejecución creativa, éste recibirá junto con aquél la calificación legal de coautor. Por el contrario, si no dejan espacio para ello, se considerará un mero ayudante/ejecutor. También, en el arte conceptual, las instrucciones pueden ser tan precisas que no dejen espacio creativo a la ejecución⁵⁴, aunque, en este ámbito, su proximidad a las ideas puede impedir el acceso a la protección de muchas de sus obras⁵⁵. En todo caso, el artista que, sin duda, es autor

-
53. Como señala CASAS VALLÉS, Ramón, que parece ser la opinión defendida por una parte de la doctrina, *vid.* «La protección de los artistas plásticos en el Derecho español», *Recopilación de artículos selectos del Prof. Ramón Casas Vallès. 25 años de evolución legislativa en materia de propiedad intelectual*, Instituto Autor, Madrid, 2022, p. 214.
 54. Como ha apreciado el tribunal Jud. de París (*TJ Paris*, 8 juill. 2022, n° 18/05382), que sucedió con las 8 esculturas cuya autoría exclusiva reclamaba Druet y que ejecutó por encargo de Cattelan <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/maurizio-cattelan-pere-de-ses-oeuvres>. Druet reivindicaba la «propiedad exclusiva de los derechos» de *La Nona Ora*, *La Rivoluzione Siamo Noi*, *Untitled*, *Him*, *Frank and Jamie*, *Stephanie*, *Betsy* y *Now*, títulos dados por Maurizio Cattelan, cuya dirección concibió en solitario y dio a conocer públicamente bajo su nombre. El tribunal señala que «las instrucciones precisas para poner en escena las efigies de cera en una configuración específica, en particular, en lo que respecta a su colocación en los espacios de exposición con el fin de jugar con las emociones del público (sorpresa, empatía, diversión, repulsión, etc.), procedían únicamente del propio artista. Daniel Druet no pudo en ningún caso –ni pretendió hacerlo– intervenir lo más mínimo en las elecciones relativas a la escenografía de dichas efigies (elección del edificio y del tamaño de las salas que albergan a un personaje determinado, dirección de la mirada, iluminación, incluso destrucción de un techo de cristal o de un suelo de parquet para hacer más realista e impactante la escenografía) ni en el contenido del mensaje que debía transmitirse a través de esta escenografía». Aunque ha sido la desafortunada formulación de la demanda por parte del escultor pretendiendo la autoría exclusiva sobre todas las obras de Cattelan, y no, sobre las esculturas que él mismo había esculpido por encargo, lo que le ha privado de un fallo más favorable, *vid.* SOLER MASOTA, Paz, «Sobre la autoría en las obras de arte conceptual», *Pe.i.* n.º 71, 2022, pp. 99 y ss.
 55. No ha sido el caso de las obras *Comedian* y *Bannana and Orange*, de Morford y Cattelan respectivamente, que comentamos en el siguiente epígrafe. En extenso sobre esta cues-

concibe la obra que da forma a su mensaje, encarga la fabricación y realización de las partes que la integran, da su conformidad a cada una de ellas⁵⁶ y ejerce el control sobre la versión final de la obra, ya sea implicándose él mismo, ya implicando a terceros contractualmente⁵⁷.

Por otro lado, la comunicación de las instrucciones antes de que concluya el proceso creativo, dota de forma expresiva a esas ideas en progreso o ya desarrolladas. Cuando alcanzan entidad ontológica suficiente, pueden constituir objetos de protección independiente. Ensayos, bocetos, proyectos y partes previas de una obra que fueran cobrando forma a lo largo de todo el proceso creativo pueden mostrar ya originalidad suficiente y estar a su vez protegidas.⁵⁸ Pero, ser autor de una obra, participando solamente en la fase de su concepción, no depende de que esto se produzca. Bastará con que dichas instrucciones hayan logrado transferir al resultado final de la obra sus decisiones libres y creativas. Incluso, tratándose de una ejecución meramente técnica, mecánica, banal o, en definitiva, que ha seguido aquellas instrucciones a pies juntillas. En caso contrario, su condición de autor será compartida con quien las ejecutó. De ahí la importancia, en estos procesos creativos complejos a nivel subjetivo, de trazar la línea divisoria entre ideas básicas, simples, elementales o susceptibles de expresarse de un número muy limitado de formas⁵⁹, aunque se hayan exteriorizado⁶⁰.

tión, SORIA PUIG, Eva, *Arte contemporáneo...*, op. cit., pp. 116 y ss.

56. En el caso de *Druet vs. Cattelan*, Cattelan decide, por ejemplo, cortar las piernas a una de las esculturas para ajustarla a su mensaje.
57. Los denominados «certificados» suelen contener la descripción de la instalación artística, instrucciones para mantener la integridad de la obra, una relación de las obligaciones a cargo del adquirente del *corpus mechanicum*, y, también, se utilizan para certificar la autenticidad de una obra fijada en un soporte no permanente, *Ibidem*, pp. 143 y ss.
58. Art. 10.1 e y f de la Ley española.
59. STJUE Asunto c-393/09, caso “BSA” ECLI:EU:C:2010:816, en relación con los componentes de una interfaz de usuario, en el apartado 49, siguiendo los apartados 75 y 76 de la opinión del abogado general, señala que «cuando la expresión de esos componentes viene impuesta por su función técnica el criterio de la originalidad no se cumple, ya que las diferentes maneras de poner en práctica una idea son tan limitadas que la idea y la expresión se confunden».
60. En EE. UU., se denomina la doctrina *merger* porque se entiende que, en estos casos de limitación expresiva, idea y expresión se fusionan siendo una sola. En el caso BUC Int’l, 489 (F.3d en 1143) se ilustra esta doctrina con el símbolo de prohibido de las señales públicas y se dice: «Cuando, por ejemplo, la imagen de un cigarrillo se sitúa en el centro del círculo atravesado por la línea, este signo visual expresa la idea de que no está permitido fumar. Este mismo símbolo se utiliza en una gran variedad de contextos para expresar que algo está prohibido, por ejemplo, no nadar, no comer ni beber, no utilizar el teléfono móvil. Dado que sólo hay unas pocas formas de presentar visualmente la idea de que una actividad no está permitida,

La originalidad de la concepción y de la ejecución de una obra depende, pues, del grado de desarrollo de las primeras, de modo que, cuanto más definidos estén sus elementos formales en la fase de concepción, menos margen de libertad creativa restará a quien realice su ejecución.

La cuestión, ahora, es saber si estas mismas reglas son aplicables cuando en el proceso creativo intervienen un ser humano y un SIAG y, más específicamente, en el ámbito de la generación de imagen. La Resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2020, sobre los derechos de propiedad intelectual para el desarrollo de las tecnologías relativas a la inteligencia artificial⁶¹ dispone, en sus apartados 14 y 15, que en los casos en que la IA solo se use como herramienta para ayudar a un autor en el proceso de creación, el marco regulatorio de la propiedad intelectual sigue siendo aplicable; mientras que las producidas de manera autónoma por agentes artificiales y robots no deben poder acogerse a dicha protección, pues la finalidad es respetar el principio de originalidad que está unido a una persona física⁶².

Es cierto que, cuando se dicta esta resolución, todavía no se ha producido la democratización de este tipo de herramientas de IA. Pero, ahora, que desde noviembre de 2022 conviven con nosotros, sigue siendo la línea iniciada por la Oficina de Derecho de Autor americana (USCO) en el caso *Zayra of the Dawn*⁶³ y, más recientemente, por sus directrices de registro de obras que contengan material generado por IA, publicadas el pasado mes de marzo⁶⁴. Asimismo, coinciden con las aplicadas por el Registro Territorial de Propiedad Intelectual de la Comunidad de Madrid⁶⁵. Todo apunta, pues,

la ley de propiedad intelectual no protegería la expresión en este caso, es decir, el círculo con la línea que lo atraviesa».

61. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_2021_404_R_0007&from=EN.
62. También en este sentido las directrices de la USCO, para obras que contienen material generado por IA, de 16 de marzo de 2023, disponibles en el siguiente enlace: <https://www.federalregister.gov/documents/2023/03/16/2023-05321/copyright-registration-guidance-works-containing-material-generated-by-artificial-intelligence#>.
63. <https://www.copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf>.
64. <https://www.federalregister.gov/documents/2023/03/16/2023-05321/copyright-registration-guidance-works-containing-material-generated-by-artificial-intelligence#>.
65. Resoluciones, de 2 de enero de 2023, de denegación de solicitud de inscripción de derechos sobre la creación titulada «The Art of the Artificial Intelligence» y de 14 de marzo de 2023, de denegación de solicitud de inscripción de derechos sobre la creación titulada «Iris: Primera novela escrita por una Inteligencia Artificial» (copia en poder de la autora).

hacia una respuesta afirmativa, de modo que, también en el caso de obras en cuya generación haya intervenido un SIAG, la protección del derecho de autor de estos resultados dependerá del tipo de participación humana que haya mediado en el caso concreto, con la particularidad de que, cuando aquella pueda calificarse de relevante a efectos de derecho de autor, la parte que corresponda al funcionamiento del SIAG quedará fuera del objeto de protección, al igual que sucede, por ejemplo, con obras derivadas de otras que ya formaban parte del dominio público.

Además, plantearnos, a estas alturas, si la protección de estos resultados debe regirse por reglas diferentes de las previstas en las leyes de propiedad intelectual, nos llevaría fuera de la onda argumental iniciada con la apertura de sus puertas a los programas de ordenador, las bases de datos y, sobre todo, las fotografías. Como CASAS VALLÉS señalaba, a la luz del único criterio de originalidad acogido finalmente por las respectivas directivas europeas⁶⁶ para admitir la protección de aquellos tres tipos de obras –«*ser una creación intelectual propia de su autor*»–, haberlas supeditado a distintos estándares de impronta personal habría supuesto una ruptura de los conceptos tradicionales del Derecho de autor, obligándonos a establecer distintos regímenes legales⁶⁷. No creemos que, ahora, la situación sea tan diferente a la que se planteó entonces que haga necesario asignar un estándar de originalidad diferente a aquellos resultados generados mediante la utilización de SSIAG. Bastará que sean originales, lo que implica que su autor haya conseguido plasmar en el resultado su impronta personal. Cuando esto no se consiga, la Resolución del Parlamento Europeo de 2020 opta claramente por una protección distinta fuera del derecho de autor «*a fin de respetar el principio de originalidad, que está unido a una persona física*». Inclinarlos por un derecho conexo, como se hiciera en España con las meras fotografías en la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, podría ser una solución, aunque, tanto en el caso de obras como el de meros resultados generados por IA, los términos y condiciones que suscribe el usuario del servicio prestado por estas aplicaciones incorporan reglas muy dispares en relación con la titularidad de derechos sobre los *prompts* y *outputs* que,

66. Entonces, Directiva 91/250/CEE –hoy versión consolidada por la Directiva 2009/24/CE– de protección jurídica de los programas de ordenador; Directiva 96/9/CE, sobre la protección jurídica de las bases de datos; Directiva 93/98/CEE, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y determinados derechos afines –hoy versión codificada Directiva 2006/116/CE–.

67. CASAS VALLÉS, Ramón, «The requirement of originality», *Research Handbook on the future of UE Copyright*, ed. Declaire, Estelle, Edward Elgar Publishing, 2008, p. 151.

sin duda, sumarán inseguridad a la ya existente⁶⁸. Asimismo, convendría replantearse cómo afecta la democratización de los medios (cámaras y AlaaT) y la protección de todos los resultados con ellos obtenidos –sobre todo atendida la escalabilidad de estas herramientas de última generación–, al cada vez más angosto espacio en el que poder expresar nuestra libertad creativa.

Con todo, sosteniendo que los requisitos de protección deben ser los mismos para los resultados producidos total o parcialmente mediante la utilización de SSIAG, analizar en qué momentos y de qué manera puede el usuario de una herramienta de estas características transferir originalidad al resultado es uno de los pasos que necesariamente se han de dar.

3. PARTICIPACIÓN HUMANA RELEVANTE EN EL PROCESO CREATIVO CON SIAG

Como ya se ha mencionado, no todos los SIAG funcionan de la misma manera. La dinámica con el usuario puede variar dependiendo de su diseño y propósito. No obstante, de manera probablemente demasiado simplificada, las herramientas de última generación producen resultados a partir de unas instrucciones (*prompts*) que el usuario, normalmente, comunica al sistema mediante la introducción de texto. Utilizando algoritmos muy sofisticados, el SIAG interpreta estas instrucciones a partir de los patrones generados y/o aprendidos no solo en la fase previa de entrenamiento del modelo, ya sea por actuación humana (*fine tuning*), como por iteración. De este modo, el sistema va ajustando su resultado a los deseos del usuario, mejorando su comprensión, además de perfeccionar la calidad de sus respuestas para futuras interacciones⁶⁹.

Estas instrucciones son herramientas esenciales para guiar la generación de contenido de los SSIAG. Cuanto mejor (no necesariamente «más») definidas estén, más ajustada será la respuesta del sistema al propósito particular del usuario. Desde el lanzamiento de ChatGPT, estamos experimentando, aprendiendo, ofreciendo y recibiendo formación para lograr una óptima utilización de la pieza básica de comunicación entre usuario y máquina.

68. Aunque la inseguridad propiciada por disparidad de esos términos y condiciones puede redundar en un efecto disuasorio para los usuarios a la hora de explotar comercialmente dichos resultados.

69. Una visión más detallada del funcionamiento de estos sistemas en MANTEGNA, Micaela, *ARTEficial: creatividad, inteligencia artificial y derecho de autor*, IDYT, 2022, y GUADAMUZ, Andrés, «A Scanner Darkly...», *op. cit.*

Los ya expertos reciben el nombre de ingenieros de *prompts* y saben no solo qué palabras, sino qué estructura y de qué manera conviene suministrar las instrucciones al sistema para que produzca el resultado deseado. Los demás hemos de conformarnos con multiplicar exponencialmente los intentos hasta llevar al sistema cerca de nuestro territorio. Su diseño es, por tanto, la clave del óptimo funcionamiento de estas herramientas. Ante esta realidad, lo primero que podemos intuir es que un SIAG será más eficaz y se ceñirá más a las instrucciones proporcionadas por el usuario cuanto mejor contruidos estén tanto el propio sistema⁷⁰ como el *prompt*.

Haciendo un símil de este proceso generativo con el proceso creativo humano en relación de subordinación, vemos cómo los *prompts* equivalen a las instrucciones que median durante el desarrollo de la fase previa a la ejecución, capaces de restringir el margen de libertad generativa de estos sistemas, orientando de manera más o menos precisa las respuestas que devolverán al usuario. Mediante ellos, el usuario indica al SIAG las características que desea que contenga la imagen no solo de sus elementos conceptuales (tortuga, amazona, kiwi, rayo de sol, nube, etc.) sino también su ubicación en la composición de la imagen, su contexto, la iluminación, el fondo, el color, el medio (fotografía, pintura, dibujo, etc.), el estilo, la acción, etc. La precisión de su respuesta –o su nivel de autonomía– está directamente relacionada con la calidad de la herramienta, pero, también, con la mejor o peor construcción de esas instrucciones. Cuanto mejor diseñado esté el *prompt*, mayor probabilidad de que las órdenes humanas eventualmente relevantes en el proceso creativo queden reflejadas en la respuesta generada por el sistema.

Como hemos señalado, la propia herramienta es otro factor que influye en el proceso generativo, pues ni todos los SIAG han sido entrenados con los mismos datos ni se sirven de los mismos algoritmos u ofrecen las mismas posibilidades al usuario⁷¹. La calidad y precisión de sus repuestas pueden variar mucho de unos a otros. Es lógico entonces pensar que, al perfeccionamiento de estos sistemas acompañará un aumento de control por

70. Por ejemplo, *Midjourney* no consigue ofrecer imágenes de calidad de un personaje con cuatro brazos, por falta de imágenes en las que aparezcan hombres con más de dos brazos durante su entrenamiento. Sin embargo, tiene muchos más parámetros, configuraciones y modificadores que, por ejemplo, Dall.E2, que ofrece un menor control sobre las imágenes generadas, ver más en <https://joseo20.com/leccion/4-4-prompt-engineering-en-dall-e-2/>; MANTEGNA, Micaela, *op. cit.*, p. 96, señala que Dall.E tiene limitaciones, pues carece de incentivos para retener información sobre la posición de los objetos.

71. Dall.E 2 limita a 400 el número de caracteres del *prompt*. Tampoco permite identificar la semilla de la imagen, etc.

parte del usuario sobre los aspectos formales concretos del resultado, con el consiguiente incremento (en términos de probabilidad) de huella personal que pudiera transferirse al mismo. A fecha de hoy, solo existen dos fases o momentos en los que el usuario puede influir en la respuesta de estos sistemas. La primera, la fase generativa propiamente dicha, formulando adecuadamente las instrucciones o *prompts*. La segunda, una vez obtenido el *output*, introduciendo variaciones en su forma que lo transformen en una obra diferente, esto es, creando una obra derivada. En ambas fases, la valoración de la relevancia de dicha participación humana cualificada dependerá del caso concreto. Ni qué decir tiene que cuando se aprecie en ambas fases, habrá nacido el derecho de autor. Pero ¿sucede lo mismo si solo ocurre en una de ellas? Empezaremos por la segunda fase, por considerarla no más fácil, pero sí menos novedosa, pues nos remite al análisis de las obras derivadas.

3.1. Modificaciones del resultado

La manipulación de una imagen preexistente esté o no protegida⁷², sea cambiando sus elementos formales, sea suprimiendo algunos de ellos o añadiendo otros⁷³, son actividades que, de entrañar un proceso creativo tal y como se ha explicado, pueden conducir a una obra derivada⁷⁴. Fuera quedan ajustes banales, obligados por condicionamientos técnicos, funcionales, etc. o que no procedan de un actor humano. Obviamente, esto se aplica también, si la imagen sobre la que se actúa ha sido generada por un SIAG. Su modificación puede realizarse bien con las herramientas que pone a disposición del usuario el propio servicio⁷⁵, como el *Inpainting* de *Midjourney*⁷⁶, bien con otras dife-

72. Esta cuestión solamente condicionará la necesidad de autorización.

73. Consideramos obra derivada un género que engloba tanto la actividad creativa que fundamenta la regla de la obra compuesta del art. 9 TLRPI, consistente en añadir parte o toda la obra preexistente de otro artista sin su colaboración; la transformación propiamente dicha de la obra derivada *stricto sensu* del art. 11 TRLPI y la selección y ordenación de obras o datos preexistentes de la colección, art. 12 TRLPI; *vid.* SAIZ GARCÍA, Concepción, «Comentarios al art. 11 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coords. Palau, Felipe y Palau, Guillermo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 233 y ss.

74. En España, como en muchos otros países, se exige que se diferencie de la obra originaria (arts. 11 y 21 TLRPI), MARISCAL GARRIDO-FALLA, Patricia, «Art. 11 LPI», *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual* (coord. BERCOVITZ, Rodrigo, 4ª ed. Tecnos, Madrid, 2017, pp. 198 y ss.

75. Muchas operan bajo el modelo *freemium*, siendo el abanico de posibilidades de manipulación de imagen mucho más amplio en las versiones de pago. El margen formal de maniobra del usuario también varía de unas a otras.

76. Las aplicaciones de *inpainting* permiten eliminar o reemplazar elementos no deseados de una foto; reconstruir partes poco claras; modificar o mejorar detalles concretos; cambiar

rentes, como el icónico *Adobe Photoshop*. Incluso, el usuario puede intervenir sobre ella de forma artesanal. La fase de edición amplía el margen de libertad creativa del usuario⁷⁷ dentro del que puede tomar decisiones inherentes a la condición de autor. En todos los casos mencionados, incluso en el último, es una cuestión que debe valorarse casuísticamente. Si para la transformación de la imagen artificial sigue utilizando el usuario herramientas informáticas, el análisis consistirá en decidir si el grado y carácter de la participación humana en el concreto proceso creativo se consideran suficientes, lo que, como siempre, dependerá de cómo entienda la originalidad la jurisdicción competente⁷⁸. En la UE, se considerarían irrelevantes las modificaciones de un resultado generado autónomamente que se ciñeran a mejorar la calidad técnica de la imagen sin afectar a los aspectos «artísticos». Por ejemplo, aplicar un filtro, centrar la imagen, incorporar claridad, brillo, mínimas correcciones, aunque afecten a los elementos centrales como el labio superior de un retrato⁷⁹, etc. Por el contrario, actividades consistentes en seleccionar, descartar, modificar, componer, añadir, descontextualizar, etc. elementos de la imagen que visiblemente la convierten en otra diferente en el sentido de las obras derivadas, deberían considerarse relevantes. Por razones que ya se han explicado, también se reputará original la ejecución plástica tradicional de la imagen artificial. Pero, recordemos,

texturas, colores, etc., de alguna zona determinada. También permiten transformar la apariencia de un personaje. En definitiva, son herramientas que permiten al usuario un control sobre sus imágenes imposible a través del *prompting*, <https://ai.plainenglish.io/midjourney-unveils-image-inpainting-a-leap-forward-or-a-race-to-catch-up-61a3d1b0afd9>.

77. Pues, en principio, en el caso de imágenes generadas por SIAG no se verá limitado por el derecho del autor de la obra preexistente. Aunque será diligente confirmar cuáles son los T&C del servicio.
78. La USCO obliga a declarar la intervención de IA en la solicitud de registro de una obra siempre y cuando su utilización en el proceso creativo haya sido relevante. Para saber cuándo es relevante. En este sentido, dice que existe obligación de declararlo cuando el material generado por la IA hubiera sido suficiente por sí solo para satisfacer el estándar de originalidad aplicando la norma *Feist* de derechos de autor si hubiera sido creado por un autor humano, «Application process for register of Works with Artificial Intelligence content», disponible en <https://www.copyright.gov/events/ai-application-process/>. Dicho estándar de originalidad es el aplicado en la sentencia de la Corte Suprema de EEUU, caso *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Company, Inc.*, 499 U.S. 340, 345 (1991), sobre la originalidad de un directorio telefónico explicado muy claramente por GERVAIS, Daniel J., «The Machine As Author» (March 25, 2019). *Iowa Law Review*, Vol. 105, 2019, 2053-2106, Vanderbilt Law Research Paper No. 19-35, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3359524>.
79. Como dice la USCO, sucedió con una de las imágenes de la solicitud de registro de *Zayra of the Dawn*, aunque, en este caso, no se tuvo en cuenta el recorrido de *prompts* que la autora realizó para llegar a conseguir los resultados que plasmaban gráficamente escenas por ella narradas.

la ventaja que da al autor transformativo partir de una imagen en dominio público tiene como contrapartida la desventaja de no formar aquella parte del contenido protegido de su derecho.

En la línea marcada por cierta doctrina en relación con las obras derivadas que parten de creaciones pertenecientes al dominio público⁸⁰, los casos resueltos por la USCO⁸¹ muestran un umbral de creatividad bastante más elevado para poder acceder al registro que, al menos a la vista de las pruebas realizadas en tales procedimientos, no parecen comulgar con el criterio de originalidad de la UE, ni siquiera, como hemos visto, para *software*, bases de datos y fotografías⁸². Aunque, en legislaciones como la española, que protegen también las meras fotografías mediante un derecho conexo, la necesidad de distinguirlas de las fotografías originales nos puede llevar a establecer un nivel de originalidad superior para las últimas⁸³. Lo mismo pasará si la participación creativa del usuario tuviera lugar exclusivamente en la fase de edición⁸⁴, toda vez que la apreciación de la originalidad de la

80. BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 271; MARISCAL GARRIDO-FALLA, Patricia, *op. cit.*, p. 199.
81. Refusal to Register *Théâtre D'opéra Spatial* (SR # 1-11743923581; Correspondence ID: 1-5T5320R), <https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/Theatre-Dopera-Spatial.pdf>; *Zarya of the Dawn* (Registration # VAu001480196), <https://www.copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf>. Diferente es el caso de *Entrance to Paradise* (Correspondence ID 1-3ZPC6C3; SR # 1-7100387071), <https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/a-recent-entrance-to-paradise.pdf>, en el que el solicitante de registro dejó una nota para la Oficina declarando que la Obra «fue creada de forma autónoma por un algoritmo informático que se ejecuta en una máquina».
82. Considerando 8 y art. 1.3 Directiva 2009/24/CE, «Entre los criterios que deben utilizarse para determinar si un programa de ordenador constituye o no una obra original, no deben aplicarse los de carácter cualitativo o los relativos al valor estético del programa»; Considerando 16 y art. 6 Dir. 2006/116/CE, «Una obra fotográfica con arreglo al Convenio de Berna debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como mérito o finalidad»; Considerando 16 y art. 3.1 Directiva 96/9/CE, «Para determinar si una base de datos puede acceder a la protección de los derechos de autor, no deben aplicarse más criterios que la originalidad en el sentido de creación intelectual, y, en especial, no se deben aplicar criterios estéticos o cualitativos». No está de más recordar que una de las finalidades de dichas directivas era acabar con la exigencia de determinada altura creativa que estaban aplicando algunos tribunales europeos, que producía distorsiones en el buen funcionamiento del mercado interior, LOEWENHEIM/LEISTNER, «§2 UrhG», en *Urheberrecht. Kommentar*, coord. LOEWENHEIM, LEISTNER Y OHLY, 6. ed., CH. Beck, 2020, p. 77.
83. CASAS VALLÉS, Ramón, «The requirement of originality», *op. cit.*, p. 147 y STS (Sala 1ª) de 5 de abril de 2011, ECLI:ES:TS:2011:2456.
84. Y no en los casos en los que también la imagen de base responde a un proceso creativo parcialmente humano, sin que pueda considerarse absolutamente automático. En este

obra derivada depende de su análisis comparativo con la obra de origen, de la que debe claramente distinguirse para no ser una mera reproducción.

En todo caso, teniendo en cuenta el carácter meramente declarativo de nuestra inscripción registral, la originalidad tiende a comportarse *de facto* como una presunción *iuris tantum* que, solo en caso de conflicto, permitirá indagar en el proceso creativo. Las partes serán quienes centren el debate y las pruebas que vayan aportando ayudarán a forjar la opinión del tribunal. Pero, en no pocas ocasiones, el juicio se centrará en comprobar si los elementos utilizados por la demandada están cubiertos por algún límite o excepción o si forman parte del dominio público⁸⁵ para, en su caso, descartar la infracción. Sin entrar en disquisiciones de índole procesal, original es sinónimo de haber sido fruto de la actividad creativa humana sin importar su altura ni cantidad. En ocasiones de mínima originalidad –*Kleine Münze*–, la protección se limita a la copia exacta⁸⁶. Pero existiendo un objeto definido con suficiente precisión y objetividad, bastará aportarlo al proceso, sin que sea necesario justificar su carácter original para ejercitar la acción⁸⁷. A falta de prueba de su origen no humano, o su falta de concreción, solo cabrá centrar el proceso en los elementos que concentran tal originalidad. Y el estándar es mínimo⁸⁸.

Por ejemplo, en el conflicto entre *Morford vs. Cattelan*⁸⁹, el tribunal, sin negar originalidad a la obra del primero (una banana y una naranja adheridas a dos paneles con cinta americana gris), considera que la obra de *Cattelan*, consistente en un plátano adherido a la pared con cinta adhesiva gris, no es un plagio de la primera porque el aporte original del primero se

aspecto es donde disintimos de la resolución de la USCO contra el registro de algunas imágenes de *Zayra of the Dawn*.

85. STS (Sala 1ª) de 26 de febrero de 1992, ECLI:ES:TS:1992:17363, *Piezas de joyería*, en relación con el estilo; STS (Sala 1ª) de 28 de enero de 1995, ECLI:ES:TS:1992:17363, «Viviendas VPO»; STS de 24 de junio de 2004, ECLI:ES:TS:2004:4443, *Juego de Rifa*.

86. STS, de 30 de enero de 1996, recurso n.º 2260/1992.

87. SAP de Valencia (Secc. 9ª), de 23 de mayo de 2023, ECLI:ES:APV:2023:1843.

88. Cuestiones distintas son el aumento del riesgo de infracción involuntaria del derecho del autor de una obra preexistente cuando el sistema responde al *prompt* de un usuario con contenido protegido y este a su vez lo explota de alguna manera; o el uso no consentido de un resultado por parte del usuario que el propio SIAG se ha reservado o ha restringido en sus términos y condiciones; o, a efectos puramente registrales, si el solicitante no es capaz de concretar qué parte del resultado corresponde a material generado por IA y qué parte, por el autor, cuyo análisis excede del propósito de este artículo.

89. *Cattelan* [Civil Action 21-20039-Civ-Scola (S.D. Fla. Jun. 9, 2023)].

concentra en los siguientes cuatro elementos: (1) el panel rectangular verde sobre el que se coloca la fruta; (2) el uso de cinta adhesiva para bordear los paneles; (3) la naranja en el panel superior y el plátano en el panel inferior, ambos centrados y (4) la colocación del plátano “en un ligero ángulo, con el tallo del plátano del lado izquierdo apuntando hacia arriba”. Sin que ello suponga un juicio sobre el proceso creativo de muchas obras visuales, legalmente, una actividad creativa mínima de origen humano plasmada en un resultado concreto se considera suficiente para dejar huella de la personalidad del autor. Incluso, utilizando elementos pertenecientes al dominio público. El problema, ahora, radica en considerar si las instrucciones que el usuario da a un SIAG pueden considerarse parte de ese proceso creativo y llevar la prueba de la originalidad a ese segundo estadio.

3.2. El diseño de *prompts*

Antes hemos comparado este proceso generativo con el proceso creativo tradicional en el que interviene una pluralidad de sujetos, estableciendo un paralelismo entre los *prompts* y las instrucciones que deben intercambiarse cuando en dicho proceso creativo interviene más de una persona y, especialmente, cuando existe entre ellas una relación de subordinación, ya sea laboral o de cualquier otra índole. Unas instrucciones bien construidas por el usuario de un SIAG pueden influir formalmente en su respuesta, hasta el punto de afirmar que, de haber sido ejecutadas por un ser humano, atribuirían la condición de coautor al primero. Por tanto, no estamos defendiendo que el SIAG sea una herramienta capaz de interpretar literalmente la mente del usuario... todavía. Tampoco, que siempre que se den instrucciones correctas a una de estas herramientas, estas tengan una influencia humana relevante en el ámbito que nos ocupa. Simplemente sostenemos que los elementos de una obra tenidos en cuenta por los tribunales al apreciar su originalidad, por mínima que esta sea, son elementos perfectamente transferibles por un usuario mediante *prompts* adecuados y que, cuando esto suceda, no parece coherente con los criterios expuestos, privar a su autor de la condición de autor ni al resultado de la condición de obra.

Es cierto que, en el ámbito de la inteligencia artificial generativa y, en particular, la que produce imagen a partir de texto, no es tan sencillo llegar a la conclusión de que un *prompt* (o una sucesión de ellos) pueda *per se* ser suficiente para transferir al resultado originalidad⁹⁰. En primer lugar, la

90. El funcionamiento de estos sistemas está muy bien explicado para juristas en la obra de MANTEGNA, Micaela, *ARTEficial... op. cit.*

idiosincrasia de las obras plásticas tradicionales inclina la condición de autor hacia quien realice su ejecución⁹¹, aunque no excluye la condición de coautor de quien la concibe. En segundo lugar, el funcionamiento de los LLM «texto a imagen» o «texto a video» no tiene actualmente la misma precisión que los de texto a texto, lenguaje y literatura. Tanto en uno como en otro caso, lo habitual será utilizar una extensa secuencia de *prompts* hasta que el sistema devuelva un resultado que encaje al usuario, cuestión que, a la postre, solo puede saber con certeza él mismo. Pero, el cambio de forma expresiva que exige la traducción del texto a imagen deja un margen de libertad formal al propio sistema tal vez demasiado amplio para apreciar sin reservas la relación de causalidad creativa necesaria que exige la condición legal de autor. Así lo ve la USCO, en cuyas directrices aclara que, aunque estas instrucciones pueden dar al usuario una mayor influencia sobre el resultado, es la IA la que determina la forma concreta de implementarlas y que lo que importa, a efectos de acceder a la protección, es valorar en cada caso en qué medida el ser humano tuvo el control creativo sobre la expresión de la obra y «formó realmente» los elementos tradicionales de la autoría. En tercer lugar, porque esas instrucciones no siempre proceden del propio usuario, sino de un tercero⁹² o, cada vez con más frecuencia, de otro SIAG⁹³. En este

91. Aunque, como se ha dicho, actualmente se admite que la originalidad de una obra plástica puede residir en su concepción, en su ejecución y en ambas, dependiendo del tipo de obra concreta, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual...*, *op. cit.*, p. 66.
92. Las propias plataformas integran, en el paquete de servicios ofertados, escaparates de *prompts* que han sido voluntariamente puestos a disposición del público mediante precio o gratuitamente, por parte de sus autores. También existen muchas páginas de internet con recomendaciones de *prompts* e incluso plataformas que solo se dedican a su venta, como *Promptbase.com* *vid.* <https://promptbase.com/>. Esta última, concretamente, se vende bajo el siguiente slogan «Busque entre más de 100.000 *prompts* de IA. Obtenga mejores resultados, ahorre tiempo y costes de API y venda sus propios *prompts*». Pero también hay aplicaciones que funcionan como catálogos de imágenes asociadas a *prompts* que permiten al usuario copiar el *prompt* asociado a cada una y también, modificarlo, para utilizarlo en un SIAG, como *Prompt builder* para Midjourney https://www.google.com/search?q=como+funciona+promptbuilder&rlz=1C5CHFA_enES909ES909&oq=como+funciona+promptbuilder&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOTIJCAEQIRgKKGABMgkIA-hAhGAoYoAEyCQgDECEYChigAdIBCDg4MjFqMG00qAIAAsAIA&sourceid=chrome&ie=UTF-8#fpstate=ive&vld=cid:c6f99288,vid:-Ko8Y4F8jA,st:0.
93. Pedimos a Chat GPT4V que genere varios *prompts* que sirvan para generar varias imágenes en Dall-E 3. Los *metaprompts*, término acuñado por David Shapiro en 2022, son los que sirven para poder generar otros *prompts*, https://www.linkedin.com/posts/amelfernandez_meta-prompts-para-generar-otros-prompts-activity-7074626513572085760-4tH-T/?originalSubdomain=es. Además, también se le puede pedir al sistema mediante un *prompt* que mejore cualquier *prompt* para obtener resultados más precisos.

último caso, surgen nuevos problemas, a los que luego tendremos ocasión de referirnos, teniendo más fácil solución el que plantea el *prompt artificial*, esto es, el también generado por otro SIAG, pues la relación de causalidad creativa necesaria para apreciar el factor humano inherente al concepto legal de obra sería todavía más remota.

Pese a todas las dificultades comentadas, partiendo de que el *prompt* es la pieza básica de comunicación entre humano y SIAG y que, por medio de estas instrucciones se podría, eventualmente, transferir al resultado elementos capaces de imprimirle originalidad⁹⁴, no descartamos *a priori* la posibilidad de que alguno de ellos alcance la protección del derecho de autor. Como en las obras derivadas, quedaría fuera de su objeto la parte de la obra que no le fuera imputable y que, en este caso, ha generado la IA. Para ello, saber qué tipos de *prompts* existen y cómo se utilizan puede resultar de gran ayuda para el operador jurídico en la concreción de la protección, comprobando cuáles son las elecciones debidas al usuario y los aspectos de las mismas que se han transferido efectivamente al resultado generado por el sistema.

A. *Prompts de texto, prompts de imagen y prompts mixtos*

Hay varias cuestiones previas que son relevantes al aplicar el juicio del factor humano. En primer lugar, dada la autonomía de estos sistemas, el usuario no suele obtener el resultado deseado tras el primer *prompt*. Lo habitual es formular una sucesión de *prompts* de texto concatenados⁹⁵ para ir ajustando la imagen producida a la deseada⁹⁶. En ese proceso, saber si la herramienta utilizada permite conocer la semilla de la imagen generada, facilita su reutilización como base en otras generaciones⁹⁷. En segundo lugar, algunas de estas herramientas permiten subir una o más imágenes para utilizarlas como referencia de la iteración (*v. gr.*, *Midjourney* y *Stable Diffusion*); otras, como, por ejemplo, *Dall.E 2*, no. Algunas permiten subir

94. Y, pese a la denegación de registro de las imágenes incluidas en la obra *Zayra of the Dawn*, así lo expresan las últimas directrices de la USCO, de 16 de marzo de 2023, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2023-03-16/pdf/2023-05321.pdf>.

95. Reciben el nombre de *prompts* secuenciales y son altamente eficaces para obtener respuestas más contextualizadas y precisas, <https://socialmedier.com/tipos-prompts-chat-gpt-clasificacion-tipologia-prompts/>.

96. Por eso se dice que el procedimiento para obtener la imagen deseada es habitualmente iterativo, basado en ensayo/error <https://www.iic.uam.es/noticias/prompt-engineering-para-generar-imagenes-navidenas-con-ia/>.

97. *Dall.E 2*, por ejemplo, es una herramienta que no facilita la semilla, por lo que no resulta posible hacer iteraciones sobre una imagen que se ha generado con ella.

prompts mixtos, de imagen y texto. Todas estas circunstancias pueden ofrecer al operador jurídico una primera aproximación sobre el margen de manobra en el que se mueve un usuario en términos transformativos. De ahí la importancia de tener en cuenta la distinta naturaleza –de texto, de imagen o mixto– del *prompt* utilizado.

Todavía más valiosa es la información que nos da el origen o pertenencia del *prompt*. Tanto el texto como la imagen aportados por el usuario pueden ser propios, por haber sido previamente creados por él mismo, o ajenos. En el caso de los *prompts* de imagen, cuando la imagen es original del usuario y utiliza el SIAG para su reinterpretación o transformación, el requisito de factor humano se cumplirá y el *output* será original, si bien, la parte debida al funcionamiento automático del sistema quedará fuera del ámbito de protección. Si, además, en dicha transformación hubiera participado creativamente el autor, el contenido protegido de la obra se ampliará esos otros elementos.

B. *Prompt* individual y sucesión de *prompts*

La distinta naturaleza del *prompt* no es el único aspecto que puede tener influencia en la permeabilidad del SIAG al factor humano. La constatación de una sucesión de *prompts* con un propósito bien definido, susceptible de mostrar elementos propios de un proceso creativo, puede ser un indicio de originalidad para valorar el acceso a la protección del resultado obtenido.

Aunque sabemos que la comunicación entre humano y SIAG ya no está reservada a quienes sepan de programación informática, lo cierto es que existe una técnica que propicia la idoneidad de dichas instrucciones para ajustar el resultado generado por el programa a los deseos del usuario, cuyo aprendizaje se encuentra en pleno auge. Cuanto más se depure esta técnica, más se economiza en texto y más influencia humana se podrá constatar en el resultado. Y, aunque esto es un factor que restringe la posible originalidad de la formulación del *prompt*, optimiza, por el contrario, la calidad y tino de las respuestas que la herramienta genere y, en consecuencia, reflejen todos los aspectos formales incluidos en la descripción de la imagen realizada por el usuario⁹⁸.

Con todo, la USCO es tajante a la hora de considerar un solo *prompt* para cumplir con factor humano creativo exigido por el Derecho de autor⁹⁹. Y

98. La nueva versión de *Midjourney* V5 funciona mucho mejor con descripciones muy detalladas que con *prompts* breves.

99. También parece seguir esta línea la SAP de Valencia, de 23 de mayo 2023, ECLI:ES:APV:2023:1843. En ella se afirma que la viñeta en liza, cumple con el concepto de origi-

tiene razón... en la mayoría de los casos. La oficina entiende que los elementos tradicionales del género creativo al que pertenezca el resultado habrán sido decididos y ejecutados íntegramente por la IA, sin que el usuario haya ejercido el control formal sobre la manera en que dichos sistemas interpretan las instrucciones y generan el material. La oficina considera que ante un solo *prompt*, el sistema se comporta como un artista por encargo, decidiendo él íntegramente como traducirlas a imagen¹⁰⁰. Pero también, cuando se trata de una considerable sucesión de *prompts*, incluso habiendo mediado participación humana en la fase de edición¹⁰¹.

La posición de la USCO no parece disentir de la doctrina de nuestros tribunales, en relación con las obras plásticas creadas íntegramente por artistas de carne y hueso. La SAP de Madrid (Secc. 28ª), de 21 de mayo de 2021¹⁰², falló a favor de la condición de coautora de 221 obras, firmadas únicamente por un reconocido autor plástico del estilo pop-art, de su ayudante de taller. Ella las había ejecutado a partir de sus instrucciones dentro de una relación

nalidad absoluta porque tiene altura creativa propia. La autora «ha podido determinar decisiones libres y creativas en la creación. Ha podido elegir la gama de colores, el mensaje a enviar, la tipología, ha podido decidir qué objetos o elementos se colocan en la viñeta, ha podido decidir su ilustración y diseño y ha podido decidir libremente dónde los ha colocado. La mera circunstancia de que haya empleado programas de ordenador para la creación de la obra no exime de la posible originalidad *porque la obra no es producto de la aplicación de unos algoritmos informáticos automáticos*, sino que son producto de la libre decisión de la autora sobre la forma que reviste la obra». (La itálica es nuestra).

100. Esta conclusión puede constatar en el perfil de LinkedIn de Amel FERNÁNDEZ, Director del Instituto de Transformación Digital, Social Media Camp y Houston Agency y autor del Blog SocialMedier, <https://www.linkedin.com/in/amelfernandez/recent-activity/all/> quien comparte regularmente *metaprompts*, esto es *prompts* para generar otros *prompts*. En su perfil, encontramos muchos ejemplos que permiten tomar conciencia del funcionamiento de estos sistemas, eso sí, casi todos, de texto.

101. En España, la resolución de 9 de marzo del Registro Territorial de la Comunidad Autónoma de Madrid deniega la inscripción de unas imágenes generadas por un SIAG, por considerar insuficiente para alcanzar la consideración de autor la actividad consistente en la introducción de *prompts* básicos el sistema y la utilización de las propias herramientas del sistema en las que se permite al usuario elegir ciertos parámetros como el estilo o retoques finales (copia en poder de la autora). En el caso de la solicitud de registro de la obra «*Théâtre D'opéra Spatial*», la USCO, también deniega su inscripción al considerar que la generación de una imagen con *Midjourney* (utilizando más de 600 *prompts*), su posterior embellecimiento utilizando Photoshop (ajustando diversos detalles cosméticos, corrigiendo defectos, etc.) y, finalmente, aumentado su escala por medio de otra herramienta, es insuficiente. La imagen final se considera sustancialmente la misma que generó el sistema, y, por tanto, se considera que la intervención de *Midjourney* en la generación del resultado no ha sido «de minimis», <https://www.copyright.gov/ai/>.

102. ECLI:ES: APM: 2021:4602.

laboral¹⁰³ que, pese a ello, le dejaban suficiente margen creativo para considerar su actividad relevante a estos efectos. Entre los hechos probados, se señala que dichas instrucciones abarcaban los encargos de los clientes, la temática de las obras, la entrega de una fotografía para hacer un retrato pictórico y bocetos de lo que quería que fuera pintado. En el fundamento de derecho cuarto, el tribunal no descarta que el demandado «*tuviera un papel principal en el alumbramiento de la idea*» y dice expresamente que el resultado final «*fue el fruto de una suerte de simbiosis artística fruto de la colaboración entre dos profesionales de la pintura, uno capaz de imaginar escenografías sugestivas... y otro capaz de expresarlas en un lienzo, en colaboración con aquél, e incluso accediendo a sus indicaciones en la fase de ejecución de la obra pictórica*». El tribunal apunta «*no negar por completo la autoría del artista*» en las obras ejecutadas por su ayudante porque ella misma había reconocido que aquel incluía en ellas líneas, machas y grafismos de diversas formas. Por este motivo, considera que ambos contribuyeron al resultado final de la obra (FJ 5º). Sin embargo, por el tono empleado por el juzgador, no tenemos certeza de que hubiera fallado en el mismo sentido si el demandado no hubiera intervenido personalmente en la fase de ejecución y, con ello, de que una intervención consistente exclusivamente en una sucesión de instrucciones adecuada sea suficiente en este ámbito para otorgarle la condición de coautor.

Ya hemos argumentado la posibilidad de apreciar la originalidad de una obra en la fase de su concepción y, dependiendo del tipo de participación en que consista su ejecución, atribuir la condición de autor a su agente individual (de la concepción) o conjuntamente (con el autor de la ejecución). Por supuesto, también, la originalidad en solitario del artista de una obra plástica cuando el concepto es una imagen de dominio público, un paisaje, etc. y unas instrucciones consistentes en meras ideas. En el primer caso, es crucial que quien haya concebido la obra, también de su conformidad con el resultado obtenido, siendo la simple conformidad el grado mínimo de control formal sobre el resultado. Por tanto, conscientes de separarnos en este punto de la posición de la USCO y otras autoridades, no descartamos *a priori* la posibilidad de que un resultado fruto de un proceso creativo articulado por medio de la técnica del *prompting* pueda ser original, incluso, antes de ejecutar ulterior actividad transformativa sobre el mismo¹⁰⁴. Obviamente, no será el caso de un *prompt* básico o una sucesión de *prompts* básicos y

103. Recordemos que, en nuestro sistema, la creación intelectual elaborada en el seno de una relación laboral no excluye la condición de autor (art. 51 TLRPI).

104. Compartimos la opinión de MILITSYNA, Kateryna, «Human Creative Contribution to AI-Based Output – One Just Can('t) Get Enough», GRUR Int. 2023, p. 949.

generales sobre un determinado tema, estilo etc. cuyo usuario ha hecho funcionar automáticamente en el sistema. Incluso si ha repetido la operación muchas veces hasta elegir el resultado que más le convenza, pese a que esa última conformidad nos pueda parecer un control sobre el resultado. Este tipo de participación humana nos parece demasiado sutil para otorgar algún protagonismo a las instrucciones que guiaron la producción de aquel¹⁰⁵.

Sin perder de vista que el rápido desarrollo y perfeccionamiento de estas herramientas en el ámbito de la imagen¹⁰⁶ y la distinta naturaleza de las obras plásticas puede favorecer la permeabilidad del SIAG, podemos plantearnos qué pasa cuando el único *prompt* es el resultado final de un largo proceso empírico y/o es adecuado para que el SIAG devuelva una imagen ajustada formalmente a una descripción que contiene ya elementos suficientes para ser relevante en la fase de concepción, hasta el punto de que si fuera ejecutada por otro artista, les llevaría a una situación de autoría compartida¹⁰⁷. Mientras el proceso generativo se lleva a cabo por una misma persona, es más fácil valorar, no solo si ha habido proceso creativo tanto en

-
105. Vemos, en este tipo de participación, la de un comitente que mediante unas instrucciones generales se limita a recibir el resultado de su encargo ejecutado casi íntegramente por un artista.
 106. En el sector de generación de video, *Meta* acaba de lanzar una nueva herramienta, *Emu Video*, basada en un modelo de difusión (sintetizando las imágenes de ruido) que supera también las dificultades que tienen todos los modelos de imagen a la hora de interpretar y ejecutar con precisión las instrucciones. A partir de un *prompt* descriptivo, preparando la temática del video, como buen modelo de difusión, genera una imagen estática de alta precisión. Luego, la prepara para su extensión temporal, la concatena con una máscara binaria que ayuda a distinguir entre las partes de la imagen que cambiarán con el tiempo y las que permanecerán estáticas. Este paso prepara el terreno para la posterior generación de video, en la que el modelo utilizará esta entrada lista para crear una secuencia de fotogramas, convirtiendo así la imagen en un video en movimiento. Finalmente, aplica otro modelo de difusión para generar fotogramas secuenciales, *vid.* SHEYNIN, Shelly; POLYAK, Adam; SINGER, Uriel et alii, «Emu Edit: Precise Image Editing via Recognition and Generation Tasks», <https://ai.meta.com/blog/emu-text-to-video-generation-image-editing-research/>.
 107. Imaginemos que hemos conseguido trasladar a la imagen, además de todos los detalles técnicos, los rasgos característicos de nuestro personaje de comic que tenía nuestro o (lo más probable) nuestros cientos de *prompts*: una niña de cabello moreno, piel rosada, cara redonda, gran nariz, labios finos y rojos, sonriente que se le vea que en los dientes incisivos tienen un diastema, ojos grandes y verdes, con largas pestañas, cuatro pecas en cada una de las mejillas y situadas cerca de la nariz, el *piercing* de una mariposa fucsia en la oreja izquierda, orejas pequeñas y redondas, con moños de fallera (bueno, esto, todavía no lo entienden las herramientas que hemos experimentado hasta ahora, pero sí podemos decirle que la haga con un peinado como el de la princesa Leia), etc. También, que su indumentaria sea un jersey de lana naranja de manga corta y cuello

las instrucciones dirigidas al sistema como en la posterior de edición, sino también el grado de control formal que sobre el resultado final ha ejercido dicha actividad. Como siempre, la relevancia de su actividad para producir una obra original deberá valorarse según los parámetros tradicionales para el tipo de obra de que se trate.

Sin embargo, los problemas crecen cuando dichas instrucciones –llamémoslas relevantes– han sido elaboradas por un tercero ¿cuál es su relación respecto del resultado generado con ellas por otro usuario? Las respuestas, como vamos a ver, variarán en función de si este último ha intervenido con carácter creativo sobre el resultado en una fase posterior o no.

3.3. Relación del *prompter* con el resultado generado por el SIAG

La exigencia del factor humano excluye de la ecuación los *prompts* artificiales. Sin embargo, ¿podría tener alguna relevancia cuando el *prompt* es obra de un tercero de carne y hueso? Podríamos empezar respondiendo que el mercado de *prompts* se ha autorregulado. Existen numerosos catálogos de *prompts* puestos a disposición del público tanto onerosa¹⁰⁸, como gratuitamente¹⁰⁹ que, teóricamente, garantizan su buen funcionamiento en la obtención de imágenes parecidas¹¹⁰ a las publicadas. De este modo, se ahorra al usuario la fase de ensayo-error necesaria para llegar a imágenes parecidas a las que ya ha obtenido el *prompter*. Ese ahorro en el proceso creativo repercute en el valor de los sumandos necesarios para que el resultado sea igual a «obra protegida» [proceso creativo propio + objeto definido con precisión y objetividad = obra]. La ausencia de proceso creativo en la fase previa solo puede compensarse en la fase de edición transformando, en los términos ya señalados para las obras derivadas, el resultado generado aleatoriamente por el SIAG. A falta de tal intervención, estaremos ante un mero usuario y un resultado no original.

Tampoco creemos que pueda trabarse una relación de causalidad intelectual adecuada entre el mero *prompter* –es decir, quien interviene exclusivamente en la generación del *prompt*, sin activarlo en un SIAG para producir el

vuelto, con las letras mayúsculas de determinada tipografía «SF» en la parte delantera. En fin, cuanto más azúcar, más dulce.

108. Como *Promptbase*, <https://promptbase.com/>.

109. Como *Promptimágenes.com*, https://promptimágenes.com/#google_vignette.

110. Los SSIAG están entrenados para no repetir generaciones. Esto es más probable cuando utilizamos la misma semilla. La semilla es un valor numérico que nos ayudará a seguir obteniendo resultados diferentes sobre la misma imagen. En todo caso, algunos *marketplaces* de *prompts* se comprometen a devolver el dinero si el *prompt* comprado no funciona.

resultado concreto— y el resultado obtenido por un mero usuario¹¹¹. Admitir, como hemos admitido, que, mediante un afinado proceso de *prompting*, se pueda en algunos casos reconocer al *prompter* cierto grado de autoría sobre el resultado final, no es admitir que sea autor (o coautor) de todos los (infinitos) resultados finales obtenidos por terceros mediante su funcionamiento. En el primer caso, podemos constatar la existencia de un proceso creativo dirigido y controlado —aunque algunos aspectos expresivos de la eventual imagen final se hayan generado aleatoriamente por el sistema— por un usuario que sabe lo que quiere, lo busca mediante la técnica del *prompting* y no da su conformidad con la versión final hasta que consigue esa imagen. En el segundo, hay una reutilización de un texto, en principio, no protegido por ningún derecho¹¹², y una respuesta automática de imagen sobre la que, además, el mero *prompter* no puede ejercer ningún control.

Pero, cuando el *prompt* funcionalmente adecuado termina siendo parte de una imagen transformada de otro usuario, ¿podemos extrapolar aquí los razonamientos y conclusiones del proceso creativo fraccionado concluyendo una situación de autoría compartida? La respuesta es también negativa. Su carácter eminentemente funcional y generalmente ceñido a aspectos que pertenecen al dominio público como el estilo, los temas, aspectos técnicos como dimensiones, formato, etc. le impide —aunque no cabe descartarlo *a priori*— alcanzar originalidad y entidad ontológica suficiente para desencadenar el nacimiento de un derecho de autor independiente del que pudiera nacer eventualmente en relación con el resultado final. Por este motivo, salvo condiciones contractuales aceptadas por las partes a este respecto¹¹³, el usuario no requiere autorización para su uso, concentrando en su esfera todas las decisiones que podrían transformar su uso en un resultado protegible. En todo caso, aunque dispusiera de tal autorización y el *prompt* fuera original —como obra literaria— faltaría entre

111. Aquí no estamos hablando de *prompts* originales, sino solamente de *prompts* funcionalmente adecuados.

112. Sobre los *prompts* originales, véase el siguiente epígrafe.

113. *Promptbase.com*, por ejemplo, es un *marketplace* de *prompts* en cuyos T&C el usuario acepta que todos *prompts* disponibles son propiedad intelectual de sus respectivos creadores, que por su compra o uso no adquiere ningún derecho de propiedad sobre las mismas y que es responsable de garantizar que el uso que haga del *prompt* no infringe ningún derecho de autor ni otros derechos de propiedad intelectual de terceros. También, que la compra solo le confiere una «licencia no exclusiva, mundial y perpetua para utilizar el *prompt* para cualquier propósito, a excepción de actividades dañinas, ilegales o maliciosas, pero, también, transferir el *prompt* a un tercero sin el consentimiento por escrito del creador del *prompt*, pudiendo rescindir la licencia de uso si se incumplen estas condiciones». El análisis de la validez de estas cláusulas desde el Derecho de autor y el de consumo las reservamos para otro trabajo.

prompter y usuario la colaboración propia de la coautoría (art. 8 TRLPI). Tampoco su transformación al lenguaje de la imagen se consideraría obra derivada, sino mera inspiración¹¹⁴, quedándose en ambos casos, fuera de la ecuación.

La relación de causalidad creativa se tensa todavía más si el usuario utiliza una sucesión de *prompts* procedente de diferentes terceros, por ejemplo, de una red social como *Discord*¹¹⁵ en la que se puede añadir el *bot* de *Midjourney* e interactuar con otros usuarios. La fuerza creativa de cada uno de esos *prompts*¹¹⁶ se diluirá hasta su irrelevancia a efectos de plantear una situación de coautoría. La aplicación de la teoría de la causalidad adecuada¹¹⁷ concentrará en la actividad creativa del usuario cualquier autoría que pudiera nacer sobre el resultado.

A. *Prompts funcionalmente adecuados y prompts originales*

Coincidiendo con la USCO, tampoco cabe negar *a priori* la posibilidad de proteger un *prompt* como tal si reúne los requisitos necesarios. Es cierto que su carácter eminentemente instrumental suele estar en pugna con la originalidad requerida por el derecho de autor. Y, aunque el usuario puede describir con mucho detalle la escena que quiera que el SIAG le devuelva, hasta ahora, se aconseja iniciar con un *prompt* básico sobre el elemento principal y, a partir del mismo, continuar un proceso iterativo hasta conseguir la imagen deseada. Con su semilla, continuar el proceso generativo con más *prompts* que vayan definiendo los demás elementos: estilo, encuadre, colores, iluminación, fondo, etc. Una vez controlada la técnica, es posible disponer de *prompts* funcionalmente adecuados para producir imágenes similares. Estos *prompts* suelen contener una descripción detallada de una imagen para que la herramienta oriente su funcionamiento a obtener la presencia de todos sus elementos en su respuesta¹¹⁸. Salvando las distancias, la formulación de un *prompt* funcionalmente adecuado recuerda a la descripción de personajes

114. RIBERO HERNÁNDEZ, Francisco, «Art. 21», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Rodrigo Bercovitz, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007; p. 386 y ss.; MARISCAL GARRIDO-FALLA, Patricia, *op. cit.*, p. 201.

115. <https://www.xataka.com/basics/como-tener-midjourney-tu-canal-discord>.

116. Ninguna, si aplicamos la regla de la USCO.

117. A fin de establecer la relación de causalidad, entre todas las intervenciones humanas de carácter creativo, seleccionaríamos aquellas que se consideran más idóneas para conseguir el resultado. En este caso, la selección y ordenación de los *prompts* ajenos por parte del usuario, así como su posterior manipulación, concentraría toda la relevancia a efectos de derecho de autor.

118. Tomamos un ejemplo del catálogo gratuito de *Promptimage.com*: «Majestic lion, roaming through the African savannah, stalking its prey, diverse flora and fauna, natural surroundings,

y escenas que realiza el guionista cinematográfico¹¹⁹. En ambos casos, se producirá una interpretación del texto a imagen –en uno, por una inteligencia artificial, en el otro, por el director– que respetará, en distinta medida tales indicaciones. Aunque en muchas legislaciones consideran al guionista solamente autor de una obra preexistente, en España, además, forma parte del elenco de coautores de la obra audiovisual (art. 86 TRLPI)¹²⁰, aunque no decide la versión definitiva de la obra, facultad que corresponde por ley al director y al productor (art. 92 TRLPI)–. En el caso del *prompter*, salvo que sea él mismo quien culmine el proceso generativo en los términos comentados, no ostentará ningún derecho sobre el resultado. Sin embargo, ¿es posible qué se le considere autor de una obra preexistente como el guionista?

Dado que los *prompts* son una parte más o menos visible de los resultados con ellos obtenidos, resulta adecuado traer la doctrina sentada por la STJUE de 16 de julio de 2009¹²¹ en el asunto «Infopaq». Según el tribunal, la protección de una parte una obra de ingenio no debe someterse a un régimen distinto del resultado final. En el caso resuelto, se analiza si la reproducción no autorizada de un extracto de once palabras consecutivas de un artículo de prensa puede constituir una infracción del derecho de autor. El tribunal, tras declarar que sobre las palabras en sí mismas no puede recaer protección, no descarta que un extracto de once palabras pueda contener elementos capaces de expresar la creación intelectual propia de su autor. Nos gustaría enfatizar que el TJUE no dice en esta sentencia que una sucesión de once palabras pueda *per se* protegerse por derecho de autor, sino, exclusivamente, que su explotación por un tercero no autorizado, si es parte de una obra original y concentra notas suficientes de individualidad –esto es lo que debe analizarse caso por caso por el tribunal competente– constituirá una infracción del derecho de autor¹²². Esta doctrina está en la línea de nuestro art. 10.2 TRLPI que dispone que el título se protegerá «como parte» de la obra si también es original.

captivating wildlife scene, rich ecosystem, up-close encounter, harmonious coexistence, detailed and realistic representation –v 5».

119. «An elephant playing the trumpet, with intricate carvings on the brass, in a band with other animals. They are in a lively jazz club, where there is an audience of various animals watching them with interest. The dim lights are casting a warm glow, and the atmosphere is filled with their harmonious and joyful melody –ar 16:9», <https://promptimágenes.com/animales/>.
120. En otras legislaciones, es autor de una obra preexistente cuya transformación en la obra cinematográfica se suele presumir cedida al productor.
121. Asunto C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465.
122. Concuerda con lo dispuesto en el art. 10.2 TRLPI en relación con el título de una obra, que quedará protegido como parte de ella «cuando sea original».

Aquí, conviene recordar que originalidad no es sinónimo de obra. Tan solo indica que la obra es fruto de un proceso en el que ha habido participación humana de carácter creativo. Hasta que dicha creatividad no se plasme en un objeto delimitado de manera precisa y objetiva, no se producirá el nacimiento del derecho de autor. Una vez se cumpla ese segundo requisito, las partes de la obra que concentren originalidad suficiente, quedarán protegidas como partes de ella. Llevado esto a las obras de arte visual y al concreto tipo de obra, constatada la originalidad del resultado generado por un SIAG a partir de unas instrucciones funcionalmente adecuadas para que el resultado contenga la huella personal del *prompter*¹²³, estas podrán quedar protegidas «como parte» del resultado, pero no necesariamente y en todos los casos, como unidad de protección independiente y separada del mismo.

Para que suceda esto último, su forma de expresión deberá reunir los requisitos de protección exigidos por el derecho de autor, es decir, ser fruto de las libres decisiones creativas de un ser humano y haber quedado su objeto delimitado con suficiente precisión y objetividad. Como sucede con los ensayos, bocetos, proyectos y otros estadios intermedios del proceso creativo que van cobrando forma antes de concluirse la obra final, incluso si la obra no llegara finalmente a nacer, estas partes con sustantividad ontológica suficiente, si son originales, habrán hecho nacer ya un derecho de autor a favor de su creador.

Pero el *prompt* es una obra del lenguaje y, en caso de ser original, como tal debe tratarse. No obstante, hay que tener en cuenta que, una vez admitida su protección, el derecho exclusivo sobre tales instrucciones impedirá una reproducción no autorizada por parte de un tercero para generar más imágenes. Pero, esto, normalmente, no sucederá. El ecosistema de estos nuevos productos se mueve en otras coordenadas, a saber, el acceso abierto y el mercado secundario contra pago bajo sus propios términos y condiciones. Y en ambos escenarios, por supuesto, hay infinidad de *prompts*, cuanto menos, no originales. Pero también hemos comprado NFTs y, mucho antes, parcelas en la luna.

IV. BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán: *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *Manual de Propiedad Intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

123. Pensemos, por ejemplo, en unas instrucciones o secuencia de instrucciones muy descriptivas para generar un output de fantasía.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Art. 10 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. Rodrigo Bercovitz), 4.^a ed. Madrid, Tecnos.
- BETTONI, Anna: «Opera d'arte algoritmica e tutela dell'autorialità», *Nuovo Diritto Civile*, n.º 2, 2023, pp. 118 y ss.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Art. 5 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. Rodrigo Bercovitz), 4.^a ed., Madrid, Tecnos.
- CASAS VALLÉS, Ramón: «The requirement of originality», *Research Handbook on the future of UE Copyright*, ed. Estelle Declaire, Edward Elgar Publishing, 2008, p. 151.
- CASAS VALLÉS, Ramón: «La protección de los artistas plásticos en el Derecho español», *Recopilación de artículos selectos del Prof. Ramón Casas Vallès. 25 años de evolución legislativa en materia de propiedad intelectual*, Madrid, Instituto Autor, 2022.
- CASAS VALLÉS, Ramón: «La condición de autor: los casos Barceló y Boadella», *Pe. i.*, n.º 28 (enero-abril 2008), pp. 127-141.
- DATABRICKS: *A Compact Guide to Large Language Models*, <https://www.databricks.com/>.
- GINSBURG, Jane C. & BUDIARDJO, Luke Ali: «Authors and Machines», *34 Berkeley Tech. L. J.* 343 (2019), https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2323.
- GERVAIS, Daniel J.: «The Machine as Author», *Iowa Law Review*, Vol. 105, 2019, 2053-2106, Vanderbilt Law Research Paper No. 19-35, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3359524>.
- GUADAMUZ, Andrés: «A Scanner Darkly: Copyright Liability and Exceptions in Artificial Intelligence Inputs and Outputs (February 26, 2023)», disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4371204> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4371204>.
- GUADAMUZ, Andrés: «French Lawmakers propose new copyright law about generative AI», de 27 septiembre 2023, en <https://www.technollama.co.uk/french-lawmakers-propose-new-copyright-law-about-generative-ai>.
- HILTY, Reto; Jörg HOFFMANN, Jörg y SCHEUERER, Stefan: «Intellectual property justification for artificial intelligence», 2020, disponible en <https://ssrn.com/abstract=3539406>
- LEWITT, Sol: «Paragraphs on Conceptual arts», *Artforum*, vol. 5, n.º 10, disponible en https://monoskop.org/images/3/3d/LeWitt_Sol_1967_1999_Paragraphs_on_Conceptual_Art.pdf.

- LOEWENHEIM/LEISTNER: «§§2 y 3 UrhG», en *Urheberrecht. Kommentar*, coord. LOEWENHEIM, LEISTNER Y OHLY, 6. ed., CH. Beck, München, 2020.
- MANTEGNA, Micaela: *ARTEficial: creatividad, inteligencia artificial y derecho de autor*, IDYT, 2022.
- MESA, Cristina: «IA generativa: ¿pueden protegerse los modelos de datos?», 2023, https://www.garrigues.com/es_ES/garrigues-digital/ia-generativa-pueden-protegerse-modelos-datos.
- MARISCAL GARRIDO-FALLA, Patricia: «Art. 11 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. BERCOVITZ, Rodrigo, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, pp. 197 y ss.
- MILITSYNA, Kateryna: «Human Creative Contribution to AI-Based Output – One Just Can('t) Get Enough», *GRUR Int.* 2023, vol. 72, pp. 939-949.
- OTERO LASTRES, José Manuel: «Originalidad de las obras plásticas y las nuevas tecnologías», en *Nuevos retos para la propiedad intelectual: II Jornadas sobre la Propiedad Intelectual y Derecho de autor/a* (coord. García Pérez y López Suarez), 2008, pp. 73-102.
- RIBERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Art. 21», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. BERCOVITZ, Rodrigo, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.
- SAIZ GARCÍA, Concepción: *Objeto y sujeto del derecho de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- SAIZ GARCÍA, Concepción: «Comentarios al art. 11 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coords. Felipe Palau y Guillermo Palau), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 233 y ss.
- SAIZ GARCÍA, Concepción: «Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por derecho de autor», *inDret*, 2019.
- SHEYNIN, Shelly; POLYAK, Adam; SINGER, Uriel et alii: «Emu Edit: Precise Image Editing via Recognition and Generation Tasks», publicado en <https://ai.meta.com/blog/emu-text-to-video-generation-image-editing-research/>.
- SOLER MASOTA, Paz: «Sobre la autoría en las obras de arte conceptual», *Pe. i*, nº 71, 2022, pp. 99 y ss.
- SORIA PUIG, Eva: *Arte contemporáneo y derecho de autor*, Reus, Madrid, 2023.

VARIA

Caminante son tus huellas, el camino y nada más... excepto sobre la obra de Donald Judd

PAZ SOLER MASOTA

*Profesora titular de Derecho Mercantil, UPF
Doctora en Bellas Artes por la UB*

«Three dimensions are real space».

*«Actual space is intrinsically more powerful
and specific than paint on a flat surface».*

Donald JUDD

El arte contemporáneo es abundante en anécdotas, algunas de ellas francamente entretenidas de contar, relativas a conductas lesivas de la integridad de una obra de autor. Sin ir más lejos, tanto Joseph Beuys como Damien Hirst parecen proclives (no es de extrañar por sus puestas en escena, desde luego geniales pero sorprendentes) a concitar la condena ya no de la crítica o del público, sino de los equipos de limpieza de los museos: en 1986 la Kunst Akademie de Düsseldorf presentaba una obra de Joseph Beuys titulada *Bañera anónima*, consistente en una bañera sucia con una enorme capa de grasa untada en los bordes, ante cuya contemplación, un muy escrupuloso jefe de servicio instruyó que la dejaran inmaculada, lo que arruinó la obra (fig. 1). Desde el año 1958 el autor experimentaba con el elemento grasa, que culminó entre otras con su famosas *Fettecke* –rincón grasiento en alemán–, obra que también sufrió al poco tiempo del incidente anterior una suerte similar, ya que una trabajadora pensó que los 5 kilos de mantequilla amontonados en una sección del museo no eran más que un acto vandálico, y con esmero los fregó hasta dejar la sala prístina, algo

que le valió al autor una compensación de casi 40.000 €, suficiente para rellenar la despesa (fig. 2).



(fig. 1)



(fig. 2)

En el 2001, en una exposición en Eyestorm (Londres), el personal de limpieza barrió por completo una obra de Damien Hirst consistente en el apilamiento de botellas vacías, botes de pintura, cajetillas de tabaco, colillas... todo ello por valor (artístico) estimado en 150.000 dólares; el director del museo se tomó la situación con humor muy *britt* declarando que «*el debate sobre qué es arte y qué no lo es siempre es saludable*» y, en un gesto encomiable, no despidió al trabajador. Y podemos seguir un poco más por puro deleite: en el 2004, una de las señoras de la limpieza del Tate Britain dedujo que, en un acto vandálico, alguien había dejado una bolsa de basura al lado de una obra del artista alemán Gustav Metzger y, diligente y dispuesta, hizo lo que se suponía que tenía que hacer, a saber: la tiró a un contenedor, ignorante la infeliz que estaba mutilando severamente una composición consistente en una mesa, un mural corroído con pintura ácida y sacos con cartones y periódicos. Aquella creación, titulada *Primera demostración pública de arte autodestructivo*, quedó totalmente destrozada (esta vez de modo involuntario y por tercero) a ojos del autor, quien decidió recrearla... cabe entender que con ingente esfuerzo creativo pese a encontrarse, es de imaginar, en desoladora situación anímica. En el 2011, en el museo de Ostwall en Dortmund, otra señora de la limpieza se extralimitó en sus funciones – siempre desde una perspectiva artística – lavando una mugrienta palangana de caucho situada debajo de unos andamios. En buena lógica doméstica, la

empleada pensó que se trataba de algún tipo de montaje para reparar unas goteras y decidió retirarla, destrozando así la creación del artista alemán Martin Kippenberger; en su defensa, quizás la confusión vino por el nombre con el que se cristianizó a la obra: *Cuando gotas de agua comienzan a caer del techo*; acción que implicó una pérdida económica para el museo estimada en 800.000 euros (fig. 3).



(fig. 3)

Y podríamos seguir con el relato, pero nos faltaría espacio...

Si, curiosamente, un exceso de celo en los servicios de limpieza de los museos vino a dar al traste con obras de reputados artistas, el caso que ahora nos ocupa –y que sigue pendiente de resolución ante los tribunales o extra-judicialmente– resulta de todo lo contrario, esto es, de una falta manifiesta del debido deber de cuidado de una obra.

El artista que protagoniza esta entrada es ampliamente reconocido como uno de los artistas americanos más influyentes en el período que siguió a la segunda guerra mundial; y lo que es más: se le considera como responsable de alterar el devenir de la escultura contemporánea y de la articulación formal del movimiento minimalista. A mediados de los años 60, en su búsqueda por distanciarse de formatos artísticos precedentes, se sintió atraído por el empleo de materiales de carácter industrial y humilde en sus obras –como el hierro galvanizado, el acero inoxidable, el aluminio anodizado, el plexiglás y la madera contrachapada–, lo cual le permitía despojar a sus piezas de referencias que interfirieran en su contemplación. Y fue así que comenzó a confiar la producción de sus creaciones a terceros expertos en maestrías varias. Ello le llevó a plantear, entre otras, composiciones geomé-

tricas y obras volumétricas que se sostenían por sí mismas al sustentarse directamente sobre el suelo, así como series de cajas colgadas en vertical unas sobre otras, todo ello al hilo de una propuesta artística novedosa en términos de orientación, escala y volumen. Donald Judd estaba convencido de que una obra de arte constituía un todo por sí misma, sin necesidad de narrativas adicionales.

Entre sus series, generalmente presentadas sin título, se halla la conocida como *Menziken*: se trata de la creación de unas cajas de pared que procuran absorber la luz del entorno y generar juegos contemplativos a partir de la combinación de plexiglás con acero y otros materiales (como la reproducida en la fig. 4). Como ocurre en el planteamiento de otras series del mismo autor, lo único que varía de pieza a pieza es la disposición interior de la caja en cuanto a los elementos divisorios del espacio o el color, mientras que el continente exterior permanece estático. En sus propias palabras: «*La caja con el plexiglas en su interior es un intento de hacer una segunda y definitiva superficie. El interior es radicalmente distinto a su exterior. Mientras que el exterior es definido y riguroso, el interior es indefinido*»¹.



(fig. 4) *Menziken Untitled 91-130* (1991), de Donald Judd

1. T. de la A., del original: «*The box with the plexiglass inside is an attempt to make a definitive second surface. The inside is radically different from the outside. Whilst the outside is definite and rigorous, the inside is indefinite*».

Pues bien, la Judd Foundation, que supervisa los talleres y casas que el artista poseía en Marfa y la ciudad de Nueva York, interpuso el pasado 14 de mayo de 2022 una demanda por incumplimiento de contrato ante el Manhattan Supreme Court contra dos galerías de arte –la Kukje y la Tina Kim– a las que imputó haber permitido que una obra perteneciente a esta misma serie *Menziken Untitled 91-130*, pero con fondo de plexiglás verde, fuera manipulada de modo tal que en su superficie quedara la impronta indeleble de huellas dactilares, dañando de modo irreparable su integridad y, por consiguiente, su valor de mercado, reclamación que acompañaron con una solicitud de compensación por daños y perjuicios de 850.000 \$, el precio de mercado de la obra que ahora ya no podría venderse.

La trastienda de este conflicto es la siguiente:

En marzo de 2015, la Judd Foundation confió el depósito de la obra en cuestión a la galería Kukje, poniéndola a disposición de su afiliada, la Tina Kim Gallery², a efectos de que la misma pudiera ser expuesta en la Feria Frieze de New York (fig. 5). Conforme a las alegaciones de aquella entidad, las galerías depositarias habrían de ser responsables de cualquier daño que la obra sufriera y que no quedara cubierto bajo su aseguramiento. El referido contrato de depósito fue objeto de dos prórrogas, siendo que en la segunda se elevó el precio de referencia de la obra de los iniciales 750.000 \$ a 850.000 \$, incremento que se justificaba por la cotización al alza en el mercado de la obra de Judd.

Ninguna de las dos galerías consiguió encontrar un comprador para la pieza, que también viajó a la Feria Art Basel Miami de 2016 (fig. 6), por lo que el contrato de depósito se canceló en el año 2018.

Y así, cuando la escultura retornó a la localidad de Marfa, fue examinada por un conservador miembro de la Fundación, quien inmediatamente advirtió que la pieza había quedado «*desfigurada por huellas dactilares*». Al igual que ocurre con otras obras de arte –como en las fotografías– su manipulación es muy delicada. En el caso que nos ocupa, como alegaba la Judd Foundation en su demanda, las superficies de aluminio anodizado requieren de un cuidado extremo en su manejo, y siempre con guantes para evitar que queden marcas; de hecho, sostenían, si se imprimiera una huella dactilar y no

-
2. Ambas galerías están gestionadas por miembros de la misma familia, pues Tina Kim es la hermana del propietario de la Kukje Gallery, Charles Kim, por lo que no es infrecuente que ambas galerías aúnen esfuerzos para exponer en las más prestigiosas ferias de arte.

se eliminara con prontitud, con el tiempo los aceites que la misma contiene son susceptibles de reaccionar químicamente con el aluminio y dejar una estampa permanente, irreversible y desfiguradora.



(fig. 5) Frieze New York 2015



(fig. 6) Miami Art Basel 2016

Heridas de guerra, cicatrices y costurones que bien pueden dejar lisiado al cuerpo en que la obra consiste, o incluso abandonarla a su condición de invalidez permanente.

La Judd Foundation expuso asimismo en su demanda que las partes convinieron en que el queloide remanente en la escultura era casi irreversible y que ello, en consecuencia, imposibilitaba su colocación en el mercado.

Dónde y cómo se produjo el daño queda para ser resuelto por un discípulo vivo de *Hercules Poirot*. Se sabe que tres años antes del conflicto un conservador de la compañía de transportes y almacenamiento suiza Moebel extendió un informe sobre la condición de la pieza antes de que la misma fuera expedida a Nueva York, y que la Galería Tina Kim confirmó su correcta recepción sin mácula. Es sabido también que en los tres informes posteriores que se emitieron para la misma galería por la compañía UOVO, dedicada a análoga actividad de traslado y consigna, sí acusó la existencia de huellas dactilares en el mes de julio de 2017. Según sostiene la demandante, la galería jamás le comunicó esta circunstancia.

Para cubrir los eventuales daños sobre la obra, los agentes aseguradores de las galerías Kukje y Tina Kim abonaron a la Judd Foundation la cantidad de 680.000 \$, equivalente al 80 % del valor real de mercado de la pieza. Y es

por ello que la entidad reclamó 170.000 \$ adicionales, así como ulteriormente 100.000 \$ en concepto de indemnización.

Sin perjuicio de cuál haya de ser la resolución definitiva de este asunto, su interés reside en acentuar que la manipulación de una obra de arte debe someterse a la más meticulosa cautela y al más afanoso cuidado tanto para su custodia como para su almacenamiento y traslado. Esto parece a todos preclaro cuando se trata de obras clásicas, pero quizás no tanto cuando se trata de obras contemporáneas. Visto lo relatado, sería aconsejable que las instituciones y empresas que se vean implicadas en un momento dado en esta situación elaboren un protocolo metódico de cómo ha de procederse, en general, para el desempeño de los servicios en relación con estas obras (*v. gr.*: limpieza, mantenimiento, acondicionamiento para el traslado, manejo durante el transporte, ulterior montaje para su exhibición), el cual bien podría complementarse con instrucciones específicas en relación con ciertas piezas que pudieran requerir de una atención especial. En el ámbito contractual, la Judd Foundation supo bien cubrirse las espaldas y demostró sobre todo gran habilidad a la hora de pactar con las galerías depositarias el reconocimiento de lesión a la obra. Aún será más cauta, a buen seguro, en futuras ocasiones.

Lástima, eso sí, que la obra lesionada no pueda salir al mercado por un valor de calderilla...

Y, por cierto, ¿sabían Uds. que hay un Día Mundial de la Dactiloscopia?

De arte, moda y Derecho de autor. A propósito de la Venus de Botticelli: renacida para vender

PAZ SOLER MASOTA

*Profesora titular de Derecho Mercantil, UPF
Doctora en Bellas Artes por la UB*

Dedico estas líneas a Fernando Rius Solera, con quien he compartido tanto y todo, y quien me introdujo a la mujer más elegante de España en todos los sentidos y en sus gestos, Naty Abascal, una belleza tan indiscutible como la voz de la Callas, pero, sobre todo, una mujer dotada con un corazón de una calidez humana *larger than life*: la moda es arte, y ellos también lo son, para mi fortuna.

«La belleza del vestido, como la belleza de la vida, proviene siempre de la libertad».

Oscar WILDE

«Un buen diseño puede soportar la moda de diez años».

Yves SAINT LAURENT

Arte y moda son dos universos de expresión creativa que siempre han caminado parejos en la historia, inspirándose mutuamente o contribuyendo el uno con el otro. Hay momentos sublimes, como cuando, en octubre de 1942, Peggy Guggenheim inauguró *Art of this Century* –su vanguardista galería de arte en Nueva York– portando en los lóbulos de sus orejas dos

pendientes dispares, uno de Yves Tanguy y el otro del desbordantemente divertido Alexander Calder, toda una declaración de principios en aras de la convivencia pacífica entre los movimientos surrealista y abstracto. Fue aquella una época de creación artística vibrante donde las haya, de la que cabe destacar aquí ejemplos como la colaboración entre Elsa Schiaparelli y Salvador Dalí con su icónico y espectacular vestido decorado con una langosta preciosamente bordada. La obsesión del catalán por el crustáceo venía de atrás, parece, no solo por poder *cruspirse* –como él diría– el ejemplar, sino porque para él se trataba del artrópodo (*rectius*, ar-tró-po-do en su pronunciación) con mayor carga sexual, según tuvo a bien declarar en el momento más inoportuno (no para él, claro). La escena: el fotógrafo de la sesión era Cecil Beaton y la protagonista Wallis Simpson, quien había adquirido dieciocho de los treinta vestidos realizados por el binomio, poco antes de posar para el reputado retratista en los jardines del castillo de Bande, cual entremés de su boda con Eduardo VIII. Le favoreciera o no a la exquisita Wallis su bucólica *performance* a efectos reales, nadie le quitaría el placer de vestir una obra de arte en la que un decepcionado Dalí no pudo untar mayonesa de verdad para completar la experiencia (figs. 1 y 2).



(figs. 1 y 2)

Tantos otros ejemplos geniales... ¿los vestidos de Yves Saint Laurent en homenaje a Mondrian (1965) o sus fabulosas chaquetas bordadas por la mítica Maison Lagarde reproduciendo los lirios y girasoles de van Gogh (1988)? (fig. 3).



(fig. 3)



(fig.4)

En tiempos más recientes, son varios los supuestos de colaboración provechosa entre empresas de moda y artistas reputados. Sin ir más lejos, Takashi Murakami, Yayoi Kusama y Frank Gehry han colaborado con Louis Vuitton, Raf Simons fue contactado por la Robert Mapplethorpe Foundation –fascinados por la previa alusión en sus diseños al trabajo del artista Sterling Ruby– a efectos de que utilizara las imágenes del famoso fotógrafo ya fallecido, lo que fructificó en una sensacional colección SS2017 (fig. 4), buena parte de la cual puede visitarse en el museo Momu en Antwerp, Bélgica; o la casa neoyorkina Coach rindió homenaje

al artista neoexpresionista Jean-Michel Basquiat con su colección FW2020, en la que se incluyen elementos recurrentes en la obra del artista, como coronas y dinosaurios¹.

Mas no tan feliz resultó para Marc Jacobs hacer referencia a la estética *grunge* en su colección *Bootleg Redux Grunge* de 2018, lo que le valió una demanda del grupo Nirvana por supuestamente utilizar el logo icónico de la banda de Kurt Kovain (fig. 5)², como tampoco lo fue para Roberto Cavalli utilizar imágenes de los murales del grupo de artistas callejeros del Mission District en San Francisco (fig. 6)³.



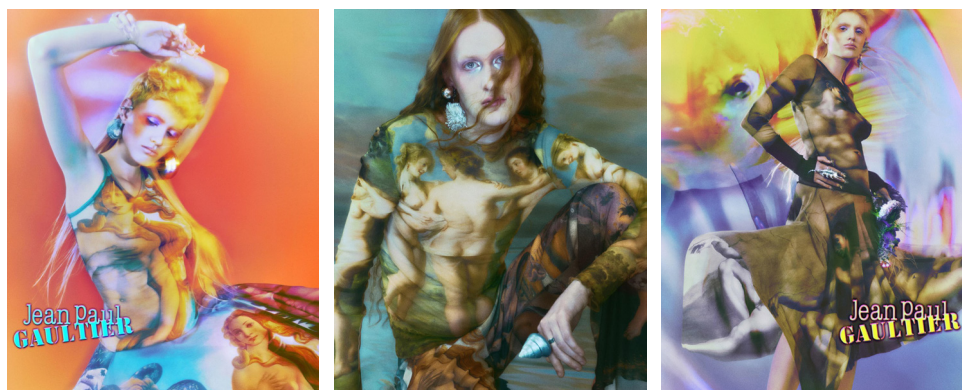
(fig. 5)



(fig. 6)

1. Antes, en el 2018, la casa Comme des Garçons había dedicado una colección al mismo artista, quien en el año 1987 había desfilado como modelo para la misma.
2. Como noticia del caso, *vid.*, entre otros, Laura SNAPES, «Nirvana sues designer Marc Jacobs over alleged copyright breach. Representatives of the band are suing the Brand over a logo in its Redux Grunge collection», *The Guardian*, 3 de enero de 2019; Ferran FARLED, «Batalla por el “smile face”, Marc Jacobs responde a la demanda por plagio de Nirvana», *La Vanguardia*, 14 de marzo de 2019. Los representantes legales de Nirvana no calibraron seguramente la falta de memoria de los miembros de la banda, ni el hecho de no haber diseñado el logo que tampoco tenían registrado a su favor, como demostró Marc Jacobs en su contestación, quien confesó haberse inspirado en la estética de Nirvana, pero sustituyendo los ojos del *smiley* por sus iniciales, e incluyendo el término *Heaven* para evitar una asociación directa con la misma (sic). Extraigan sus consecuencias y juzguen ustedes sobre el parecido.
3. *Vid.* «Roberto Cavalli sued for copyright infringement by street artists», *Gouchev Law*, NY. Los muralistas *underground* –contrarios a la alta moda– alegaban que hasta la última pulgada de cada pieza de la colección reproducía *graffiti* de los que eran autores. Aun así, solicitaron *royalties*.

En estas llegamos a *Le Musée*, una colección cápsula creada por el genial Jean-Paul Gaultier en 2022 en homenaje mayor al mundo artístico, en palabras de la casa: «un tríptico en modo de oda al Renacimiento» ... en torno a las magníficas obras *El Nacimiento de Venus*, del siglo XV, de Sandro Boticelli, las *Tres Gracias* de Peter Paul Rubens en la colección de El Prado y la *Creación de Adán* del techo de la Capilla Sixtina (fig. 7).



(fig. 7)

Solo los suelos de las Galerías Uffizi temblaron según parece, pero lo justo para solicitar que las prendas que contenían la imagen de Venus fueran retiradas del mercado o, cuando menos, poder llegar a un acuerdo comercial, bajo el amparo del *Codice dei beni culturali e del paesaggio* de 2004. Es evidente que una demanda de estas características no habría prosperado por la vía del Derecho de autor, por cuanto la obra, que data de mediados de la década de 1480, se halla en el dominio público. Y aún así, lo que no se acierta a comprender es que la casa Gaultier no argumentase que la suya sería una utilización inocua bajo la figura del *fair use*⁴, incluso en el marco legislativo del litigio. En este sentido, el caso presenta también interés por suscitar la delimitación entre lo que debe considerarse una creación original meramente inspirada en otra anterior –y, por consiguiente, libre– o apropiacionista –que puede ser libre o derivada en función de las circunstancias del supuesto en cuestión–⁵.

4. Vid. «Uffizi Wages Legal Battle Against Jean Paul Gaultier Over 'Illicit' Use of Botticelli Art», *TFL*, 10 de octubre de 2022; Angelica VILLA, «Uffizi Gallery Sues Jean Paul Gaultier for Use of Botticelli Image», *AN*, 11 de octubre de 2022; Katarina FEDER, «Why can the Uffizi Sue Jean Paul Gaultier for Putting Botticelli's 'Venus' on a T-Shirt? + More Artist-Rights», 23 de noviembre de 2022.

5. Vid. en esta misma edición del *Anuario* la contribución titulada «Sobre el arte de apropiación y la doctrina del *fair use*».

Habrá que ver cómo evoluciona este caso y lo que eventualmente obtenga el museo en concepto de indemnizaci n⁶.



(fig. 8)



(fig. 9)

El caso apenas relatado me hizo rememorar una ya lejana vivencia personal que comparto aquí en lo que valga. Hace tiempo –el suficiente para poder narrarlo y porque, anticipo, tuvo un feliz cierre–, entre la cartera de clientes bajo mi responsabilidad se hallaba el grupo japonés Roland, que, entre otros, produc  instrumentos musicales digitales de gran calidad. Un día cualquiera llegó a mi mesa (no creo que tanto para validación final, sino más bien para información) un dossier relativo a una serie especial y limitada del clavicordio C-30, en cuya contratapa frontal se incluía una imagen que, desde el equipo de *marketing* nipón, se había titulado *Angels Playing Music...*, la cual pude luego saber que procedía de un póster que los nietecitos del fundador adoraban... Un celo tal vez excesivo me llevó a advertir que quizás el cuadro de dos angelones regordetes (pues esa era la imagen que me llegó inicialmente) podría pertenecer a alguna colección y que la misma pudiera ser reacia a otorgar acceso a sus archivos para reproducir imágenes de las piezas de su propiedad o bajo su custodia. Lo que iluminó a su vez las mentes del país donde nace el sol para que aquí su servidora recabase todos los permisos a fin de que la imagen del clavecín pudiera ser de la máxima calidad digital. Y ahí comenzó un proceso detectivesco como pocos, el cual puso el primer pie en el Museo

6. Cfr. en este contexto Jacob GALLAGHER, «Has Fashion's Licensing of Art Gone too Far? Fashion brands and art foundations have been partnering with increasing frequency on artful clothing collections», *WSJ*, 8 de octubre de 2018.

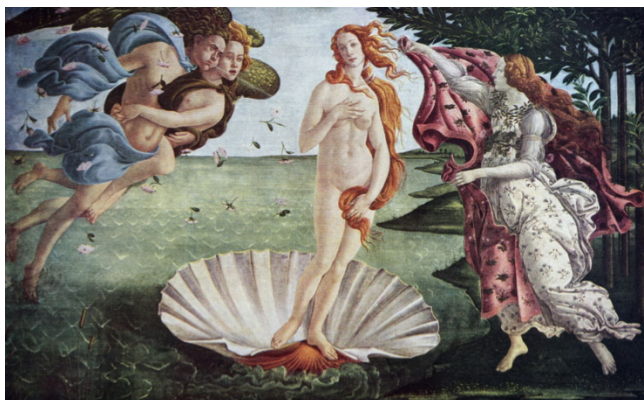
del Prado, donde intenté indagar el origen de la obra. Nadie, en principio, parecía saber de dónde procedía hasta que un ángel inspirado por alguna luz divina (esta vez de género femenino y mayor de edad) y, todo hay que decirlo, harta piedad hacia quien suscribe decidió bucear por su cuenta en la biblioteca hasta que dio con el dato: los encantadores querubines (fig. 8) eran, en realidad, un fragmento de la obra barroca *Éxtasi de Santa María Madalena*, de Marcantonio Franceschini (fig. 9), en paradero desconocido.

Éxtasis por el descubrimiento y desencanto por tener que reemprender una búsqueda que, les haré corto, nos llevó entre museos y colecciones varios hasta llegar a la exquisita colección privada de la Familia Molinari Pradelli, que fue obra del conocido director de orquesta Francesco Molinari Pradelli. Alguno de los herederos no veía inicialmente con buenos ojos la edición del citado instrumento hasta que la bondadosa y providencial intervención de su viuda y el buen hacer de su abogado hizo el resto, en un gesto generoso difícil de olvidar. Coincidencia amable donde las haya, el letrado en cuestión era Niccolò Rositani-Suckert, sobrino nieto de Curzio Malaparte, escritor reconocido y propietario en su momento de la casa que, conocida bajo su nombre, se construyó en 1938 en un acantilado de Capri a treintaidós metros sobre el agua y contemplando el golfo de Salerno. La historia de la construcción donde Jean-Luc Godard escenificó *Le Mepris* (con Brigitte Bardot) es, en sí, fascinante, porque su dueño la legó al gobierno chino, de cuyas manos fue rescatada habilidosamente por nuestro amigo para ser puesta a disposición del patrimonio italiano y cuidadosamente rehabilitada.

Y si alguna conclusión puede extraerse de esta anécdota sería que, ante la duda, y aun tratándose de obras que hayan ingresado en el dominio público, toda cautela aconseja recabar la autorización de quien sea su propietario, pues, en definitiva, a nadie interesa un tratamiento que pueda banalizarlas o desprestigiarlas, tanto menos a aquellos que desean extraer ganancia de su explotación comercial.

Retomando el tema de las Galerías Uffizi, los escrúpulos de la citada institución para preservar la delicada imagen de la mítica diosa (fig. 10) debieron sucumbir, en cambio, ante el deber patriótico de fomentar el turismo italiano (figs. 11 y 12) en la campaña que se difundió mundialmente durante el año 2023 bajo el título *Open to Meraviglia*, producida por el grupo Armando Testa para el Ministerio de Turismo y el Consejo Nacional de Turismo de Italia, que vino a encumbrar a la *Venus* de Botticelli cual *influencer* virtual⁷.

7. Vid. «La Venus de Botticelli, singular embajadora de su país en la nueva campaña de turismo de Italia», *RJ*, 24 de abril de 2023.



(fig. 10)



(fig. 11)



(fig. 12)

La campaña, que ha contado con un presupuesto de nueve millones de euros, se ha enfrentado a las críticas de algunos ciudadanos italianos airados, entre otros extremos, porque el slogan recurra al inglés y, sobre todo, por la imprecisión de hacer comer a la diosa una *pizza* napolitana en el entorno del Lago di Como.

Confiemos en que, tras su gira mundial, la etérea beldad haya podido volver a su ubicación tradicional, y descansar.

Sobre el arte de apropiación y la doctrina del *fair use*

PAZ SOLER MASOTA

*Profesora titular de Derecho Mercantil, UPF
Doctora en Bellas Artes por la UB*

*«Soy un artista que usa imágenes de segunda mano y
emociones de primera mano».*

Marcele DUMAS¹

A finales de los años 70 y en el contexto efervescente de nuevos movimientos artísticos como el pensamiento crítico, la deconstrucción o el post-modernismo, toma cuerpo el conocido como *arte de apropiación*, el cual, como su propio nombre sugiere, no busca intrínsecamente la presentación de un formato novedoso, sino que parte de una selección de obras preexistentes para otorgarles un nuevo enfoque, recreándolas desde una aproximación diversa de la manifestada por su autor primigenio. Las obras originales son intencionadamente alteradas a fin de dotarlas de un nuevo contenido, sea este de orden reivindicativo o puramente estético. Los artistas que se inscriben en esta corriente utilizan por lo general –pero no solo– imágenes fotográficas de terceros para generar una nueva obra de carácter esencialmente visual.

-
1. Con ocasión de su exposición *Marcele Dumas: Final Abierto*, en el Palazzo Grassi de Venecia, 59.^a Biennale de Arte, 2022.

Nada nuevo bajo el sol –valga decir– al recordar que el precursor de esta corriente no fue otro, en realidad, que un provocador nato como Marcel Duchamp con su *ready-made* *L.H.O.O.Q* (fig. 1). A su vuelta de Estados Unidos, mientras paseaba por París, el artista compró en un quiosco una postal de la venerada Mona Lisa de Leonardo da Vinci, y no se le ocurrió mejor idea que pintarle un bigote y una perilla masculinos añadiéndole la leyenda «*elle a chaud au cul*» –de innecesaria traducción–. Hay varias versiones, una de ellas con el personaje afeitado, titulado *L.H.O.O.Q. rasée*.



(Fig. 1) M. Duchamp, *L.H.O.O.Q*

El *arte de apropiación* ha sido objeto de una particular atención en Estados Unidos, al trazo de varios conflictos que fueron llevados ante los tribunales, entre otros los surgidos en torno a creaciones de autores de la talla de Richard Prince, Jeff Koons o, más recientemente, Andy Warhol; a todos ellos acusándoles de haber reproducido obras preexistentes sin alterarlas lo suficiente como para evadir el reproche de constituir una violación de los derechos de autor preexistentes sobre las mismas. En el núcleo de estos casos se ponen en tela de juicio conceptos jurídicos esenciales como qué ha de entenderse por *obra*, *original* o *copia*. Obviamente, también sobre los límites de los derechos de explotación del autor (en particular, en lo atinente al derecho de transformación y la doctrina conocida como *fair use*, a la que nos referiremos seguidamente). Pero, tal vez por encima de todo ello, sobre cuál ha de ser el bien jurídico protegido en último término por

el Derecho de autor, a saber: (i) si la acérrima defensa de los intereses del artista primigenio cuya obra se altera sin su consentimiento (y, por lo tanto, sin expectativa alguna de remuneración por ello), o bien (ii) a pesar o por encima de lo anterior, la promoción más amplia de la creatividad, siempre que la obra resultante, aun aludiendo todavía a su origen, haya adquirido la impronta propia de quien la despojó de su anterior autoría para otorgarle un nuevo y sobrevenido sesgo distintivo, incrementando, con ello, el acervo cultural. Es en este marco donde entra en juego la doctrina del *fair use*²: para acogerse a la misma, la recreación de la obra original debe imprimir a esta con un nuevo contenido visual o informativo, de tal modo que la obra resultante de la intervención del artista que se apropia de ella para sus propios fines cobre un significado plenamente autónomo, al punto de que su autor no tenga que recabar la autorización del primero, ni lógicamente remunerarle incluso en aquellos casos en los que la obra primigenia siga siendo reconocible; hablamos, pues, de un uso inocuo en Derecho de autor por implicar la creación de una obra derivada que –por su carga conceptual o estética– cabría considerar como independiente *ab origine* y, por consiguiente, de libre ejecución (en el ámbito estadounidense, se habla aquí de *carácter transformativo*, expresión que mantendremos). O expresado en términos más literarios: la apropiación irreprochable de la que hablamos representaría una metamorfosis de la obra original.

En la aplicación de esta doctrina, la jurisprudencia estadounidense ha experimentado vaivenes en uno u otro sentido a lo largo de las últimas tres décadas, siendo el pronunciamiento más reciente el de su Alto Tribunal en el caso Warhol, suscitado en torno a la utilización por este de un retrato previo de Prince Rogers Nelson –conocido bajo su nombre artístico: Prince–. Polémico resultado que, como se verá, prima los intereses de la fotógrafa Lynn Goldsmith sobre los de aquel y que, una vez más, coloca a los magistrados ante la difícil –si no impropia tarea– de decidir sobre el mérito o demérito artístico (*rectius*: originalidad) de una obra. Y todo ello, por lo demás... ¿desde un punto de vista objetivo o subjetivo? Ya nos legó Hipócrates su *ars longa, vita brevis*: es conocida la anécdota de un tal Willem de Kooning, quien en una ocasión se acercó un tanto –física, que no emocionalmente– embriagado a Warhol para reprocharle, sin ambages, que se había convertido en un destructor del arte³; al mismo Warhol, que

2. Como es sabido, la doctrina del *fair use* fue acuñada por el Tribunal Supremo estadounidense el año 1994 y se incorporó en la Copyright Act estadounidense en su Section 107.

3. La frase que ha sido tan comentada fue: «*You're a killer of art; you're a killer of beauty*».

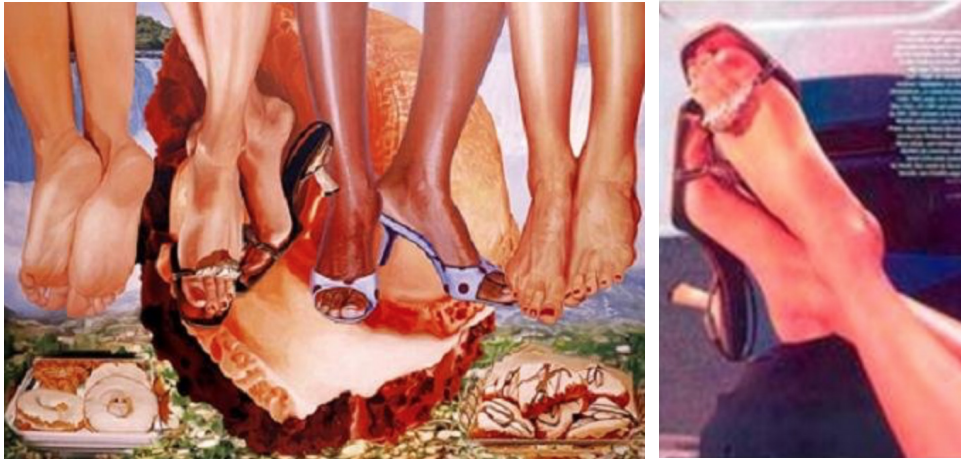
ha sido calificado por tantos otros como el paladín y mayor impulsor del arte contemporáneo. Al fin y al cabo, no serán los jueces, sino los expertos o el público –incluso a lo largo del tiempo–, quienes entroniquen a un determinado artista. Pero no es menos evidente que, de momento, la sentencia de referencia marcará la suerte de un ingente número de obras artísticas de estas características ya adquiridas con fervor por museos y otras instituciones, integradas en colecciones tanto públicas como privadas, así como en la cartera de galeristas y casas de subastas a la espera de su jugosa colocación en el mercado. Todo ello por no decir que frenará en gran medida el recurso de muchos creadores a la hora de tomar obras previas para desposarlas en segundas nupcias.

A lo largo de las líneas que siguen intentaremos relatar la vacilante posición de la jurisprudencia estadounidense por lo que hace al arte de apropiación, antes de especular sobre lo que pueda representar la controvertida sentencia en el caso *Fundación Warhol for the Visual Arts c. Goldsmith et al.* Y lo haremos a partir de los casos más señeros en el ámbito de la apropiación de fotografías de terceros.

Primera estación: caso *Blanch c. Koons*

Jeff Koons es un renombrado y cotizadísimo artista visual. En cierta ocasión, el museo Guggenheim (el de Nueva York, no el de Bilbao, que también cuenta con uno de sus famosos *Puppy*, en versión floreada, pero tan gigante que hace las veces de guardián) organizó una exposición en la que se incluyó un *collage* producido por el artista a partir de varias imágenes, entre las cuales había utilizado una del fotógrafo de moda Andrea Blanch, la cual había sido publicada previamente en la revista *Allure*. Como se puede apreciar en la imagen, la fotografía que fue incluida en el *collage* representaba unas piernas femeninas, calzando unas sandalias joya, apoyadas sobre el regazo de un caballero, ambos viajando en la cabina de un avión (*fig. 2*). Jeff Koons se valió de la misma, la posicionó con otro escorzo, la repintó y reubicó junto a otras piernas en un contexto completamente distinto. El tribunal de primera instancia que conoció de la demanda de Blanch declaró el mejor derecho de Koons, amparada su obra por la doctrina del *fair use*, en tanto que transformativa de la obra de Blanch, a la que calificó de banal, escasamente creativa y, en todo caso, no concurrente en el mercado del arte con la obra de Koons. El tribunal de apelación confirmó el fallo, por considerar que el *collage* en cuestión no consistía en una simple reproducción –en todo caso razonable en tanto que pretendía ofrecer una visión crítica del mundo de la publicidad y los medios de comunicación–, sino que, en su conjunto,

proyectaba un significado y mensaje propios, así como la clara impronta personal del artista⁴.



(fig. 2) Collage de Jeff Koons (izqda.) vs. fotografía de Andrea Blanch (dcha.)

Segunda estación: *Cariou c. Prince*

Hablamos ahora de otro Prince, de nombre Richard. Su obra figura en las colecciones permanentes de muchos museos y es adquirida por coleccionistas privados a precios millonarios.

En este caso, el fotógrafo Patrick Cariou demandó al artista Richard Prince –junto con Gagosian, la galería que le representa– por haber reproducido sin su autorización varias fotografías que había tomado en Jamaica de ciertos *rastafaris* y que vieron su publicación en formato libro bajo el título *Yes, Rasta*. No tuvo mucho éxito, la verdad sea dicha, excepto por unas escasas ventas entre familiares y conocidos.

Efectivamente, Prince utilizó varias imágenes de *Yes, Rasta*, las amplió, recortó y pintó sobre las mismas para incluirlas en su serie *Canal Zone*. De las treinta obras que la componían, vendió en su primera exposición ocho de ellas, por un importe que superó los diez millones de dólares (fig. 3).

En cuanto Cariou supo de ello, procedió a interponer la demanda de referencia, obteniendo un pronunciamiento en su favor en primera instancia,

4. *Blanch v. Koons* 467 F.3d 249 (2d. Cir. 2006).

sobre la base de que las obras producidas por Prince no contenían discurso exegético alguno ni sobre las fotografías originales o los personajes en ellas plasmados, como tampoco suponían siquiera una intención transformativa respecto de las imágenes de Cariou.



(fig. 3) *Yes, Rafta* de Cariou vs. *Canal Zone* de Prince

El Tribunal de Segunda Instancia rechazó la vía discursiva del de primera, en el sentido de exigir que las obras debieran responder a una función de *comentario* o demostrar una *intención* de ser transformativas a efectos de la aplicación de la doctrina del *fair use*, y se centró en cómo se percibían unas y otras obras a los ojos de un observador razonable, y ya no tanto, pues, sobre lo que el concreto artista pretendía manifestar con ellas. Y, en este sentido, concluyó que mientras que las fotografías de Cariou eran más serenas –bucólicas si se quiere– en el sentido de que captaban la estética característica de los *rastafaris* y su integración en un entorno natural, las de Prince resultaban más crudas a la vista, violentas e incluso provocativas (fig. 3 bis); argumentación con la que, cuando menos, veinticinco de las treinta imágenes producidas pudieron considerarse de libre ejecución bajo la doctrina del *fair use*; mientras que respecto de las otras cinco, el tribunal –sin mayor indicación– remitió la cuestión al tribunal de primera instancia⁵.

5. *Cariou v. Prince* 714 F.3d 694 (2d. Cir. 2013).



(fig. 3 bis) Imágenes de la serie *Canal Zone*

Tercera estación: *Goldsmith c. Warhol Foundation*

«Five years ago, the (Warhol) Foundation sued me to obtain a ruling that it could use my photograph without asking my permission or paying me anything for my work. I fought this suit to protect not only my own rights, but the rights of all photographers and visual artists to make a living by licensing their creative work-and also to decide when, how, and even whether to exploit their creative works or license others to do so. I look forward to continuing that fight in the Supreme Court».

Lynn GOLDSMITH

«We hope the Supreme Court will grant review on this case and reaffirm the importance of free artistic expression. The 'fair use' doctrine plays an essential role in protecting freedom of speech and advancing core First Amendment values».

Roman MARTÍNEZ⁶

6. Abogado socio del bufete Latham & Watkins, representante legal de la Andy Warhol Foundation for the Visual Arts en el conflicto *Lynn Goldsmith v. Andy Warhol Foundation for the Visual Arts* al que hacemos referencia en este trabajo.

«It is also important to highlight the insidious nature of copyright overreach. No one is arguing that creatives should not be reasonably paid, but there is too great a cost to the default 'always on' licensing scheme envisioned here. The Supreme Court had repeatedly made clear that copyright does not trump free speech. Asserting rights beyond those granted by the copyright law is nothing short of an attempt to suppress freedom of expression. Warhol's Prince is not Goldsmith's Prince. Period».

Virginia RUTLEDGE⁷



(fig. 4)

Lynn Goldsmith es una reconocida fotógrafa ante cuyo objetivo han circulado grandes músicos contemporáneos, como Michael Jackson, Bruce Springsteen, Bob Dylan, Madonna, James Brown, los Beatles y sus majestades maléficas los Rolling Stones. Corría el año 1981 cuando la retratista recibió el encargo de la revista *Newsweek* para retratar a Prince, lo cual hizo en blanco y negro y gran formato. Tres años más tarde, Prince se catapultó a la fama con su célebre *Purple Rain*, y fue por entonces cuando otra publicación, la revista *Vanity Fair*, adquirió de Goldsmith los derechos sobre la referida imagen a efectos de poder encomendar a Warhol la producción

7. Virginia Rutledge es historiadora del arte y abogado, voz de autoridad tras la *amicus brief* en el caso *Carious c. Prince* arriba mencionado, y también auspició y codirigió en el caso que nos ocupa los *affidavits* que la Fundación Warhol aportó con su alegato.

de una serigrafía a partir de aquella, para ilustrar un artículo dedicado al músico con el título *Purple Fame* (fig. 4). Goldsmith percibió al efecto la nada despreciable cifra de 400.000 dólares americanos.

Antes de proseguir en el relato de lo acontecido y para mejor ponderar el alcance del pronunciamiento del Tribunal Supremo estadounidense, parece oportuno detenerse un momento en la comparación entre ambos trabajos: siempre en mi opinión, en la imagen subyacente (fig. 5) puede apreciarse que la creación de Warhol (que se supone debió disponer del cliché o negativo para poder reproducirlo y después manipular la copia a su criterio) varió la composición de la fotografía de Goldsmith: reencuadró el retrato original, recortándolo, para centrarse en la cara del músico –ampliada y enderezada–, cuyos rasgos realzó a partir de contrastar al máximo la fotografía, sobre la que después imprimió una paleta de colores nada habitual en un retrato como fue teñir el rostro de morado –perfilando los elementos del mismo y cabello con líneas entre el amarillo y el naranja–, todo ello sobre un fondo empastado en un naranja vívido.



(fig. 5) A la izquierda, retrato del artista Prince por Lynn Goldsmith (1981).
A la derecha, serigrafía creada por Andy Warhol (1984) a partir de la obra de aquella.

Ocurre que Warhol siguió trabajando en obras similares en lo que bautizó como *Prince Series*, ejecutando un total de quince serigrafías más que tomaban como base el retrato de referencia (fig. 6) ..., todo ello aparentemente sin

el conocimiento de la fotógrafa, quien apenas se percató cuando, a la muerte de la leyenda musical en el año 2016, la misma revista publicó una elegía utilizando una de dichas nuevas serigrafías como portada. La reacción de Goldsmith fue reclamar una compensación económica a la revista, alegando que la licencia que concedió en su momento solo lo fue para un único uso (la publicación de 1984).



(fig. 6) Fotografía de Goldsmith (izqda.) vs. Prince Series de Warhol (dcha.)

En las citadas circunstancias, la estrategia seguida por la Andy Warhol Foundation for the Visual Arts (titular de los derechos sobre la obra del artista a la muerte de este, en adelante AWFVA) fue acudir a los tribunales en el año 2017 interponiendo preventivamente una acción de jactancia contra Lynn Goldsmith, solicitando así un pronunciamiento en el sentido de inexistencia de violación de derecho de autor por parte del artista de Pittsburgh. Dos años más tarde, en el 2019, la AWFVA obtuvo una sentencia a su favor: el juez John G. Koeltl del Federal District Court de Manhattan declaró que Andy Warhol no había actuado ilegítimamente, y ello sobre la base de que el artista había alterado suficientemente la imagen fotográfica y que, sobre lo anterior, las obras resultantes eran «*inmediatamente reconocibles como warhols*».

Pero Goldsmith apeló la sentencia y, en 2021, un panel de tres magistrados de la US Court of Appeals for the 2nd Circuit, también en Nueva York, revocó

el juicio de primera instancia, con el juez ponente Gerald E. Lynch sosteniendo que las obras de Warhol retenían los elementos esenciales del retrato efectuado por Goldsmith, con el resultado de no haberlos modificado lo suficiente como para evadir la condena por violación de los derechos de autor de la fotografía. Pese a advertir con términos algo tímidos que la producción de Warhol tenía un nuevo significado y mensaje respecto del retrato de Goldsmith, el tribunal no hizo suya la argumentación defensiva presentada por la AWFVA, y sostuvo que no cabía aceptar un uso legítimo por transformativo (del inglés, *fair use* y *transformative use*). De otro modo, declaró el magistrado ponente, se crearía inevitablemente una suerte de privilegio en pro de aquellos artistas famosos que plagian obra original de terceros, privilegio que se antojaría tanto más amplio y laxo cuanto mayor fuera su renombre⁸.

Fue un pronunciamiento sin precedentes, y en parte inesperado, que abrió una decidida brecha tanto en el ámbito artístico como en el jurídico. La AWFVA no tardó en presentar un recurso contra la sentencia de segunda instancia, que fue admitido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Buena prueba de la polémica generada fue los *affidavits* que la Fundación adjuntó a su pliego en apoyo de su posición, entre otros los procedentes de la Robert Rauschenberg Foundation, la Roy Lichtenstein Foundation, el Museo de Brooklyn, o expertos como Robert Storr, antiguo director del área de escultura y pintura del Museo de Arte Moderno en Nueva York (MOMA). Todos ellos unidos bajo el mantra según el cual, de no admitirse la defensa del *fair use* a favor de las *Prince Series* producidas por Andy Warhol, ello tendría inevitablemente una enorme repercusión negativa pues minaría la libertad de creación de los artistas, produciendo un «*chilling effect on the Arts*».

El 18 de mayo de 2023 amaneció con fuertes nubarrones para la AWFVA: el Tribunal Supremo decidió a favor de los intereses de Goldsmith en un pronunciamiento no unánime (7-2), del que fue portavoz la magistrada Sonia Sotomayor y que se mantuvo en la misma línea que el propio de la segunda instancia, en el sentido de proteger a los creadores cuyas obras son objeto de apropiación por artistas de mayor renombre, y excluyendo la aplicabilidad de la doctrina del *fair use*, en tanto que las obras en lid, la original de Goldsmith y las copias de Warhol, compartían en esencia el mismo propósito, siendo que su uso era, en ambos casos, de naturaleza comercial⁹.

8. «*Entertaining that logic would inevitably create a celebrity-plagiarist privilege; the more established the artist and the more distinct that artist's style, the greater leeway that artist would have to pilfer the creative labour of others*», AF, 28 de marzo de 2022.

9. 598 U.S. *Andy Warhol Foundation for the Visual Arts Inc. v. Goldsmith et al.*, 2023.

Los magistrados disidentes (Elena Kagan, a quien siguió John Roberts) se dolieron en sus votos particulares afirmando que esta decisión sofocaría la creatividad en todas las artes, frustrando la expresión de nuevas ideas y que, en definitiva, empobrecería al mundo.

Última estación: Crucifixión, muerte y... ¿resurrección de la doctrina del *fair use*?

Hemos hablado de arte de apropiación... en el mundo del cine se le llama dialogismo a un fenómeno similar, y siempre en estos casos me viene a la cabeza aquel fabuloso artículo de Javier Marías publicado en el periódico *El País* sobre la adaptación al cine «no libre, sino loca» de su magnífica novela *Todas las Almas* por los bautizados como Q&Q¹⁰.

Mientras pergeñaba esta crónica, leía las feroces acusaciones procedentes de redes sociales contra la obra creada con propósito publicitario (que no de ser expuesta y comercializada de otro modo) por Kith en colaboración con las empresas Asics y Marvel para celebrar el aniversario 60 de la franquicia *X-men*, reprobando que la apilación en una esquina de zapatillas de deporte de diversos colores (nuevas versiones de la Gel-Lyte III) constituía una burda réplica de una serie de obras de Félix González-Torres, y más concretamente, sobre aquella que, a partir de una pila de caramelos, rememoraba a su recién perdido amor (*Portrait of Ross in LA*, 1991). Hasta donde llegan mis lecturas y experiencia, mientras que González-Torres invitaba al público a llevarse y degustar los dulces (que luego habrían de reponerse para que se siguiera disfrutando de esta obra al tiempo efímera y eternamente reconstruida), aquí nadie fue instado a llevarse –ni que se sepa, a ingerir– zapatillas. ¿Y qué, si así lo hubiera sido? (me refiero a la gesta, que no a la ingesta). González-Torres se mantendrá como un artista icónico. Y la pila de zapatillas, pues bueno, quién sabe, pero lo más seguro es que no perdure en el tiempo ni en la memoria más allá del propósito de la campaña a la que sirvió. Y de todos

-
10. Javier MARÍAS, «El novelista va al cine», *El País*, 3 de noviembre de 1996: «(...) como adaptación, más que libre era loca (...) yo estaba convencido de que los artistas trataban bien a sus fuentes de inspiración». El escritor se lamentaba, en concreto, de la versión que se llevó a las pantallas bajo el título *El último viaje de Robert Rylands*, dirigida por Elías Querejeta y su hija, Gracia Querejeta. Se da la circunstancia de que Marías, según se cuenta, había colaborado en un primer estadio para la producción del guion, pero abandonó pronto el proyecto por desavenencias varias con aquellos. Respecto del resultado final, en mi opinión, más vale quedarse solo con la extraordinaria –y por momentos hilarante– novela.

modos, quién nos iba a decir que la subasta de zapatillas de deportistas de élite iba a alcanzar cifras millonarias; cuanto más usadas, mejor.

...No sé yo...*It's a Mad, Mad, Mad, Mad World* (Stanley Kramer, 1963).

La decisión del Tribunal Supremo americano en el caso *Goldsmith c. Warhol* ha pillado con el pie cambiado a una buena parte de los agentes que controlan el mercado del arte. Y ello, por cuanto propone un cambio de paradigma en la aplicación de la doctrina del *fair use*, que ya no gira en torno al mérito artístico de la obra transformativa, sino a si la misma se concibe o no con propósito comercial. Voces críticas señalan que este posicionamiento vulnera la esencia de la normativa en materia de Derecho de autor, que no es tanto la protección individual de todos y cada uno de los artistas, sino la de fomentar que existan incentivos para la actividad creativa en su conjunto, siempre en beneficio, en último término, del público y la cultura¹¹.

Es todavía incierto cuál será el comportamiento a futuro de los artistas que pretendan utilizar material protegido preexistente para el desarrollo de sus propios planteamientos. Puede que el pronunciamiento *Goldsmith c. Warhol* inhiba en alguna medida o conduzca a comportamientos más prudentes. En el momento en el que Joel Wachs, presidente de la AWFVA, conoció la sentencia, emitió un comunicado en el que se manifestaba que la institución se mantendría en el fomento de obras transformativas al amparo de la primera enmienda de la Constitución estadounidense y de su Copyright Act. Que así sea.

11. Entre otros, Chloe VELTMAN, *Supreme Court sides against Andy Warhol Foundation in copyright infringement*, npr, 18 de mayo de 2023; Amy ADLER, *The Supreme Court's Warhol Decision Just Changed the Future of Art*, AA, 26 de mayo de 2023.

Los derechos de autor de las obras empleadas para el entrenamiento de las herramientas de inteligencia artificial generativa

SANTIAGO FERNÁNDEZ TOURNÉ
Abogado de Uría Menéndez

*«Imagine un mundo en el que las barreras lingüísticas se evaporen y la gente pueda comunicarse a la perfección en tiempo real; en el que los gobiernos, el sector privado y la sociedad civil puedan reunirse para encontrar soluciones a los retos del cambio climático antes de que sea demasiado tarde; un mundo en el que puedan desarrollarse vacunas antes de que una pandemia se apodere de la humanidad. Todo esto –y mucho más– es posible con el poder de la inteligencia artificial. Y todas estas oportunidades podrían desaprovecharse si el delicado equilibrio entre los derechos de autor, la innovación y la competencia no se aborda de la forma adecuada».*¹

Con esta declaración comienza la empresa Meta su toma de posición ante la *US Copyright Office* a propósito del proceso de participación pública sobre inteligencia artificial y derechos de autor. Este proceso, convocado el 30 de agosto de 2023 y abierto hasta el 30 de noviembre del mismo año, pretende recopilar las opiniones fundadas sobre las principales cuestiones no resueltas

-
1. Texto original en inglés: *«Imagine a world where language barriers evaporate and people can communicate seamlessly in real time; where governments, the private sector, and civil society can come together to find solutions to the challenges of climate change before it's too late; where vaccines can be developed and deployed before a pandemic takes grip of humanity. All of this-and so much more-is possible with the power of AI. And all of these opportunities could be squandered if the delicate balance between copyright, and innovation and competition is miscalibrated».*

en este ámbito². Uno de los puntos abiertos a discusión es la afectación a los derechos de autor de los creadores cuyas obras se emplean para el entrenamiento de las herramientas de inteligencia artificial generativa. La respuesta de las grandes compañías tecnológicas, como Microsoft, Google o la propia Meta, deja entrever su preocupación por la viabilidad de las herramientas de inteligencia artificial generativa si se ven obligadas a pagar por el uso de los datos empleados en el entrenamiento de sus aplicaciones³.

La cuestión no es pacífica ni tiene visos de ser resuelta de forma satisfactoria para todas las partes en un futuro próximo. No obstante, antes de abordar sus implicaciones y posibles soluciones, conviene acotar el objeto de la controversia.

La inteligencia artificial generativa es, según Microsoft, «una forma de inteligencia artificial en la que se entrena a los modelos para generar nuevo contenido original basado en la entrada del lenguaje natural»⁴. Ni siquiera esta definición será pacífica en el contexto del debate del que nos ocupamos, puesto que la originalidad del contenido producido por estos sistemas no está fuera de discusión. No obstante, nos permite hacer una distinción entre dos componentes esenciales para la cuestión: el conjunto de datos empleado para entrenar el modelo (lo que podríamos llamar el *input*), y los resultados, en principio originales, que este aporta a partir del entrenamiento recibido y de las instrucciones de los usuarios (es decir, el *output*)⁵.

El conflicto se produce entre los titulares de los derechos de autor del conjunto de imágenes, textos o cualquier otro soporte del que las herramientas de inteligencia artificial puedan extraer conjuntos de datos para su entrenamiento, y quienes promueven el desarrollo de este tipo de herramientas y entienden que tal entrenamiento no es objeto de protección por el derecho de autor.

2. Las aportaciones, que ascienden a más de 10.000, de las personas físicas y las empresas que han contribuido en el proceso participativo son accesibles al público en el buscador del Gobierno de Estados Unidos: <https://www.regulations.gov/docket/COLC-2023-0006/comments>.
3. «Firms like Meta and A16z admit having to pay billions for training data would ruin their generative-AI plans as they fight new copyright rules», *Business Insider*, 3 de noviembre de 2023 (Kali Hays). Disponible en: <https://www.businessinsider.com/generative-ai-copyright-meta-google-openai-a16z-microsoft>.
4. Definición de *inteligencia artificial generativa* según el sitio web de Microsoft. Disponible en: <https://learn.microsoft.com/es-es/training/paths/introduction-generative-ai/>.
5. Por ejemplo, para el caso de la plataforma DALL-E, que genera imágenes a partir de premisas de texto introducidas por sus usuarios, y admite, entre otras posibilidades, instrucciones relacionadas con un determinado estilo creativo, el conjunto de datos que identificamos como *input* son las imágenes utilizadas para entrenar a DALL-E a fin de que extraiga toda la información posible de las mismas, mientras que el *output* son las diferentes creaciones, en principio originales, que la herramienta es capaz de producir.

Uno de los casos más sonados del último año en este ámbito ha sido la demanda presentada por la empresa Getty Images ante los tribunales de Reino Unido contra la plataforma Stability AI por el uso masivo de sus imágenes para entrenar su herramienta de inteligencia artificial generativa de imágenes. Según Getty Images, otros desarrolladores han obtenido licencias «para fines relacionados con el entrenamiento de sistemas de inteligencia artificial de una manera que respeta los derechos de propiedad personal e intelectual»^{6, 7}, y, en cambio, Stability IA estaría disponiendo de esas imágenes sin autorización.

Si bien una de las dificultades prácticas de los autores para hacer efectivo el respeto de sus derechos de autor es, en efecto, la prueba de que sus creaciones se han utilizado para entrenar una herramienta de inteligencia artificial, Getty Images cuenta, en principio, con pruebas algo más evidentes:



Figura 1: Imagen generada en la plataforma de Stability AI, en la que consta la marca de agua propia de las imágenes de la base de datos de Getty Images.⁸

6. Comunicado de la empresa Getty Images en su página web, 17 de enero de 2023. Disponible en: <https://newsroom.gettyimages.com/en/getty-images/getty-images-statement>.
7. Según Craig Peters, CEO de Getty Images, en una entrevista el medio digital *The Verge*, el debate actual se asimila al que tuvo lugar con el nacimiento de las plataformas de música en streaming: «Creo que hay formas de construir modelos generativos que respeten la propiedad intelectual. Lo comparo con Napster y Spotify. Spotify negoció con los titulares de los derechos de propiedad intelectual (discográficas y artistas) para crear un servicio. Se puede debatir si reciben una compensación justa o no, pero es una negociación basada en los derechos de individuos y entidades. Y eso es lo que buscamos, que no sea una entidad singular la que se beneficie a costa de los demás. Ese es el objetivo a largo plazo de esta acción». Fuente: «Getty Images is suing the creators of AI art tool Stable Diffusion for scraping its content», *The Verge*, 17 de enero de 2023 (James Vicent). Disponible en <https://www.theverge.com/2023/1/17/23558516/ai-art-copyright-stable-diffusion-getty-images-lawsuit>.
8. «Getty Images sues AI Art Tool for Copyright Infringement», *EM360*, 19 de enero de 2023 (Ellis Stewart). Disponible en <https://em360tech.com/tech-article/getty-images-sues-ai-art-tool-copyright-infringement>.

Aunque todavía no se conoce la respuesta de los Tribunales ingleses a este caso en particular, la normativa vigente en Reino Unido no contempla el uso de materiales protegidos por derechos de autor para el entrenamiento de herramientas de inteligencia artificial sin autorización, salvo que se realice con fines no comerciales⁹. Por su parte, en Estados Unidos, la consulta planteada por la US Copyright Office es prueba de las dudas que suscita el marco legal vigente, *i. e.*, con carácter principal, el *Copyright Act* y la aplicación de la doctrina del *fair use* a este tipo de casos, que permitiría el uso libre de contenidos protegidos por derecho de autor.

En nuestro entorno jurídico, la respuesta a esta cuestión parte del esfuerzo armonizador de la Unión Europea, que en el año 2019 incorporó al ordenamiento jurídico europeo la conocida como «*excepción de minería de textos y datos*»¹⁰. Esta excepción, traspuesta al ordenamiento jurídico español con cierto retraso a finales de 2021¹¹, exige de autorización «*las reproducciones y extracciones de obras y otras prestaciones accesibles de forma legítima para fines de minería de textos y datos*». Sin embargo, esta excepción admite que los titulares de derechos reserven expresamente el uso de sus obras de manera adecuada (como, por ejemplo, mediante medios de lectura mecánica en el caso del contenido puesto a disposición del público en línea), lo cual reduce en gran medida la aplicación práctica de la excepción.

La misma excepción se establece respecto de «*las reproducciones y extracciones realizadas por organismos de investigación e instituciones responsables del*

9. «UK withdraws plans for broader Text and Data Mining (TDM) copyright and database right exception», *Herbert Smith Freehills*, 1 de marzo de 2023 (Rachel Montagnon & Sungmin Cho). Disponible en: <https://hsfnnotes.com/ip/2023/03/01/uk-withdraws-plans-for-broader-text-and-data-mining-tdm-copyright-and-database-right-exception/>.
10. Artículos 3 y 4 de la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (DOUE de 17 de mayo de 2019, L 130/92). La minería de textos y datos se define en la norma como «*toda técnica analítica automatizada destinada a analizar textos y datos en formato digital a fin de generar información que incluye, sin carácter exhaustivo, pautas, tendencias o correlaciones*».
11. Artículos 66 y 67 del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes (BOE núm. 263, de 3 de noviembre de 2021).

patrimonio cultural con el fin de realizar, con fines de investigación científica, minería de textos y datos de obras u otras prestaciones a las que tengan acceso lícito», en este caso sin posibilidad de reserva por los titulares de los derechos.

La excepción de minería de textos y datos ha sido criticada por limitar sus posibilidades de aplicación como consecuencia de la posibilidad de reserva por parte de los titulares de los derechos de autor. La teoría que subyace para quienes la consideran excesivamente garantista se apoya en el argumento de que las ideas no son objeto de protección por la propiedad intelectual, sino que solo se protege su expresión. Bajo esta lectura, la reproducción y extracción de datos para el entrenamiento de las aplicaciones de inteligencia artificial no sería más que la mera lectura de las ideas para la extracción de información, pero mantendría indemne el derecho de autor¹².

Ya hemos adelantado que, con independencia de la posible reserva por parte de los titulares de los derechos, la dificultad de identificar el material utilizado para el entrenamiento de las herramientas supone un importante inconveniente en la práctica para quienes pretenden hacer valer su derecho de autor. Consciente de esta limitación, el legislador europeo ha incluido en su proyecto de normativa de inteligencia artificial la obligación de las empresas que desarrollan herramientas de inteligencia artificial de publicar resúmenes de los datos protegidos por derechos de autor empleados para el entrenamiento¹³.

12. Esta postura se resume en el enunciado *the right to read should be the right to mine*, explicado en detalle en Marta NADAL CEBRIÁN, «¿Pueden los sistemas de inteligencia artificial aprender utilizando obras protegidas por derechos de propiedad intelectual sin la autorización de sus titulares? Los retos del Machine Learning en perspectiva comparada: UE, EE. UU. y Japón», *Revista de Propiedad Intelectual* (pe. i.), 2021, pp. 15-74. También: «El desarrollo de sistemas de inteligencia artificial y la posible infracción de derechos de autor», *Blog de Propiedad Intelectual y Tecnologías de Cuatrecasas*, 26 de abril de 2023 (Rafael Sánchez Aristi, María Pérez Marcilla y Josu Andoni Eguiluz). Disponible en: <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/art/el-desarrollo-de-sistemas-de-inteligencia-artificial-y-la-posible-infraccion-de-derechos-de-autor>.
13. El 9 de diciembre de 2023 se ha conocido la noticia del acuerdo en las instituciones europeas respecto del contenido del futuro Reglamento sobre Inteligencia Artificial, aunque a la fecha de esta publicación no se conoce el texto acordado completo. *Artificial intelligence act: Council and Parliament strike a deal on the first rules for AI in the world*, Consejo Europeo, 9 de diciembre de 2023. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/12/09/artificial-intelligence-act-council-and-parliament-strike-a-deal-on-the-first-worldwide-rules-for-ai/>. *Artificial Intelligence Act: deal on comprehensive rules for trustworthy AI*, Parlamento Europeo, 9 de diciembre de 2023. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20231206IPR15699/artificial-intelligence-act-deal-on-comprehensive-rules-for-trustworthy-ai>.

Comenzábamos la exposición con la posición de Meta ante la US Copyright Office, y concluimos con otra línea de defensa de una gran compañía tecnológica, en este caso, Google. El estudio de la protección por la propiedad intelectual del material empleado para el entrenamiento de las herramientas de inteligencia artificial quizás no pueda entenderse completo si no se realiza de forma conjunta con el análisis de la protección del producto generado por estas herramientas. En esa línea han puesto el foco las empresas tecnológicas, que ahora sugieren que son los usuarios de sus aplicaciones quienes serían, en todo caso, responsables de la potencial infracción de los derechos de autor¹⁴. Y lo hacen mediante el argumento de que es el usuario quien introduce la premisa para la creación de un producto y, por tanto, cualquier responsabilidad debería imputarse al usuario como parte cuya voluntad ha causado la infracción¹⁵.

En cuanto a la perspectiva regulatoria, parece que la Unión Europea aspira a asumir el liderazgo, y, a falta de conocer el texto que se someterá a aprobación por el procedimiento legislativo, la nueva norma ya suscita dudas en cuanto a si terminará propiciando el objetivo inverso al que pretende (*i. e.*, fomentar la innovación de las empresas europeas en el ámbito de la inteligencia artificial). La nueva norma, que nace con vocación de regular aplicaciones todavía no desarrolladas, puede incluso llegar a quedarse obsoleta antes de su entrada en vigor, que se prevé para dos años después de su aprobación.

-
14. «Google, OpenAI, and Microsoft are blaming users when generative-AI models show copyrighted material», *Business Insider*, 7 de noviembre de 2023 (Kali Hays). Disponible en: <https://www.businessinsider.com/google-openai-microsoft-users-responsible-ai-copyrighted-material-2023-11>.
 15. «When an AI system is prompted by a user to produce an infringing output, any resulting liability should attach to the user as the party whose volitional conduct proximately caused the infringement». Contribución de Google a la consulta convocada por el Gobierno de EEUU, 30 de octubre de 2023. Disponible a través del buscador citado en la nota al pie n.º 2.

¿Colisión entre el arte callejero y el patrimonio cultural?

Tenía que ocurrir alguna vez: un artista anónimo fijó su obra de arte en un edificio histórico¹

JUAN JAVIER NEGRI

Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados



La pared del Palacio Arzobispal con la bailaora flamenca

1. La presente nota apareció originariamente en el boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 24 de octubre de 2023. El boletín *Dos Minutos de Doctrina* es publicado en línea por el Estudio Negri & Pueyrredón Abogados (<https://www.negri.com.ar/publicaciones/>). La nota se publica aquí por cortesía del Estudio y del propio autor, D. Juan Javier Negri, a quien agradecemos la deferencia (N. del E.).

Los hechos ocurrieron en Málaga (España): en 2017 un artista callejero (oculto tras el seudónimo Invader hasta que debió identificarse como consecuencia del caso que describiremos) instaló quince mosaicos formados por pequeñas teselas de cerámica adheridas con cemento sobre las paredes de varios edificios históricos de esa ciudad durante una celebración denominada «La noche en blanco».

Los propietarios de algunos de esos inmuebles no tomaron bien la cosa e iniciaron una demanda penal contra quienes consideraron responsables de delitos contra el patrimonio.

La cuestión tuvo bastante repercusión en los medios de prensa.²

Todo comenzó cuando Fernando Francés, secretario de Innovación Cultural y Museos de la Junta de Andalucía (y, en el ámbito privado, director del Centro de Arte Contemporáneo de Málaga) contactó a Invader para que éste expusiera sus trabajos en esa ciudad.

El artista venía precedido de una carrera interesante, pues ya había «invadido» varias ciudades europeas –sobre todo París–, adhiriendo mosaicos (formados por entre veinte y cincuenta piezas cada uno) a las paredes de algunos edificios.

Según explicaron algunos medios ya citados, «Como [el inglés] Banksy, [Invader] eligió no ser identificado. Así, desde 1998 desarrolla sus proyectos a gran escala y visita sus exposiciones en espacios de arte sin que los visitantes lo reconozcan. Se trata [...] de liberar al arte de los habituales alienadores que pueden ser los museos o las instituciones [...]. La invasión es su estilo». De allí el seudónimo Invader («invasor»).

Ante las denuncias de los vecinos (entre ellos el arzobispado de Málaga, que vio las paredes del palacio arzobispal –un sitio de interés histórico– adornadas con un mosaico que representaba una *bailaora* de flamenco), la fiscalía solicitó al juez que aplicara una multa de 36.000 euros a los responsables y los obligara a reparar los daños sufridos por los inmuebles.

Ese rechazo a las formalidades (incluyendo la obtención de permisos de los propietarios de los inmuebles afectados) es habitual en muchos artistas

2. M. MAZZEI, «Una de videojuegos, invasores y mentirosos», *Revista Ñ*, XXI:1047, 21 octubre 2023; N. SÁNCHEZ, «La invasión de Málaga por las figuras pixeladas del artista Invader llega a juicio», *El País*, 12 de julio de 2023; «The Prosecutor's office asks to fine Fernando Francés and Invader for damaging the artistic heritage in Málaga», *Spain's News*, en <https://spainsnews.com>.

callejeros. Su arte está «cerca de la afirmación de identidad y la desobediencia y lejos de las instituciones».³

Uno de los acusados fue el mencionado Fernando Francés, considerado el autor intelectual de la *invasión*. En su defensa, dijo haber invitado a Invader (de quien dijo desconocer su verdadera identidad) a montar una muestra de sus obras, pero que ésta nunca se llevó a cabo y que la instalación de los mosaicos sobre los edificios históricos había sido una decisión espontánea del artista, con quien él no había tenido mayores contactos. Más aun, aseguró que no se habían utilizado fondos públicos para ello.

Francés dijo textualmente que él «*ni sabía lo que [Invader] iba a hacer, ni dónde, ni cómo ni cuándo, qué... ¡no tenía ningún conocimiento! Y por supuesto no financiamos nada*». Pero más allá de sus explicaciones, Francés fue obligado a renunciar a la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía, en medio de una tormenta política por la incompatibilidad entre ese cargo y sus negocios privados.

El otro acusado fue el propio Invader. La causa penal se vio demorada a raíz de la necesidad de investigar quién se ocultaba tras ese seudónimo y de notificarle la demanda apropiadamente.

Una vez que el artista fue identificado (resultó ser el ciudadano francés Frank Anthony Slama) y notificado, reconoció ser el autor de los mosaicos, pero sostuvo no ser el responsable de los daños «*pues quienes lo contrataron le dijeron que estaban todas las autorizaciones en orden*». Más aún: mostró mensajes intercambiados con Francés que demostraban la celebración de varias reuniones durante mayo de 2017 y que la colocación de los mosaicos había sido acordada con aquél.

La vista de la causa tuvo lugar en la Audiencia Provincial de Málaga los pasados 12 y 13 de julio, luego de seis años de investigaciones. Invader no se presentó (pues según su abogada «*debía preservar su imagen*»).

La sentencia se conoció el 11 de octubre. El Juzgado en lo Penal 8 de Málaga absolvió tanto a Invader como a Fernando Francés del delito de atentado contra el patrimonio.

Según la decisión, «*la alteración de quince fachadas del Centro Histórico de Málaga (protegido en su integridad como bien de interés cultural) no es de la sufi-*

3. Sobre el arte callejero, véase Juan Javier NEGRI, «Algunas consideraciones jurídicas en torno al arte urbano (arte callejero o *street art*)», *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 46:103 (2021-II), p. 35 y ss.

ciente entidad como para condenar a su autor [Invader] y su instigador [Fernando Francés] en vía penal». Tampoco los obligó a indemnizar a los propietarios de los edificios por el costo de retirar los mosaicos.

La sentencia negó que la colocación de los mosaicos supusiera un verdadero daño a los bienes protegidos y descartó que hubiera delito. *«No existe un deslucimiento de los inmuebles [...] que determine una pérdida de su valor, ni tampoco un deslucimiento económicamente evaluable de cierta entidad»,* subrayó.

La jueza señaló que *«el estado de conservación de varios de los inmuebles era ya de por sí tan deficiente que poco podía deslucirlos un mosaico ornamental»,* de modo que rechazó que se los hubiera degradado o se *«impidiera o distorsionara su contemplación».* Dos de ellos estaban deteriorados y fueron derruidos poco después y otros dos ya tenían *«múltiples pintadas, desconchones y paneles metálicos»* sobre sus fachadas.

«En los demás casos sí hubo un impacto visual que afectó a su estética, pero los mosaicos se colocaron en fachadas laterales, eran de pequeño tamaño y convivían con desconchones, cajas de suministro y cables varios».

La sentencia resolvió además que *«reponer las fachadas a su estado anterior tampoco supuso un excesivo daño económico: cuando el ayuntamiento dio orden de retirar los mosaicos, adheridos con una resina plástica, los propietarios gastaron entre 80 y 400 euros. El costo solo se encareció cuando algunos pretendieron conservarlos en su integridad, probablemente por el valor que pudieran alcanzar. En esos casos, aquél se disparó a casi 2000 euros».*

Para el acusado Fernando Francés, *«el caso fue una estupidez: mucho ruido y pocas nueces».* En su opinión, *«que un artista viniera a poner unos mosaicos en Málaga, tal y como está el centro de la ciudad lleno de pintadas y cables y monten esto fue una exageración».* Y concluyó con una frase polémica: *«La sentencia hace una defensa implícita de que el arte –porque hablamos de arte y no de vandalismo–, no puede ser censurado».*

Esta línea «benevolente» hacia el arte urbano no es nueva: un artista callejero italiano fue absuelto en 2016 de la acusación de vandalismo por haber pintado la fachada de un edificio en Milán no sólo porque aquella ya había sido pintada por otros artistas con anterioridad, sino porque su intervención había embellecido el lugar y el prestigio del artista era indudable.⁴

4. Cassazione Penale, Italia, sez. IV, 5 abril 2016, n. 16371.

La pregunta que surge, entonces, es si los jueces deberán convertirse en críticos, para así poder determinar qué «arte» es digno de ser preservado o qué manifestación artística debe prevalecer sobre otra.

Otra pregunta es quién debe establecer qué tipo de acción artística debe ser impulsada por instituciones públicas o sufragada con el dinero de los contribuyentes.

Error en la subasta¹. Un óleo anónimo podría ser obra de un maestro del Barroco

¿Y entonces?

JUAN JAVIER NEGRI

Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados



1. La presente nota apareció originariamente en el boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 13 de diciembre de 2022. El boletín *Dos Minutos de Doctrina* es publicado en línea por el Estudio Negri & Pueyrredón Abogados (<https://www.negri.com.ar/publicaciones/>). La nota se publica aquí por cortesía del Estudio y del propio autor, D. Juan Javier Negri, a quien agradecemos la deferencia (N. del E.).

El pasado 25 de noviembre la casa de subastas Chayette & Cheval, de París, vendió un óleo descrito en el catálogo como obra de un alumno anónimo del famoso pintor boloñés Guido Reni (1575-1642).

Se trata de *Moisés*, un retrato de ese profeta del Antiguo Testamento con sus manos elevadas al cielo, como si estuviera en oración.

Ésa es, seguramente, la misma posición que debe haber adoptado el comprador para rogar al cielo que se confirmen sus suposiciones de que el anónimo es, en realidad, una obra del también italiano Francesco Barbieri, conocido como *Il Guercino* (1591-1666).

Si bien el catálogo de la subasta estimaba que el valor del anónimo podía oscilar entre 5000 y 6000 euros, la obra terminó vendiéndose en casi 600.000². Si la paternidad del Guercino se confirmara, una futura venta podría decuplicar esa cifra.

El catálogo hizo mención a que Guercino podía ser el autor del óleo en cuestión, dado que en 2001 una copia del *Moisés*, pero identificada como obra de Benedetto Zalone, discípulo de aquél, había sido ofrecida en venta en Venecia (pero no se vendió).

No sólo eso: el catálogo de Chayette & Cheval también mencionó cierta semejanza entre el *Moisés* anónimo vendido el 25 de noviembre con *Cabeza de anciano*, un óleo conservado en Oxford (Inglaterra) y de cuya autoría por Guercino no hay dudas.

Pero, no obstante esos elementos, Chayette & Cheval lo ofreció como anónimo y a un valor bajo. El comprador (cuya identidad se desconoce) debe tener, como dijimos, los brazos alzados al cielo como Moisés en el óleo esperando que su intuición acerca de la paternidad de la obra sea confirmada por los expertos.

A pesar de haber pagado varias veces el estimado, si, como dijimos, el óleo fuera declarado formalmente como obra del Guercino su precio podría alcanzar varios millones de dólares: el valor más alto pagado por una obra de ese artista fue de casi ocho millones de esa moneda en 2010.

Cuando los periodistas pidieron explicaciones a la casa de subastas acerca del porqué de semejante diferencia entre el precio estimado y el que se

2. Ver, entre otros, Angela DAVIC, «Moses painting estimated at \$ 6,000 sold for more than \$ 600,000», *The Collector*, 30 de noviembre de 2022.

terminó pagando por la obra, obtuvieron una respuesta curiosa: «*Esa diferencia es resultado de nuestro trabajo*».

A simple vista, suena como una respuesta *defensiva*, de alguien que teme algún futuro pedido de explicaciones formulado en un tono algo más enérgico. Por ejemplo, por quien consignó la obra a la casa de subastas: ¿no tendrá acaso razones para sospechar que la obra fue mal catalogada y que por eso se vendió barata?

Los hechos descriptos podrían dar lugar a varias disputas legales. Una, como señalamos, podría ser la del consignatario de la obra contra la casa de subastas, quejándose de que ésta se equivocó al no ofrecerla como un Guercino desde el comienzo.

¿Qué dirían los jueces ante un reclamo semejante? Eso dependerá de varios factores. El más importante, seguramente, será el contrato entre la casa de subastas y su cliente.

En él, casi con certeza, debe existir una estipulación que establezca la exoneración de responsabilidad de la casa de subastas en los casos de errores en la atribución de obras de arte.

Pero también es cierto que, por más que la cláusula esté muy bien redactada, será muy difícil que libere a la casa de subastas de toda responsabilidad *en el caso de dolo o culpa grave*. Más allá de lo que muchas veces digan los contratos, es difícil (si no imposible) que las leyes eximan de responsabilidad a quien incumplió torpemente con sus obligaciones o a quien actuó dolosamente.

Claro que probar la torpeza o el dolo no es sencillo.

La cuestión «tiene su miga». Aunque la diferencia parezca tenue o sutil, una cosa es la atribución de una obra de arte a un determinado artista (esto es, la identificación de quién es «el padre» o autor de la obra) y otra, distinta, es si esa obra es o no auténtica.

En el caso del *Moisés* lo que se discutió no fue si la obra era o no auténtica (para lo cual primero es necesario establecer quién es su autor), sino si se la podía adjudicar al Guercino.

Un ejemplo puede ayudar a entender mejor esa diferencia: las características de una obra de arte pueden no dejar lugar a dudas acerca de quién es (o pudo haber sido) su autor. La firma, por caso. Pero algo distinto es establecer si ese artista fue el verdadero autor de la obra. Esto es consecuen-

cia de que no es lo mismo *un error en la atribución* que *un error acerca de la autenticidad* de una obra.

¿Tiene consecuencias esa distinción que, como dijimos, aparece como tenue? A veces sí. Porque existen artistas (sobre todo contemporáneos) cuya producción es íntegramente conocida, *lo que no impide que sean falsificados*. Además, los incautos abundan.

Un juez podría tomar en cuenta la conducta de una casa de subastas ante esta dicotomía entre atribución y autenticidad para establecer el grado de diligencia demostrado en el cumplimiento de sus obligaciones. Y, otra vez, si se demostrara que, a pesar de lo que diga el contrato, la casa de subastas actuó con severa negligencia, de nada servirán las cláusulas de exención de responsabilidad.

Además, la conducta de las partes de un contrato se mide en función de su naturaleza, idoneidad y capacidad. No es lo mismo adquirir una pintura a una viuda que se desprende de sus pertenencias que comprarla al *marchand* más importante de Buenos Aires.

Por eso, la culpa o negligencia es un estándar variable. Básicamente, consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

Por lo general, el error (sujeto a ciertas condiciones) puede dar lugar a la nulidad de un contrato. En el caso del *Moisés*, quien lo entregó a la casa de subastas pensando que era un anónimo podría alegar que, al demostrarse luego que, en realidad, era un Guercino, su error convierte al contrato en nulo.

El planteo parece bastante lineal; sin embargo, ¿no está acaso ese vendedor alegando su propia torpeza? ¿No debió haber aplicado la diligencia debida según las circunstancias del caso?

Además, por lo general el plazo para alegar el error es breve y comienza a contarse desde que se lo descubrió *o debió haber sido descubierto*.

Otra característica de una obra de arte (además de la atribución y la autenticidad) es su proveniencia. Así como la atribución o la paternidad pueden aparecer como datos subjetivos, éste, en cambio, es objetivo.

La proveniencia se refiere al origen y antecedentes de la obra de arte. Si bien las reglas de casi todos los códigos civiles del mundo establecen que en materia de bienes muebles no registrables la mera posesión es prueba de la titularidad sobre ese bien, en materia de obras de arte el conocimiento acerca de quiénes fueron los propietarios anteriores es de enorme importancia.

En efecto, es tal la cantidad de obras de arte falsificadas o robadas que proporcionar al comprador la certeza acerca de la identidad del o de los propietarios anteriores es vital.

No sólo porque ello puede añadir al prestigio de una determinada obra de arte, sino porque evita futuros reclamos de propietarios anteriores que quizás fueron desposeídos de esa obra por causa de un robo o con motivo de persecuciones raciales o religiosas.

La proveniencia es un dato objetivo porque resulta mucho más sencillo de acreditar que la autenticidad o paternidad de una obra de arte ejecutada uno o varios siglos atrás.

Los hechos que rodean al *Moisés* podrían dar lugar también a cuestiones planteadas por el comprador. ¿Podría éste quejarse de que finalmente la obra no es atribuida al Guercino?

No es el caso de ese artista, pero hay muchos otros cuya autenticidad es certificada por asociaciones u organismos que se atribuyen la potestad de ser los únicos capacitados para hacerlo. En algunos otros casos esa potestad les es otorgada por ley.

Esta especie de «monopolio» ha sido objetada muchas veces, y existen casos (como el de Andy Warhol) cuyos derechohabientes han desistido de su papel de ser los únicos legitimados para certificar su obra ante los numerosos cuestionamientos acerca de errores al emitir certificaciones.

Pero en el caso del Guercino, casi con certeza que el documento de venta entre la casa de subastas y el comprador no contiene garantía alguna por parte del vendedor que pueda dar lugar a un reclamo por parte del adquirente. Por lo que sabemos, el catálogo no *aseguraba* que el Guercino fuera el autor.

La adquisición de ciertas obras de arte, además, pueden generar cuestiones referidas al valor o importancia que ellas puedan tener para el patrimonio cultural de un país. En efecto, más allá de su precio, muchas obras de arte tienen valor histórico o de testimonio cultural y, por esas razones, su traslado fuera de los límites geográficos de su país de origen (o del país donde son adquiridas) puede dar lugar a cuestiones espinosas.

El Filosofito, que nos lee en borrador, acota, con tono admonitorio: «*Sólo falta decir que, antes de comprar una obra de arte, debe consultar con su abogado*».

Depende. Otra vez: *se trata de un estándar variable*.

La prohibición de reventa de las obras de arte¹

¿Se puede impedir la reventa de las obras de arte?

JUAN JAVIER NEGRI

Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados

Una nota aparecida en un medio especializado algunos días atrás² hace referencia a la validez y ejecutabilidad de una cláusula de reciente incorporación a los contratos de compraventa de obras de arte: la prohibición de reventa.

Vale la pena analizar la cuestión.

En términos generales, la cláusula en cuestión –que en los mercados de arte más importantes del mundo se habría «puesto de moda» en los últimos años– impone restricciones al comprador de una obra de arte, impidiéndole revenderla dentro de un plazo determinado o estableciendo condiciones para que la obra pueda ser revendida.

-
1. La presente nota apareció originariamente en el boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 23 de junio de 2023. El boletín *Dos Minutos de Doctrina* es publicado en línea por el Estudio Negri & Pueyrredón Abogados (<https://www.negri.com.ar/publicaciones/>). La nota se publica aquí por cortesía del Estudio y del propio autor, D. Juan Javier Negri, a quien agradecemos la deferencia (N. del E.).
 2. Anna BRADY, «Resale rules have become the art world rule», *The Art Newspaper*, 13 de junio de 2023.

Nos apresuramos a aclarar que el efecto y la validez de esas cláusulas (de no vender o de vender bajo ciertas condiciones) no son los mismos en todos los casos.

Según se menciona en el artículo citado, muchas casas de subastas descubren la existencia de una cláusula que restringe la venta de algunas obras de arte entregadas en consignación cuando un galerista o un artista se contactan para llamarles la atención sobre la vigencia de la restricción, *una vez que la subasta ha sido publicitada*.

Según parece, el propósito de esas disposiciones contractuales es evitar especulaciones sobre la obra de artistas jóvenes que pueden ver afectada su reputación (y el valor de su obra) si los precios se vieran sujetos a bruscas oscilaciones.

En la nota mencionada, como dijimos, se plantean varias hipótesis: desde la prohibición de venta por un plazo determinado a la imposición de condiciones para la reventa. Algunas de las personas citadas allí –incluyendo abogados estadounidenses– se manifiestan a favor de la validez de todas esas cláusulas. En algún caso, *porque aún no han sido cuestionadas*. En nuestra opinión, un argumento endeble.

Con alguna ligereza, algunos de los profesionales citados se han permitido comparar las restricciones sobre las obras de arte con las estipulaciones de un convenio prenupcial, donde los contrayentes estipulan cómo habrá de desarrollarse su futura vida en común.

Si bien nuestro mercado del arte no tiene ni la profundidad ni las dimensiones de otros, ¿qué puede decirse acerca de estas restricciones desde el punto de vista del derecho argentino?

En primer lugar, debe recordarse que, como regla general –incluida en el Código Civil y Comercial–, nadie puede transferir a otro un derecho mejor o más extenso que el que ya tiene.

Por lo tanto, si una restricción fuera válidamente impuesta al comprador de una obra de arte, por el hecho de revenderla el nuevo adquirente no quedaría liberado de su cumplimiento.

Debe recordarse que, en materia de obras de arte, hay algunas cuya compraventa está prohibida (como es el caso de los objetos precolombinos o aquellas piezas consideradas parte del patrimonio cultural del país).

Además, debe tenerse en cuenta que la compraventa de una obra de arte no afecta la subsistencia de los derechos que el artista tiene sobre ella durante el período legal (generalmente de setenta años) en el que aquella permanece bajo el dominio privado. Esos derechos generalmente se vinculan con la propiedad intelectual que el artista tiene sobre su obra (como el derecho sobre la imagen) y que no se transmiten como consecuencia de la venta del soporte físico de la obra.

Según la ley, los contratos de compraventa pueden estar sujetos a ciertas modalidades. Ellas son (a) el pacto de retroventa, por el cual el vendedor puede recuperar la cosa vendida devolviendo el precio (con más o menos la diferencia que se estipule); (b) el pacto de reventa, por el cual (a diferencia del caso anterior) es el comprador quien puede devolver lo comprado, lo que obliga al vendedor a restituir el precio (incrementado o disminuido según se lo estipule) y (c) el pacto de preferencia, por el cual se otorga prelación al vendedor en caso de que el comprador quiera desprenderse de lo comprado. La preferencia otorgada al vendedor *es intransferible*.

Como las obras de arte *no son bienes registrables*, las restricciones que puedan surgir de esas modalidades de la compraventa *no son oponibles a sucesivos compradores*.

¿Eso qué quiere decir? Imaginemos que Luis vende a Pedro una obra de arte con un pacto de retroventa. En condiciones normales, Luis podría recuperar la obra devolviendo el precio recibido. Pero si Pedro, antes de que Luis reaccione, vendió la obra a Miguel, éste no estará obligado a devolverla.

Algo similar ocurriría en caso de existir un pacto de reventa. Si Pedro (el comprador) tenía un pacto semejante con Luis (el vendedor) y luego vende la obra a Miguel, éste no podrá exigir a Luis que la acepte en devolución.

*Mutatis mutandis*³, lo mismo pasaría si Luis acordara un derecho de preferencia con Pedro: si éste vende la obra (en violación de la preferencia otorgada), Luis no podrá exigir nada de Miguel (pero seguramente podrá pedir una indemnización a Pedro porque violó la preferencia otorgada).

Pero más allá de estas cláusulas, bajo el derecho argentino existe una disposición legal que establece que «*en los actos a título oneroso es nula la*

3. Es decir, «cambiando lo que haya que cambiar».

cláusula de no transmitir a persona alguna el dominio de una cosa determinada». (La misma regla también establece que es nula la prohibición impuesta al comprador de no constituir derechos reales sobre la cosa vendida: sería el caso del vendedor de una obra de arte que impide al comprador entregarla en garantía de una deuda, por ejemplo).

En otras palabras, la cláusula que prohíbe revender lo comprado es nula bajo el derecho argentino. Sólo podría ser válida si se refiriera a alguna persona o personas en particular. En otras palabras, la prohibición *genérica* de vender algo *no es legal*.

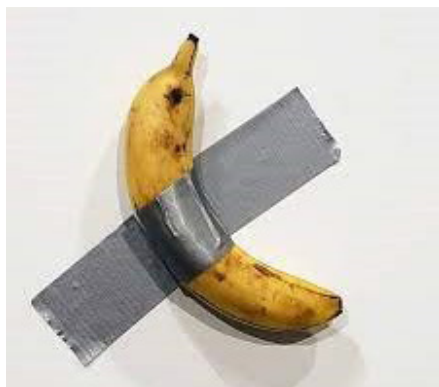
Por eso, cuando se desea imponer una prohibición de venta (como la de vender bebidas alcohólicas a menores de edad) esa restricción *debe ser aprobada por ley*.

Esa regla reconoce una excepción parcial: si en lugar de que una cosa sea vendida (venta que constituye lo que en derecho se llama «acto a título oneroso»), ella es donada (esto es, bajo un «acto a título gratuito»), puede imponerse una restricción genérica a su venta posterior, *pero por un plazo que no puede exceder los diez años*.

Por la forma en que se articulan estas normas, es claro entonces que nuestro derecho no mira con simpatía *las prohibiciones de reventa*, pues aun cuando se hagan bajo un acto a título gratuito, se les impone un plazo máximo de validez.

Según se desprende de la nota de *The Art Newspaper*, los expertos consultados hicieron referencia, como única limitación a la validez de estas cláusulas bajo el derecho anglosajón, a su posible irrazonabilidad.

Claro que la cuestión tiene matices jurídicos que un artículo periodístico no tiene por qué recoger. En el que hemos citado se menciona que en el caso de obras de arte conceptual (que pueden no consistir en un objeto físico permanente, sino sólo en instrucciones acerca de cómo «concebirlo»), la obligación de seguir esas mismas instrucciones no constituye *una restricción a los derechos del propietario*, sino en la verdadera razón de ser de la obra de arte y, jurídicamente, el objeto de la compraventa. (Dejaremos por hoy de lado la evaluación crítica acerca del valor artístico de ciertas obras de arte conceptual. Pero no es difícil imaginar qué puede pasar si quien compra *Comedian* –la obra de Maurizio Cattelan concebida en 2019 y consistente en una banana fijada a un soporte mediante una cinta adhesiva– se come la fruta en cuestión).



Acerca de la ejecutabilidad de las cláusulas que prohíben la reventa de las obras de arte (es decir, acerca de la posibilidad de que los tribunales obliguen al deudor a cumplirlas), algunos de los abogados entrevistados por *The Art Newspaper* han declarado que los tribunales ingleses aún no se han manifestado al respecto.

Además, desde el punto de vista práctico, ven difícil que una galería de arte lleve a uno de sus clientes ante la justicia para exigirle que respete la prohibición de reventa.

Como ejemplo, en el artículo se transcribe una cláusula incluida en un contrato usado por una galería londinense. El texto, redactado en términos algo informales, dice: «*por un período de cinco años, le pedimos que acepte, como cortesía hacia nuestros artistas, no enviar esta obra a subasta ni venderla sin antes ofrecer, en primer término, una primera preferencia a la galería Sadie Coles HQ en los mismos términos y condiciones en los que Ud. nos la ofrecería en buena fe*».

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, esa no constituye una prohibición de reventa, sino un *pacto de preferencia*, absolutamente legal (al menos entre nosotros), cuya ruptura daría derecho a un reclamo por violación de contrato.

En enero de 2022, un medio periodístico se hizo eco de un pleito presentado ante los tribunales estatales de la Florida, en los Estados Unidos, en el que se planteó la violación de una cláusula contractual que prohibía la reventa de una obra de arte⁴.

4. James TARMY, «A million dollar lawsuit uncovers backdoor art world contracts», *Bloomberg*, 13 de enero de 2022.

El caso habría sido cerrado apenas se filtró la noticia de su existencia.

Según comentarios periodísticos, Michael Xufu Huang, un millonario chino y fundador de un museo de arte en Beijing, compró en 700.000 dólares una pintura de la artista Cecily Brown llamada *Faeriefeller*, exhibida por la Galería Paula Cooper durante la feria Art Basel en Miami Beach en diciembre de 2019.

Según se explicó en la demanda, Huang hizo la compra a pedido de un coleccionista argentino. Como *Faeriefeller* era ofrecida sólo a un reducido número de posibles compradores y nuestro compatriota no estaba incluido en el grupo, éste contrató a Huang para que la comprara, argumentando que lo hacía para incluirla en su propia colección.

El contrato entre ambos contemplaba que el argentino pagaría a Huang una comisión del 10 % más los gastos de viaje desde China a Miami. En consecuencia, el coleccionista chino viajó a Miami, fue a la feria «*con el único y exclusivo propósito de adquirir la obra de Brown*» y, efectivamente, la compró.

Pero... el contrato entre Huang y la galería contenía una cláusula que prohibía la reventa de la obra. En caso de violación de la cláusula, Huang debería pagar una multa equivalente a la diferencia entre el precio pagado y el valor que una obra similar del mismo artista pudiera alcanzar en una subasta. (Mala redacción: no hay una obra de arte *similar* a otra).

Apenas se hizo de *Faeriefeller* (contra el pago de 770.000 dólares –el precio de venta más la comisión a su agente–), el coleccionista argentino la revendió. No habría ocurrido nada si el nuevo comprador (otra galería de arte llamada Lévy Gorvy –ahora LGDR– con sede en Nueva York) no hubiera publicitado su adquisición.

Enterada de la violación de la prohibición de reventa, la Galería Paula Cooper reclamó a Huang el pago de la multa, que estimó en alrededor de un millón de dólares. *Pero se limitó a efectuar un reclamo extrajudicial*. La ausencia de una demanda formal aparentemente se debió a las dudas acerca de cuál podría ser la decisión judicial sobre el asunto.

Huang inmediatamente demandó al coleccionista argentino por daño moral. (Nuestro compatriota no había sido parte del contrato con la Galería Paula Cooper, por lo que no se le podía imputar una violación contractual).

Según los informes periodísticos, Huang acordó con la galería pagar una multa superior al 10 % de comisión que había ganado con la operación.

Las mismas fuentes indican que Huang también llegó a un acuerdo con su mandante, el coleccionista argentino. La motivación para ello habría sido que la prueba a producir durante el desarrollo del pleito habría demostrado la existencia de un circuito de comercialización de obras de arte paralelo al desarrollado formalmente durante la feria Art Basel, lo que pondría incómodos a todos los afectados.

De todos modos, de los informes periodísticos no resulta del todo claro si el contrato entre Huang y la galería contemplaba una prohibición absoluta de reventa o, por el contrario, consistía sólo en un pacto de preferencia.

Que, como sabemos, y al menos entre nosotros, no es lo mismo.

Las obligaciones del marchand o «el caso de la Condesa de Wemyss» (parte I)¹

¿A qué precio ofrecer una obra de arte?

JUAN JAVIER NEGRI

Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados



1. La presente nota apareció originariamente en el boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 21 de marzo de 2023. El boletín *Dos Minutos de Doctrina* es publicado en línea por el Estudio Negri & Pueyrredón Abogados (<https://www.negri.com.ar/publicaciones/>). La nota se publica aquí por cortesía del Estudio y del propio autor, D. Juan Javier Negri, a quien agradecemos la deferencia (N. del E.).

Hacia 1715, la familia Charteris, condes de Wemyss and March, compró una obra del francés Jean-Baptiste-Siméon Chardin (1699-1779)² llamada *La bendición de la mesa* («La bénédicité») y la mantuvo en su poder como parte de su colección de obras de arte que se exhibe en Gosford House, su mansión en East Lothian, Escocia, en una propiedad de dos mil hectáreas.

Cuando en 2008 murió el duodécimo conde de Wemyss, su hijo James (heredero del título) y su nuera Amanda Feilding decidieron poner en venta algunas obras de arte ante la necesidad de efectuar algunas reparaciones urgentes en esa residencia y de hacer frente a ciertos pagos en efectivo dispuestos por el difunto en su testamento.

La más valiosa de las obras a vender era *La bendición de la mesa*. Para ello, la Condesa (en su carácter de titular del fideicomiso que administra Gosford House) contrató a Simon Dickinson, un conocido *marchand* que actuaba a través de una sociedad denominada Simon C. Dickinson Limited.

En julio de 2014 la obra de Chardin se vendió a un *marchand* sueco, Verner Amell, en poco más de un millón de libras esterlinas.

Pero... menos de seis meses después, en enero de 2015, Amell la revendió en casi siete millones de libras, describiéndola como «*un gran redescubrimiento*». En efecto, dijo Amell, «*lejos de ser una copia hecha en el taller de Chardin, la pintura es en realidad una obra maestra de ese artista. Un barniz oscurecido por el paso de los siglos ocultaba su gran calidad e incluso hasta la propia firma del artista. Por eso, cuando la obra era mencionada por los expertos, era descrita como una copia o un producto de baja calidad del taller de Chardin*».

El comprador final fue Michel David-Weill, quien habría pagado siete millones y medio de dólares en efectivo y entregado en canje una pintura de Watteau. Por razones poco claras, se dijo que el precio total de compra fue de diez millones y medio de dólares.

La Condesa demandó a la empresa de Dickinson ante los tribunales ingleses³, acusándola de negligencia en el cumplimiento del mandato de venta, «*por haber omitido aplicar el cuidado y la atención esperables de un vendedor*».

-
2. Chardin es conocido por sus escenas domésticas. En 1728 fue nombrado miembro de la Academia Real de Pintura y Escultura de Francia. A partir de 1737 exhibió sus obras en la bienal oficial de la Academia de Bellas Artes en el Louvre, bajo patrocinio real. Durante su vida fue reconocido como un pintor sobresaliente.
 3. In re «Amanda Claire Marian Feilding Count of Wemyss and March & Anor v. Simon C. Dickinson Ltd.», [2022] England and Wales High Court, (Ch), caso BL 2020-000962;

profesional de obras de arte razonablemente competente» y, en consecuencia, de haberla malvendido.

Según la Condesa, Mr. Dickinson decidió, equivocadamente, que *La bendición de la mesa* no podía ser considerada por entero como obra autógrafa de Chardin; es decir, que partes de la pintura eran atribuibles a terceros. En consecuencia, al ponerla en venta como «obra de Chardin y su taller» en lugar de «por Chardin» (lo que no habría dado lugar a dudas acerca de su autoría y paternidad) se obtuvo un precio más bajo.

La Condesa también señaló que Dickinson, sin tener instrucciones expresas al respecto, omitió consultar a Pierre Rosenberg, el mayor experto en Chardin y autor de su catálogo razonado, lo que le habría permitido identificar la obra adecuadamente⁴.

Además, la Condesa sostuvo que, al haber sido adquirida por otro *marchand*, Dickinson debería haberse dado cuenta de que la obra estaba mal catalogada.

El juez resumió los hechos con precisión: «*El demandado es acusado de haber vendido la pintura por 1.15 millones de libras. Las partes están de acuerdo en que, si fuera una simple copia, se habría vendido por una fracción de ese valor, pero que si hubiera sido una obra autógrafa ese valor se habría visto multiplicado. La cuestión que origina este pleito es que, luego de haber sido vendida en 1.15 millones, la obra fue revendida a un conocido coleccionista por diez millones y medio de libras. Debo resolver, por consiguiente, si el demandado, como agente de los propietarios de la obra fue negligente o si violó sus obligaciones al venderla sólo por 1.15 millones.*».

Para resolver, el juez creyó necesario explicar y usar cuidadosamente la terminología técnica. Por eso aclaró que la expresión «obra autógrafa» se aplica a toda pintura que es obra de la mano del artista identificado como su autor. Según las pruebas producidas, cuando se pintó *La bendición de la mesa* «no existía pintura alguna que hubiera sido tocada sólo por la mano del artista: más o menos, todas requerían la intervención de aprendices. [Por eso] una obra se considera 'autégrafa' sólo cuando el trabajo de éstos no es evidente. Una pintura semejante es directamente atribuida al artista. En este caso, la obra sería 'de Chardin'. Esto lleva a preguntarse qué ocurre cuando la obra en cuestión

2 de diciembre de 2022; citado como [2022] EWHC 3091 (Ch), [2023] PNLR 7; www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2022/3091.html.

4. Sobre los catálogos razonados, véase, entre otros, «Arte y derecho: el difícil caso de los catálogos razonados», *Dos Minutos de Doctrina*, XVIII:901, 13 de octubre de 2020.

es de la mano del artista, pero el trabajo de sus aprendices es evidente. [Algunos peritos] intentan diferenciar estas situaciones identificando las obras como “total o parcialmente autógrafas”. [Otros] sostienen que la única diferencia que existe es entre “obra autógrafa” o “no autógrafa”». El juez se manifestó a favor de la primera posición.

La demanda fue rechazada.

El juez dejó en claro que Chardin *«parecía haber ejecutado sus obras de un modo que parecía calculado para confundir a sus futuros compradores»*. Según las pericias de varios expertos, Chardin pintaba varias réplicas de sus obras. No sólo eso: permitía que sus ayudantes copiaran sus obras y a las que a menudo añadía su firma!

En el caso de *La bendición de la mesa*, la pintura que provocó el pleito era la cuarta con el mismo motivo. Una de ellas está en el Louvre y otra en el Hermitage de San Petersburgo.

Una de las razones de Chardin para replicar sus obras, explicó el juez, era que bajo las reglas de las bienales de arte en el Louvre, no se podía mostrar una misma pintura dos veces. Pero al producir versiones distintas de una misma obra, se podía burlar esa regla. Además, los compradores de pintura de esa época no exigían originalidad absoluta en las obras que adquirirían, por lo que varias copias de una misma obra podían ser vendidas a distintos compradores.

Además, para aumentar su producción, numerosos artistas contrataban aprendices para trabajar en su atelier y Chardin no fue una excepción. Éstos realizaban tareas elementales, como preparar la tela sobre la que luego se ejecutaría la obra, para que después el maestro le diera los toques finales. *«Cada atelier era diferente»*, dijo el juez, *«y nada se sabe con certeza acerca de cómo Chardin trabajaba en el suyo»*.

El juez destacó que *«Chardin era un pintor popular y existen numerosas copias de sus trabajos. Los peritos señalan que aunque en la actualidad hay sólo 204 obras originales, durante el S. XIX se vendieron en París 436 pinturas de Chardin. Claramente existía una floreciente producción de Chardin, más allá de las que él mismo reproducía»*.

El magistrado explicó también que, para complicar aún más las cosas, el catálogo razonado de Rosenberg sobre la obra de Chardin la clasificaba de un modo «anómalo», al describirla como «copia retocada». Esto, en otras palabras, quería decir que la obra era una copia hecha en el taller del artista (aunque no necesariamente por Chardin) y luego retocada por éste. Pero

el juez aclaró que *«no existía unanimidad acerca del significado o alcance de esa frase ni tampoco ningún caso en el que se hubiera vendido una obra de Chardin con esa descripción»*.

El magistrado dejó en claro que *«el tribunal no debía decidir acerca de la autenticidad de la obra o del significado de las palabras ‘copia retocada’ en el siglo XVIII, sino sólo determinar el precio que la obra podría haber alcanzado si hubiera sido vendida de otra manera en 2014. La respuesta dependerá en gran medida del significado que el mercado da hoy en día a la expresión usada en el catálogo de Rosenberg»*.

Sobre esa base, el juez determinó que Dickinson no había sido negligente al decidir que la obra debía ser ofrecida como «copia retocada» y no como autógrafa (es decir, de la mano del artista). El juez reconoció que *«la clave de este asunto pasaba por la opinión que el propio Dickinson tenía acerca de la pintura»* y que éste estaba convencido de que esa obra *«no podía ser vendida como original de Chardin»*. Además, después de todo, la descripción de Dickinson no era caprichosa, ya que coincidía con la dada por Rosenberg.

Para el juez, fue razonable que *«la combinación de fortalezas y debilidades de la pintura»* hicieran que Dickinson decidiera ofrecerla a la venta como «obra de Chardin y su taller» antes que como un Chardin autógrafa y que su valor oscilara en alrededor de un millón de libras. *«Por lo tanto, cuando recibió una oferta por ese monto no encontró razón alguna para rechazarla»*.

El juez también encontró razonable que Dickinson pensara que, de ofrecer la pintura como un Chardin autógrafa, algún interesado, *«alertado por la referencia a ‘copia retocada’ contenida en el catálogo razonado, consultara a Rosenberg y que éste reiterara sus dudas. Ello habría hecho caer el precio a una fracción de su valuación»*.

También se demostró que Dickinson viajó al Louvre para inspeccionar la versión de *La bendición de la mesa* exhibida allí y cerciorarse de la autoría y la calidad de la obra que debía vender.

Por lo tanto, el juez no encontró evidencia de negligencia alguna por parte del agente. También decidió que Dickinson tampoco fue negligente al no consultar a Rosenberg (el autor del catálogo razonado), pues eso podría haber constituido algo así como «jugar a la ruleta». En efecto, el resultado podría haber sido absolutamente aleatorio: si Rosenberg hubiera confirmado su opinión de que la pintura era, en realidad, obra de aprendices y no de la mano de Chardin, su precio habría sido aún más bajo. También era cierto que podría haber ocurrido lo contrario. *Pero haber omitido la consulta no podía ser tildado de negligente*.

En cuanto a que Dickinson actuó sin instrucciones expresas, el juez entendió que eso era, precisamente, lo que se esperaba de él (y la razón por la que se pagaron sus servicios) desde el momento en que se le confió la venta de la obra. Los propios vendedores declararon que «*al contratar a un profesional respetable confiaron en que él se ocuparía de la venta sin que ellos debieran involucrarse en el proceso*».

La sentencia también aclaró que no se produjo prueba alguna que demostrara que Dickinson supo o debió haber sabido que era posible una venta directa a quien en definitiva terminó adquiriendo la obra. Y en cuanto al argumento de que un *marchand* que vende una pintura a otro *marchand* debe ser considerado negligente por ese solo hecho, el juez dijo que semejante razonamiento sólo tenía «*el encanto de ser original*».

El juez concluyó diciendo que la principal obligación de Dickinson hacia los propietarios de la obra fue cumplida; esto es, alcanzar el estándar de conducta esperable en quien dice tener las calificaciones suficientes para llevar a cabo la tarea encomendada. En su opinión, Dickinson hizo lo que un *marchand* profesionalmente solvente habría hecho.

¿Cuál habría sido la solución bajo el derecho argentino? Dejando de lado el hecho de que no tenemos condesas ni un mercado del arte tan activo como el inglés, la solución, probablemente, habría sido idéntica.

Casi con certeza la relación entre los Wemyss y Dickinson habría sido calificada como un mandato. Por consiguiente, la regla según la cual «*el mandatario está obligado a cumplir los actos comprendidos en el mandato conforme a las instrucciones dadas por el mandante y a la naturaleza del negocio que constituye su objeto con el cuidado que pondría en los asuntos propios o, en su caso, el exigido por las reglas de su profesión o por los usos del lugar de ejecución*» habría jugado un papel determinante.

Como en Inglaterra, las partes habrían tenido que demostrar ante el juez cuáles son esas reglas o esos usos para poder establecer si el mandante se ajustó a ellas debidamente.

Sobre lo que no hay certeza alguna es si el juez argentino habría añadido, al final de su sentencia, la frase que incluyó el juez inglés: «*Quisiera agradecer a los abogados de ambas partes por la gran calidad tanto de sus escritos como de las preguntas efectuadas en la audiencia y también por la experiencia que demostraron al ayudarme a conocer el mercado del arte. De todo ello obtuve enorme ayuda*».

Otra vuelta de tuerca sobre «el caso de la Condesa de Wemyss» (parte II)¹

¿Qué obligaciones tiene un marchand?

JUAN JAVIER NEGRI

Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados



1. La presente nota apareció originariamente en el boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 21 de marzo de 2023. El boletín *Dos Minutos de Doctrina* es publicado en línea por el Estudio Negri & Pueyrredón Abogados (<https://www.negri.com.ar/publicaciones/>). La nota se publica aquí por cortesía del Estudio y del propio autor, D. Juan Javier Negri, a quien agradecemos la deferencia (N. del E.).

En nuestro número anterior² nos referimos a un caso reciente resuelto en Inglaterra, en el que se trató el alcance de las obligaciones de un *marchand* a quien se le encargó la venta de una pintura francesa del S. XVIII, propiedad de la familia Charteris, condes de Wemyss and March.

La obra en cuestión (cuya foto se acompaña) estaba atribuida al pintor francés Jean-Baptiste-Siméon Chardin (1699-1779) llamada *La bendición de la mesa* («La bénédicité»).

En ese artículo nos preguntábamos cuál podría haber sido la respuesta dada por los jueces argentinos a la cuestión planteada si ésta hubiera sido planteada en nuestro país.

Para refrescar la memoria de nuestros lectores (o informar del asunto a quienes no leyeron ese boletín) les recordamos que los jueces debieron resolver, en primer lugar, cuál debió haber sido la conducta a seguir por un experto en la compraventa de obras de arte que describió aquella cuya venta se le había encargado de un modo tal que, según los propietarios de la pintura, hizo que se vendiera a un precio más bajo del esperado y, en segundo lugar, si esa conducta había sido cumplida.

Los condes de Wemyss demandaron al *marchand* (un tal Simon Dickinson) acusándolo de negligencia en el cumplimiento del mandato de venta, «*por haber omitido aplicar el cuidado y la atención esperables de un vendedor profesional de obras de arte razonablemente competente*» y, en consecuencia, de haber malvendido la pintura³.

En la opinión que arriesgamos en el boletín anterior, dijimos que bajo el derecho argentino el *marchand* podría haber sido considerado un mandatario de los dueños del cuadro; en otras palabras, las partes habrían estado vinculadas entre ellas por un contrato de mandato. Según el Código Civil y Comercial argentino, ese contrato existe «*cuando una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra*».

Bajo las reglas del mandato, «*el mandatario está obligado a cumplir los actos comprendidos en el mandato conforme a las instrucciones dadas por el mandante y*

2. «Arte y derecho: Las obligaciones del *marchand* (o el caso de la Condesa de Wemyss)», *Dos Minutos de Doctrina*, XX:1101, 21 de marzo de 2023.

3. In re «Amanda Claire Marian Feilding Count of Wemyss and March & Anor v. Simon C. Dickinson Ltd.», [2022] England and Wales High Court, (Ch), Caso BL 2020-000962; 2 de diciembre de 2022; citado como [2022] EWHC 3091 (Ch), [2023] PNLR 7; www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2022/3091.html.

a la naturaleza del negocio que constituye su objeto con el cuidado que pondría en los asuntos propios o, en su caso, el exigido por las reglas de su profesión o por los usos del lugar de ejecución».

Un gran hombre de leyes argentino, doctor en derecho, exmagistrado, profesor de la Universidad de Buenos Aires, miembro de la Academia Nacional de Derecho y autor de muchísimas obras jurídicas (¡y con tiempo para leer estas líneas!) nos llamó gentilmente la atención sobre un posible error en la calificación de la relación entre las partes.

En la ilustrada opinión de nuestro lector, el *marchand* no fue un mandatario de los propietarios de la obra de arte, sino un *corredor*.

En otras palabras, Dickinson estaba vinculado con los condes de Wemyss mediante un contrato de corretaje.

Según lo define el Código Civil y Comercial, «*hay contrato de corretaje cuando una persona, denominada corredor, se obliga ante otra a mediar en la negociación y conclusión de uno o varios negocios, sin tener relación de dependencia o representación con ninguna de las partes*».

Si eso fuera así, el corredor, entre otros deberes, habría estado obligado a «*proponer los negocios con exactitud, precisión y claridad, absteniéndose de mencionar supuestos inexactos que puedan inducir a error a las partes [y] comunicar a las partes todas las circunstancias que sean de su conocimiento y que de algún modo puedan influir en la conclusión o modalidades del negocio*».

En el caso, quedó demostrado que el *marchand*, efectivamente, se abstuvo de mencionar un supuesto inexacto que podría haber inducido a error a las partes; esto es, jamás atribuyó a Chardin la plena autoría de la pintura que ofrecía a la venta, pues él mismo no estaba convencido de ella.

Obviamente, nos inclinamos ante la posición de nuestro contradictor que, *suaviter in modo*, nos señaló el error.

Pero hay factores que hacen que subsistan algunas dudas de nuestro lado.

En primer lugar, según la definición legal, el corredor debe omitir toda inexactitud que lleve a error a las partes. En cambio, un mandatario parece estar obligado a una exigencia mayor: cumplir con su tarea con el cuidado que pondría en sus asuntos propios o, en su caso, el exigido por las reglas de su profesión.

De este modo, las normas parecen exigir cierta neutralidad del lado del corredor, cuyo deber de ser exacto *se dirige a ambas partes*. La propia definición legal de ese contrato dice «*sin tener relación de dependencia o representación con ninguna de las partes*».

En cambio el mandatario debe aplicar *el cuidado que aplicaría a sus asuntos propios*: obviamente, tomando las ventajas a su alcance, *dentro de las exigencias de la buena fe que permean todo el andamiaje jurídico*.

No nos parece que, en los hechos, Dickinson haya aplicado su obligación de ser exacto debido a su posible condición de corredor, sino porque como mandatario debía aplicar los estándares exigidos por su profesión. Seguramente tenía mucho para perder si aparecía publicitando una pintura como obra de un artista determinado cuando ése no era, precisamente, el caso.

No podemos dejar de lado tampoco que la norma obliga al mandatario a regirse *por los usos del lugar de ejecución* del contrato. No sabemos si las costumbres del mercado de arte londinense difieren sustancialmente de las del mercado de Buenos Aires, pero tratándose de un mercado consagrado a nivel internacional, el peso relativo del crédito que merecen sus participantes debe jugar un papel importante.

También cabría preguntarse si en el caso no hubo un prestador de servicios, *que, actuando independientemente, se obligó a proveer un servicio mediante una retribución*. Si fuera así, estaríamos frente a un «contrato de obra o de servicios», también reglado por el Código Civil y Comercial, que lo define usando, precisamente, esos mismos términos.

En el contrato de obra o de servicios el proveedor «*está obligado a ejecutar el contrato conforme a las previsiones contractuales y a los conocimientos razonablemente requeridos al tiempo de su realización por el arte, la ciencia y la técnica correspondientes a la actividad desarrollada*».

Como se ve, la posibilidad de superposición de figuras jurídicas existe. Pero las diferentes calificaciones de un contrato no deberían acarrear demasiadas consecuencias prácticas: los jueces exigirán la demostración del incumplimiento de una de las partes a las obligaciones asumidas, la atribución de dicho incumplimiento a quien se exige que indemnice los daños causados y la prueba de dichos daños.

Los jueces, por otra parte, no se rigen por el nombre o calificación que las partes den al contrato que las une: ellos decidirán sobre la base de los hechos y circunstancias que resulten demostrados.

En muchos casos, la calificación jurídica del negocio entablado por las partes es esencial para determinar las consecuencias de un incumplimiento: no es lo mismo haber regalado una obra de arte a un museo (contrato de donación) que haberla prestado (contrato de comodato). Pero en otros casos, la diferente calificación no parece significativa.

En éste en particular parece haber una distancia poco menos que milimétrica entre las obligaciones de Dickinson tanto si hubiera actuado como corredor que como mandatario. Su incumplimiento, si se hubiera demostrado, lo habría obligado a resarcir los daños que la víctima hubiera podido probar.

No nos quedan más que palabras de agradecimiento hacia un lector que se muestra preocupado por los muchos errores que puedan filtrarse en estas páginas.

Una visión interesante sobre los derechos morales del artista¹

El reconocimiento internacional a los derechos morales de los artistas no es uniforme

JUAN JAVIER NEGRI

Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados

En nuestra edición anterior² analizamos lo ocurrido ante los tribunales estadounidenses cuando un artista sostuvo que el hecho de que se ocultara una obra suya con algo así como una pantalla de madera violaba sus derechos morales.

Allí nos referimos al concepto de los «derechos morales del artista» y a la circunstancia de que tales derechos –que permanecen en cabeza de pintores, escultores, músicos, fotógrafos y otros autores de obras de artes plásticas– subsisten aun cuando la obra en cuestión haya sido vendida, cedida o transferida a terceros.

-
1. La presente nota apareció originariamente en el boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 29 de agosto de 2023. El boletín *Dos Minutos de Doctrina* es publicado en línea por el Estudio Negri & Pueyrredón Abogados (<https://www.negri.com.ar/publicaciones/>). La nota se publica aquí por cortesía del Estudio y del propio autor, D. Juan Javier Negri, a quien agradecemos la deferencia (N. del E.).
 2. «Arte y derecho: ¿la pintura puede ser racista?», *Dos Minutos de Doctrina*, XX:1134, 24 de agosto de 2023.

También mencionamos que los Estados Unidos, apartándose de la legislación uniforme en la materia en el resto del mundo –básicamente, la Convención de Berna–, tiene normas particulares.

La figura de los derechos morales es una de las pocas creaciones jurídicas originadas en el derecho civil de origen continental (esto es, europeo) que ha sido admitida en la legislación anglosajona. Como consecuencia, es no sólo como una creación curiosa, sino que también se la trata con cierto recelo.

Su incorporación a la legislación estadounidense, además, fue fruto de un gran esfuerzo por parte del senador Edward Kennedy, que sólo logró su sanción a cambio de su voto a favor de la creación de varios nuevos juzgados federales.

Como consecuencia de ese «sospechoso origen», cuando la legislación estadounidense admitió los derechos morales lo hizo con algunas limitaciones que en el resto del mundo no existen. Quizás valga la pena tenerlas en consideración si alguna vez en la Argentina se dictan leyes integrales en materia de protección del arte y de nuestro patrimonio cultural.

Pero antes que explicar nosotros el concepto de «derechos morales», dejemos que lo haga la sentencia dictada en el caso comentado en nuestro número anterior³.

Esa sentencia tiene la virtud de explicar la cuestión en términos fácilmente comprensibles. (Como dijimos, en el caso que le dio origen, un artista sostuvo que tapar una creación suya equivalía a destruirla o mutilarla, lo que, bajo sus derechos morales, debería estar prohibido).

El tribunal que decidió la cuestión explicó que los derechos morales de los artistas en los Estados Unidos se encuentran protegidos por la Ley de Derechos de los Artistas Visuales («VARA», por sus iniciales en inglés).

Dijo el tribunal: «VARA fue sancionada en 1990 como una modificación a la Ley de Propiedad Intelectual, para proteger los así llamados derechos morales de ciertos artistas».

«Los derechos morales, que son de cosecha relativamente reciente en la jurisprudencia estadounidense, otorgan protección a los intereses personales, no económicos, del artista de ser reconocido como autor de la obra y en preservarla en la forma en que ésta fue creada, **aun después de su venta o cesión**».

3. In re «Kerson v. Vermont Law School, Inc.», United States Court of Appeals for the Second Circuit, No. 21-2904, 18 de agosto de 2023.

*«El término ‘derechos morales’ tiene sus orígenes en el derecho civil y es una traducción de la expresión francesa *droit moral*, que intenta capturar esos derechos de naturaleza espiritual, no económica y personal».*

«Esos derechos surgen de la creencia en que un artista, en el proceso de creación, inyecta su espíritu en la obra por lo que la personalidad del artista, así como la integridad de la obra, en consecuencia, deben ser protegidos y preservados».

«Mientras el concepto de “derechos morales” puede capturar una amplia gama de medidas protectoras del arte, hay dos características que están protegidas en casi todas las jurisdicciones que reconocen esos derechos: la atribución y la integridad».

«En términos amplios, el derecho a la atribución consiste en el derecho de un artista a ser reconocido por su nombre como autor de su trabajo, o a publicarlo anónimamente o bajo seudónimo³; en el derecho a impedir que el trabajo del artista sea atribuido a otra persona y a impedir el uso del nombre del artista en obras creadas por terceros, incluyendo la publicación distorsionada del trabajo original del artista».

*«El derecho a la integridad permite al artista oponerse a cualquier cambio que deforme o mutile su obra, **aun si su propiedad ha sido transferida a un tercero**».*

«En algunas jurisdicciones, el derecho a la integridad se extiende hasta impedir la destrucción de la obra. Que el derecho llegue hasta ese extremo dependerá de la concepción que allí se haya adoptado con respecto a los derechos morales: si se los entiende como un refuerzo al interés público en preservar la cultura de una nación —en cuyo caso la destrucción está prohibida— o como un apoyo a la personalidad del autor —por lo que la destrucción será considerada menos dañina que la exhibición de obras de arte deformadas o mutiladas que deterioran la imagen del artista—».

La ley estadounidense permite proteger tres derechos distintos, con algunas condiciones: el derecho a la atribución; el derecho a la integridad y el derecho a impedir la destrucción de una obra de arte. Pero en este caso, la ley exige que esa obra sea «de significativa importancia»; es decir, *no* cualquier obra de arte merece protección.

Ésta es una diferencia sustancial entre la ley estadounidense y la Convención de Berna, que no establece diferencias ni exigencias para otorgar protección a una obra de arte.

Algunos lectores recordarán que esa cuestión fue puesta sobre el tapete por el artista francés Marcel Duchamp (1887-1968), quien sostuvo que una obra de arte es lo que un artista dice que es. Para ejemplificar el asunto (de manera algo extrema, si se quiere) exhibió un orinal en una muestra de arte.

En los Estados Unidos, al exigirse un requisito adicional (esto es, que la obra de arte, además de serlo, sea de *significativa importancia*) la ley pone a los juristas ante un interrogante aún más complejo.

Lo cierto es que la jurisprudencia (tanto en países de derecho civil o continental –incluida la Argentina– como en los Estados Unidos, donde la ley exige establecer la significativa importancia de una obra como exigencia para otorgarle protección) hasta ahora no ha dado una respuesta satisfactoria a esa pregunta.

La ley americana establece otras limitaciones a los derechos de los artistas, ante las cuales el texto de la Convención de Berna aparece como un dechado de flexibilidad. Así, la protección contra la destrucción, distorsión o mutilación de la obra de arte no procede si éstas son consecuencia del paso del tiempo o el resultado de su exhibición al público (como podría ser el caso de una obra que se decolora como consecuencia de excesiva luz directa).

Además, exige demostrar que la mutilación, modificación o distorsión sean consecuencia del dolo o de la culpa grave de quien lo produce. (Para los casos de destrucción sólo exigiéndolo).

En los Estados Unidos, la ley también contiene normas aplicables a los casos en los que una obra, aplicada a una pared (como es el caso de los murales), no puede ser retirada de ésta sin sufrir daños. En la Argentina no hay normas al respecto; sí varias sentencias judiciales que ignoraron el problema o dieron soluciones divergentes.

Como dijimos, quizás algún día en la Argentina se sancione algo así como un código integral de disposiciones aplicables a la preservación del patrimonio cultural y artístico. Ese día sería conveniente analizar qué se ha hecho en otros países, desde la óptica legislativa, para asegurar que las generaciones futuras puedan disfrutar de ese patrimonio.

SEMINARIO
RODRIGO URÍA MERUÉNDANO
DE DERECHO DEL ARTE

Resumen de las actas de la 6.^a edición del Seminario Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte (2023)

SANTIAGO FERNÁNDEZ TOURNÉ

Abogado de Uría Menéndez

ANDREA MARTÍN ALACID

Abogada de Uría Menéndez

La 6.^a edición del Seminario Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte (2023) estuvo dedicada al análisis del marco jurídico, modelos de negocio y plan de actuación de los museos de mayor relevancia en España, bajo la dirección académica de **D. Agustín González García y D. Carlos González-Barandiarán y de Muller**. La impartición de las diez ponencias que lo conformaron tuvo lugar entre los meses de abril y junio de 2023, en las que se analizaron, tanto desde la perspectiva jurídica como artística, varias instituciones públicas y privadas, entre las que destacan el Museo Nacional del Prado, la Galería de las Colecciones Reales, el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, el Museo Nacional Thyssen-Bornemisza, el CaixaForum, el Museo Guggenheim Bilbao, los museos de la Fundación Juan March, la red de museos dependientes de la Dirección General de Patrimonio Cultural y Bellas Artes y el proyecto Tabacalera, centro de producción y de residencias artísticas. También hubo una sesión dedicada al estudio de los bienes de la Iglesia. Además, el programa se completó con ponencias específicas sobre cuestiones jurídicas transversales, como la **fiscalidad de las fundaciones** o la **legislación estatal y autonómica en materia museística**, con la finalidad de

proporcionar una visión completa del panorama de los principales museos e instituciones culturales.

La jornada inaugural contó, en primer lugar, con la intervención de D. Antonio Muñoz Molina, que realizó una ponencia bajo el título *Por amor al arte*. A continuación, intervino D. Mariano Magide Herrero, a propósito de la legislación española en el ámbito museístico. Ambas intervenciones son objeto de publicación como prólogo y estudio respectivamente en el presente volumen.

I. MUSEO NACIONAL DEL PRADO

La ponente, **D.^a Isabel Quintana Jiménez¹**, inició su exposición insistiendo en la creatividad que exige la aplicación del marco jurídico del Museo Nacional del Prado (en adelante, «MNP» o «Museo», indistintamente) para el cumplimiento de sus fines.

En el año 2002 se puso en marcha un ambicioso proyecto por parte del MNP denominado *Hacia un nuevo Museo del Prado*. Este plan tenía dos pilares, de los cuales uno de ellos, el más visible, consistía en la gran ampliación de Moneo, que a día de hoy continúa con la adaptación del Salón de Reinos. Pero había otro pilar, mucho menos visible, que consistía precisamente en la adaptación de su marco jurídico.

Se trataba de flexibilizar sus posibilidades de actuación, siguiendo el modelo de otros grandes museos fuera de España para intentar hacerlo más eficaz. En los medios de aquel momento se repetía que al MNP se le había confeccionado un traje a medida. Lo interesante de dicho traje es que fue fruto del consenso político de todos los partidos del momento y contó con el compromiso implícito de mantenerlo en el tiempo para dotar de seguridad jurídica a la institución.

El Museo pasó de ser un organismo autónomo a un organismo público con plena capacidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, pública y privada, para el cumplimiento de sus fines. Los fines se recogen al comienzo de la nueva Ley 46/2003, de 25 de noviembre, reguladora del Museo Nacional del Prado. Las funciones son las tradicionales de los museos, a las que se añaden otras menos conocidas, como la labor de asesoramiento a otros órganos.

El modelo de gestión otorgado por la Ley es un régimen jurídico de derecho público, con posibilidad de actuar de acuerdo con el derecho privado. La contratación de personal se rige por el derecho laboral, y la contratación

1. Jefa de Área Jurídica y Secretaria Técnica del Real Patronato del Museo Nacional del Prado.

en general está sometida a las normas de la contratación pública, con posible flexibilidad en la contratación comercial. El régimen presupuestario es específico del propio Museo, puesto que se trató de permitir que los recursos generados revirtiesen en el mismo.

En 2011 se produjo una modificación del estatuto de MNP para cambiar el Patronato, por el interés de los patrocinadores que apoyan al Museo en una mayor implicación (Real Decreto 1713/2011). De esta manera, se permitió que personas físicas y representantes de personas jurídicas que hubieran realizado aportaciones relevantes al Museo formaran parte del Patronato. La incorporación de grandes empresas al Patronato fue percibida por la ponente como un acierto tanto por sus conocimientos empresariales como por su capacidad para avanzar en la captación de nuevos donantes. El Patronato cuenta con un órgano más ejecutivo, que es la Comisión Permanente, formado por el presidente, el vicepresidente y seis vocales, y se reúne con mayor frecuencia.

En el Pleno de junio de 2022 se aprobó la Instrucción reguladora del funcionamiento del Real Patronato del MNP. La Instrucción respondía al cumplimiento de las recomendaciones del Tribunal de Cuentas y a la necesidad de adaptar el Patronato a las exigencias de la Ley 40/2015. Esta Instrucción también ha sido un elemento de flexibilidad al permitir incorporar los medios electrónicos para las sesiones, y ha permitido incorporar un Código de conducta y buenas prácticas.

Uno de los aspectos destacados al inicio ha sido el régimen presupuestario. El MNP está sometido a la normativa presupuestaria estatal, pero a diferencia de otros Museos no solo tiene un presupuesto de gastos, sino también un presupuesto de ingresos. Esta mayor flexibilidad supone la imposición de la obligación de generar recursos propios. Cuando se reformó el régimen presupuestario en 2003, el Museo tenía unos porcentajes de autofinanciación del 20 %, y actualmente se encuentran en torno al 70 %.

Otra de las herramientas que otorga la Ley es el remanente de tesorería, que es lo más parecido al ahorro doméstico. El remanente se puede utilizar como elemento estabilizador del presupuesto en función de la aportación del Ministerio, así como para financiar adquisiciones extraordinarias (como sucedió con la adquisición de la Virgen de la Granada).

Los ingresos por entradas son la principal fuente de financiación, y, por ello, es importante tener la posibilidad de modular los precios según las circunstancias, mediante acuerdo de la Comisión Permanente. También permite establecer campañas de promoción de la visita, y convenios con entidades públicas y privadas. La ponente también destacó el gran interés

que ha generado la posibilidad de ceder espacios para la organización de eventos privados. El precio de las entradas tiene la consideración de precio público, y por ello puede ser fijado por acuerdo de la Comisión Permanente. En cambio, la cesión de espacios está sujeta al pago de una tasa, y por ello su importe se fija mediante una Orden del Ministerio correspondiente.

El MNP tiene la consideración de entidad beneficiaria del mecenazgo, en los términos de la Ley 49/2002, a los efectos previstos en sus artículos 16 a 25. Igualmente, con carácter anual el MNP promueve la consideración de las actividades llevadas a cabo por él mismo como actividades prioritarias del mecenazgo. En 2018 se puso en marcha lo que se creía que fue la primera campaña de adquisición de obras mediante micromecenazgo (en aquel caso, *Retrato de niña con Paloma*, de Simon Vouet). Sin embargo, la ponente explicó que en realidad la primera adquisición de esta forma tuvo lugar en 1918 (entonces llamada suscripción popular) para la obra *Virgen del Caballero de Montesa* de Paolo de San Leocadio, por cien mil pesetas de la época.

El régimen de personal también es ciertamente peculiar. Se trata de personal laboral, sujeto al Estatuto de los Trabajadores, pero con convenio colectivo propio. Esto permitió, por ejemplo, la apertura del Museo siete días a la semana, así como negociar aspectos muy específicos con los trabajadores. Los funcionarios que pasan a trabajar al MNP se reconocen como en situación de servicios especiales, y también cuenta con la posibilidad de firmar contratos de alta dirección.

El MNP cuenta con un régimen patrimonial propio. El Museo puede adquirir toda clase de bienes y derechos por cualquiera de los modos admitidos en derecho. Las obras que forman parte del mismo son de dominio público y, por tanto, son inalienables, inembargables e imprescriptibles. Solo hay una posibilidad, que es la permuta. Esto es algo que en algunos ámbitos está más extendido, como los museos militares, y requiere informe favorable de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación, de la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando y de la Real Academia de la Historia.

Mediante la Ley 14/2021, de 11 de octubre, se introdujo una nueva disposición adicional en la Ley de Patrimonio Histórico Español con el objeto de regular la adquisición por parte de las entidades del sector público de bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español.

En cuanto a donaciones y legados, el MNP cuenta con una larguísima tradición de donantes que han acrecentado enormemente la colección. La ponente destacó donaciones recientes de personalidades relevantes del mundo empresarial.

De cara al futuro, el MNP tiene pendiente la decisión de su forma de adaptación a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. El plazo legal establecido para la adaptación termina el 1 de octubre de 2024, y la ponente apuntó hacia dos posibles alternativas de forma jurídica para el MNP: como fundación del sector público o como organismo autónomo. Para concluir, la ponente destacó la gran utilidad que ha demostrado el «traje a medida» del MNP durante veinte años, reconociendo igualmente la necesidad de adaptar algunas cuestiones.

A continuación, la ponente **D.ª Marina Chinchilla Gómez**² destacó que la gestión del MNP es integral, pues nada se hace de forma unipersonal ni ningún departamento tiene competencias independientes al resto.

El MNP tiene una vocación de servicio público, es inclusivo, social y sostenible, cumpliendo así con la última definición de Consejo Internacional de Museos (en adelante, «ICOM») de *museo*. Las funciones esenciales que definen a un museo son el principal objetivo del MNP. Los museos no dejan de funcionar nunca, pero hay diferentes regímenes de gestión y ello requiere un esfuerzo que afecta a todas las áreas y ámbitos del Museo (i. e., presupuesto, infraestructura y equipamiento, públicos –físicos y digitales–, servicios, contratos internos y externos, recursos humanos, etc.), así como los aspectos intangibles como la reputación. Todo ello, manteniendo la colección del MNP como corazón y razón de ser del Museo.

Dicha gestión está condicionada por el marco jurídico del Museo, una plantilla de personal, un presupuesto y unos recursos digitales con enfoque a la modernización del Museo. Asimismo, también destacan las alianzas como claves organizativas, el compromiso de marca, y la reputación del MNP. Fundamental para la determinación del marco jurídico del MNP fue la aprobación de una ley *ex profeso* que dota al MNP de personalidad jurídica propia, la Ley 46/2003, de 25 de noviembre, reguladora del Museo Nacional del Prado, que supuso un grandísimo acierto, especialmente en la autonomía en las decisiones a tomar. Del mismo modo, el MNP se encuentra sometido a las normas de la Administración pública, como la de contratación del sector público, transparencia, régimen jurídico, procedimientos...

Actualmente, a grandes rasgos, aparte del director Miguel Falomir, hay dos direcciones adjuntas: la de Conservación e Investigación, dirigida por Andrés Úbeda de los Cobos; y la de Administración, dirigida por la ponente. Además, hay una parte que, por su propia naturaleza, depende

2. Directora adjunta del Museo Nacional del Prado.

directamente del director, como Comunicación, Relaciones Institucionales y Desarrollo Digital.

Centrándonos en la Dirección Adjunta de Administración, está compuesta por tres áreas: jurídica, económico-financiera y de contratación. Del mismo modo, cuenta con las coordinaciones generales de recursos humanos, infraestructuras y equipamientos, y desarrollo de públicos y seguridad.

El MNP cuenta ya con su quinto convenio colectivo propio tras resolución de 29 de mayo de 2023, un marco de organización propia que acoge las tablas salariales, horarios, etc., que ayuda a la estabilidad laboral. Dicho convenio es negociado con sus sindicatos en tanto que el MNP tiene comité de empresa propio por el número de empleados elegido cada cuatro años, siendo el sindicato mayoritario CC. OO.

A diferencia de otros museos estatales, el MNP tiene un presupuesto de gastos y uno de ingresos que revierten para su autofinanciación. Los ingresos propios son los siguientes: (i) la venta de entradas como fuente de financiación más importante –la fijación de precios de las entradas es independiente al no estar dentro del régimen de museos estatales–; (ii) patrocinios por convenios firmados con los distintos colaboradores la Fundación Amigos del Museo del Prado; (iii) ingresos de la sociedad mercantil encargada de gestionar la cafetería, tienda, derechos de explotación de imagen y demás –que proporciona el 25 % de los ingresos ; (iv) gestión de espacios; y (v) audioguías. El remanente de Tesorería, como tercera fuente de financiación, sirve como estabilizador del presupuesto, que ha sido fundamental para determinadas operaciones extraordinarias no presupuestadas inicialmente, especialmente en adquisiciones de obras muy particulares.

En lo relativo a las alianzas, el equipo también incluye a los socios del Museo, es decir, los órganos de control económico-financiero y Abogacía del Estado como órganos de ayuda para una mejor gestión del Museo a la hora de incorporar sus observaciones y dar cuenta de ello. El MNP está sometido al control del Tribunal de Cuentas y al control permanente de la intervención delegada. Los expedientes se tramitan sin fiscalización previa, pero dispone de un control *a posteriori*.

Así, las claves organizativas del Museo en su conjunto pueden dividirse en cinco aspectos: (i) planificación y programación, (ii) coordinación, (iii) acceso a la información, (iv) marco procedimental, y (v) comunicación interna. Con un compromiso de todas las partes de mantener la información actualizada en el repositorio de información accesible a las personas

relevantes. Asimismo, el MNP cuenta con un Código Ético en materia de contratación, con unas instrucciones sobre unos principios básicos a plasmar y que está presente en todos los estratos de la organización. Vinculada con la planificación, el Museo está obligado a elaborar un plan de contratación anual, estrechamente relacionado con el presupuesto, para diseñar un entorno común de gestión. Es decir, una gestión presupuestaria que se entrelaza con la contractual.

En cuanto a la reputación del Museo, la importancia de la colección es su principal aval, que obliga a ofrecer una excelente calidad de servicio. La reputación es un activo intangible de inmediatas consecuencias tangibles. El Museo puede ser reconocido, pero obliga a mantenerlo y tener una gran gestión. Indudablemente, una gran reputación facilita tanto la labor de captar talento como la captación de fondos.

El Plan de Actuación, junto con la reputación, ha sido una práctica recientemente implantada desde 2002 para impulsar la aprobación de la Ley del Prado. Desde entonces, se han sucedido cada cuatro años planes de actuación, a excepción del último que finalizaba en 2020 y se extendió un año más por la pandemia. Se han trazado cinco objetivos fundamentales: (i) normalizar el Museo, en términos económicos y de públicos, tras el impacto de la pandemia de la COVID-19; (ii) responder a las nuevas demandas culturales y alcanzar la excelencia en el cumplimiento de las funciones del Museo; (iii) reposicionar la colección del MNP en el contexto nacional mediante una nueva política de depósitos del llamado Prado Disperso, bajo un marco de colaboración institucional; (iv) adecuar la gestión e infraestructuras de la institución, como servicio público, a las directrices modernizadoras de la Administración; y (v) culminar la configuración del campus Prado con la adecuación y apertura pública del Salón de Reinos. Dichos objetivos se persiguen a través de 24 estrategias específicas articuladas por un total de 88 proyectos y, cada año, se desarrollan los planes anuales de actividades de cada unidad con su correspondiente estrategia y plan general. Ello se revisa cada seis meses; es un documento vivo y dinámico.

Actualmente, el gran reto del MNP es la gestión de los fondos europeos recibidos provenientes del Ministerio de Cultura, para la transición digital y la mejora de la experiencia del visitante tanto presencial como *online*, que incluye la mejora de la plataforma *online*, la digitalización de la biblioteca, una mejora de la seguridad, etc. A tal fin, se ha creado una oficina de apoyo a la gestión para asistir en la óptima gestión de estos fondos, en paralelo al presupuesto anual establecido.

II. PATRIMONIO NACIONAL

La ponencia de **D. Tomás Suárez-Inclán González**³ expuso que Patrimonio Nacional es un organismo público de la Administración con personalidad jurídica propia que depende de Presidencia del Gobierno y se ocupa de la gestión de los bienes vinculados al uso y servicio de la Jefatura del Estado. El Patrimonio Nacional está recogido en la Constitución española dentro del artículo 132 dedicado al título séptimo de Economía y Hacienda.

Los bienes de Patrimonio Nacional pertenecen al Estado, que no a la Corona, y se denomina Consejo de Administración del Patrimonio Nacional tanto al organismo como al órgano colegiado que lo dirige, y sus fines son la gestión y la administración de los bienes y derechos del Patrimonio Nacional. Tienen la calificación jurídica de bienes del Patrimonio Nacional los de titularidad del Estado afectados al uso y servicio del Rey y de los miembros de la Real Familia para el ejercicio de la alta representación que la Constitución española y las leyes les atribuye de Jefatura del Estado. Junto con la gestión de los bienes titulares del Estado, se encuentran los Reales Patronatos.

La norma reguladora del Patrimonio Nacional de 1982 también garantiza la protección del medio ambiente y vela por el cumplimiento de las exigencias ecológicas en los terrenos que gestione y, especialmente, en el monte de El Pardo. Son bienes que pertenecen al Patrimonio Nacional y son objeto de aprovechamiento rentable. El Consejo de Administración del Patrimonio Nacional adoptará las medidas conducentes al uso de los mismos con fines culturales, científicos y docentes a través de diferentes convenios.

La actual Ley de Patrimonio Nacional de 1982 establece en su artículo cuarto un elenco *numerus clausus* de los bienes que integran el Patrimonio Nacional: (i) el Palacio Real de Oriente y el Parque de Campo del Moro; (ii) el Palacio Real de Aranjuez y la Casita del Labrador, con sus jardines y edificios anexos; (iii) el Palacio Real de San Lorenzo de El Escorial, el Palacete denominado la Casita del Príncipe, con su huerta y terrenos de labor, y la llamada Casita de Arriba, con las Casas de Oficios de la Reina y de los Infantes; (iv) los Palacios Reales de la Granja y de Riofrío y sus terrenos anexos; (v) el monte de El Pardo y el Palacio de El Pardo, con la Casita del Príncipe, el Palacio Real de la Zarzuela y el predio denominado La Quinta, con su Palacio y edificaciones anexas, la Iglesia de Nuestra Señora del Carmen, el Convento de Cristo y edificios contiguos; (vi) el Palacio de la Almudaina con sus jardines, sito en Palma de Mallorca; (vii) los bienes

3. Abogado del Estado jefe en Patrimonio Nacional.

muebles de titularidad estatal, contenidos en los reales palacios o depositados en otros inmuebles de propiedad pública, enunciados en el inventario que se custodia por el Consejo de Administración del Patrimonio Nacional; y (viii) las donaciones hechas al Estado a través del Rey y los demás bienes y derechos que se afecten al uso y servicio de la Corona. El Rey Felipe VI ha hecho una diferenciación, a efectos de las donaciones hechas al Estado a través del Rey, entre los regalos institucionales y los regalos de carácter personal, entendiendo por estos últimos aquellos que no superen los usos sociales o de cortesía. Los bienes de Patrimonio Nacional se califican por la ley como inalienables, imprescriptibles e inembargables desde 1865.

Existe una numeración de los Reales Patronatos en el sucesivo artículo quinto de la vigente Ley de Patrimonio Nacional: (i) la Iglesia y Convento de la Encarnación; (ii) la Iglesia y Hospital del Buen Suceso; (iii) el Convento de las Descalzas Reales; (iv) la Real Basílica de Atocha; (v) la Iglesia y Colegio de Santa Isabel; (vi) la Iglesia y Colegio de Loreto, en Madrid, donde también radican los citados en los apartados precedentes; (vii) el Monasterio de San Lorenzo de El Escorial, sito en dicha localidad; (viii) el Monasterio de Las Huelgas, en Burgos; (ix) el Hospital del Rey, sito también en Burgos; (x) el Convento de Santa Clara, en Tordesillas; (xi) el Convento de San Pascual, en Aranjuez; y (xii) el Copatronato del Colegio de Doncellas Nobles, en Toledo. Actualmente, Patrimonio Nacional tiene una partida presupuestaria dedicada a los Reales Patronatos.

A modo de conclusión, se destaca que el órgano que rige Patrimonio Nacional es el Consejo de Administración, que está compuesto por trece miembros más el presidente y el gerente de Patrimonio Nacional. Dos de ellos han de ser alcaldes de poblaciones donde hay bienes de Patrimonio Nacional, otros dos de academia o instituciones culturales, y sus funciones son varias propias del órgano director de una entidad pública, pero destaca la formación del inventario de bienes que luego se eleva al Consejo de Ministros, la propuesta de gobierno de afectación de bienes muebles e inmuebles y desafectación.

Posteriormente, la ponente **D.ª Karina Marotta**⁴ presentó la gestión del Patrimonio Nacional, dividida en dos grandes bloques: los datos de gestión de Patrimonio Nacional y el Plan de Actuación 2022-2026. Dentro del Plan de Actuación 2022-2026 existen dos puntos fundamentales: la Galería de las Colecciones Reales, que es el gran proyecto de estos años; y la conservación,

4. Consejera técnica de la Presidencia del Consejo de Administración de Patrimonio Nacional.

el turismo de calidad y la inclusión de los Fondos Next Generation EU en Patrimonio Nacional.

Se destaca que, además de las funciones ya presentadas por el ponente D. Tomás Suárez-Inclán González, Patrimonio Nacional se encarga de distintas actividades de investigación, académicas, formativas y docentes. Por la doble vertiente de Patrimonio Nacional de apoyo a la Jefatura del Estado e institución cultural, cuenta con una serie de oficios únicos, como las personas en caballerizas, doradores, sastras, bordadores, etc. Existe un grupo numeroso de profesionales que trabajan y forman a nuevas generaciones en dichos oficios. Así, entre las escuelas-taller y los talleres de empleo, se encuentran los siguientes: construcción, jardinería, dorado, moldes, ebanistería, relojería, encuadernación, sastrería, forja artística, tapicería y guarnicionería.

De entre las numerosas piezas que albergan las colecciones reales, destacan la porcelana y cerámica (22.587 piezas) y el cristal y el vidrio (18.866 piezas). Si bien la colección de tapices no destaca en volumen (3205 piezas), se trata de la mejor colección de tapices del mundo, mientras que la colección de armería de Madrid pugna con la armería de Viena.

En lo relativo al presupuesto de Patrimonio Nacional, existe un notable aumento de presupuesto a partir del 2022, ya que incluye los fondos europeos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Así, las fuentes de ingresos de Patrimonio Nacional se dividen entre Ministerio de la Presidencia (56,1 %), recursos propios –venta de entradas, explotación de inmuebles, tasas y precios públicos– (28,7 %) y otras, como activos financieros o transferencias de capital (15,2 %).

El Plan de Actuación 2022-2026 tiene los siguientes objetivos estratégicos: (i) mejorar el servicio que se presta a la jefatura del Estado, (ii) mejorar la experiencia de la visita y consolidarla como una propuesta de turismo cultural de calidad, (iii) establecer un nuevo modelo económico-financiero más sostenible, (iv) transformar la institución hacia una organización más digital y sostenible, y (v) mejorar la notoriedad y el conocimiento de la institución, tanto en el público como internamente.

Para ello, las líneas estratégicas son, independientemente de las actividades estructurales para el cumplimiento de los fines de Patrimonio Nacional, (i) la apertura y consolidación de la Galería de las Colecciones Reales, (ii) una nueva estrategia de financiación, (iii) una experiencia turística y cultural de calidad, y (iv) una transformación interna. Cada una de estas líneas estratégicas cuenta con distintos planes y actuaciones, entre los que destacan cuatro gracias a los fondos europeos del Plan de Recuperación, Transformación y

Resiliencia: transformación de la experiencia del visitante, puesta en valor del medio natural, transición verde y transformación digital.

El proyecto de cabecera del Plan de Actuación 2022-2026, la Galería de las Colecciones Reales, se encuentra en un edificio que, independientemente de que es una obra de arte por sí mismo, destaca por su discreción, ubicado en el conjunto monumental del Palacio Real de Madrid, junto a la plaza de la Armería y la catedral de la Almudena, abierto al amplio mirador sobre el Campo del Moro. El proyecto de la Galería de las Colecciones Reales se ha dilatado en el tiempo desde la aprobación de su creación en 1998. Finalmente, es en 2022 cuando se toman las decisiones estratégicas al respecto, el nombre, fecha y contexto de la inauguración, contratación y gestión de la Galería de las Colecciones Reales, teniendo en consideración la Presidencia española del Consejo de la UE.

La Galería, articulada como una ventana a Patrimonio Nacional, supone un revulsivo cultural y turístico en la capital y fuera de ella. Uno de sus objetivos es animar a la visita del resto de espacios que Patrimonio Nacional abre al público en varias comunidades autónomas, como Madrid, Castilla y León, Extremadura o Islas Baleares.

Sobre la procedencia de las piezas que se exponen en la Galería de las Colecciones Reales, polémica que ha contribuido al retraso de la apertura de la Galería, destacan las procedentes del Palacio Real de Madrid, tanto del piso principal como de los almacenes, Real Armería o Museo de Carruajes, así como del Real Sitio del Escorial (Monasterio, Biblioteca y Casita del Príncipe) o el Palacio Real de La Granja de San Ildefonso, sin despojar de las piezas clave a los Reales Sitios que a ellos pertenecen desde el punto de vista histórico.

Durante la construcción de la Galería de las Colecciones Reales, aparecieron restos de la muralla de Madrid del siglo IX. A efectos de su conservación y exposición, se habilitó una sala en el recorrido del Museo que la muestra, lo que permite entender los orígenes de la ciudad. El recorrido de la Galería se organiza mediante un eje central abierto y transparente que ordena las circulaciones a lo largo de la Galería. Favorece el diálogo con la arquitectura y, al mismo tiempo, crea itinerarios dinámicos y miradas transversales que enriquecen la experiencia. El discurso del recorrido sigue un orden cronológico, que ayudará a los colegios e instituciones culturales a una mejor comprensión.

En la planta superior, dedicada a los Austrias, se encontrarán obras de El Bosco, Tiziano, El Greco, Ribera, Velázquez, Caravaggio o Bernini, y piezas de los monasterios femeninos de Tordesillas, las Huelgas, Descalzas Reales y La Encarnación. Se toma como núcleo temático El Escorial como centro de mecenazgo y del saber.

La planta inferior, destinada a los Borbones, inicia y finaliza con dos hitos arquitectónicos de Madrid: el Palacio Real Nuevo –Palacio Real actual, que se alza donde anteriormente estuvo el Alcázar de los Austrias– y la maqueta de la Galería de las Colecciones Reales. Tomándose como núcleo temático la Música, las Reales Manufacturas como elemento y dinamización económica y el Palacio de La Granja, alberga obras de Mengs, Goya, Tiepolo, Paret o Maella. La segunda parte de la planta aloja una singular colección de fotografías del reinado de Isabel II, quien encargó la documentación fotográfica de las obras públicas que se hicieron en la época (e. g., sistema de canalización de agua de Madrid). Además, cuenta con una sección destinada a Alfonso XIII y la Oficina de Guerra, y otra a los Reales Sitios durante la Guerra Civil, la Dictadura y la Democracia.

Finaliza el recorrido con una exposición de cómo es Patrimonio Nacional hoy que incluye piezas audiovisuales que mostrarán la labor de restauración, conservación, investigación, difusión y transmisión a las futuras generaciones de nuestros bienes culturales y del inmenso patrimonio natural. Del mismo modo, habrá una sala de exposiciones temporales y un «cubo inmersivo» que tendrá una serie de audiovisuales que mostrará las jornadas reales. En suma, la Galería de las Colecciones Reales se articula como un nuevo eje cultural en Madrid, el «eje Real», en paralelo al paisaje de la Luz de la UNESCO.

Atendiendo al otro gran pilar del Plan de Actuación 2022-2026, la conservación y el turismo cultural de calidad, la inversión de los fondos Next Generation EU se dividirán en 67 intervenciones que seguirán dos líneas principales de actuación: (i) la renovación de centros de visitantes y museografías (mayor beneficiaria de los fondos), conservación del patrimonio inmueble y natural; y (ii) la transición verde y transformación digital.

Con todo ello, se pretende proporcionar una oferta cultural de calidad del Patrimonio Nacional y aumentar su accesibilidad y el entendimiento de cuestiones como los símbolos del Estado en las distintas épocas, la vida en Palacio, la exquisitez de los objetos, el poder y el mecenazgo femenino, el arte de la guerra a través de la armería, el lujo textil y la conjunción de las artes, la espiritualidad, el saber, el mecenazgo musical, la tradición artística y popular, el diseño de jardines, la escultura con agua, el contacto con la naturaleza, la biodiversidad, etc.

Respecto a la transformación interna de cara a la transición verde y la transformación digital, esta se centrará en cuatro líneas principales: (i) renovación de la iluminación de los palacios; (ii) mejora de la eficiencia climática en inmuebles, fuentes y jardines; (iii) adquisición de vehículos eléctricos; y (iv) digitalización de archivos.

Finalmente, en cuanto a la estrategia de financiación, se ha planteado intentar que la Galería de las Colecciones Reales sea el banco de pruebas de cómo podría contarse con más patrocinio privado en Patrimonio Nacional y cómo podría reportar beneficios para el patrocinador, aunque dentro de unos límites muy moderados al tratarse de una entidad pública. Así, la nueva estrategia de financiación pasa necesariamente por la creación de la coordinación estratégica comercial y de *marketing*, optimización de inmuebles, estrategia de patrocinios, cesión de espacios –moderados, al ser una institución al servicio del Estado en primera instancia y, a continuación, una institución cultural– y rodajes –conciliando la conservación de paisajes–.

Para entender la evolución del discurso de la Galería entre 1998 y 2023, con qué concepción nace y qué hitos cambiaron la articulación del discurso hasta su apertura, es necesario destacar que en 1998 se entiende que hay dos grandes colecciones de Patrimonio Nacional, la de tapices y la de carrozas, que son únicas en Europa y, lamentablemente, muchas piezas de ellas estaban almacenadas. El proyecto inicial era exponer ambas colecciones; de hecho, el propio edificio cuenta con una planta significativamente más alta que las demás porque pretendía albergar la colección de tapices. Pasado un tiempo, se reflexionó sobre si al público general dicho planteamiento pudiera resultarle monótono o excesivamente especializado con poco atractivo. En consecuencia, pasó a plantearse un segundo discurso sobre la elaboración de un recorrido cronológico por la historia de España y el coleccionismo de los reyes. A lo largo de estos años, han ido eliminándose piezas para su exposición, en tanto que hubo momentos en los que parecía anticiparse como un museo de difícil digestión por el elevado volumen de piezas. En paralelo, también se han modificado mucho las piezas que se traían o no de los Reales Sitios, para que estos no se vieran desasistidos, con la intención de que la Galería sirviera como punto de partida y de generación de interés para conocer los demás Reales Sitios.

III. FUNDACIÓN “LA CAIXA”

D. Ignasi Miró⁵ expuso el nacimiento de La Caixa y su vigencia en pleno siglo XXI. La Caixa fue fundada en 1904 por Francesc Moragas como iniciativa de la sociedad civil, con la intención de fomentar el ahorro entre particulares y previsión en la sociedad, junto con diversas instituciones civiles sin ánimo de lucro, que daba como contraprestación un retorno en forma de «rendimiento social». Este retorno a la sociedad podría entenderse de

5. Director corporativo de Cultura y Ciencia en Fundación La Caixa.

diversas formas, como bajas laborales, el paro, etc. Se articula así como un modelo económico y un modelo social con origen europeo, que sigue a otros que nacieron a finales del siglo XIX, como Caja Madrid, modelo que solo se puso en cuestionamiento cuando tuvo una crisis de crecimiento para pasar de cajas de ahorros a fundaciones bancarias, con excepción de Alemania, que mantiene el modelo vigente de entidades locales o regionales de cajas de ahorro de titularidad pública. En el caso español, en 2014 se produce una crisis del sistema financiero que culmina con la transformación de las cajas de ahorros –que actuaban *de facto* como bancos, pero sin un sistema de gobierno para su control– en bancos privados, como fue el caso de La Caixa.

Desde el 2014 hasta el día de hoy, el peso específico de la Fundación “la Caixa” como accionista principal de CaixaBank ha bajado significativamente, pasando de un 60 % a un 30 % en vista de que el banco ha crecido y, por ende, la participación ha decrecido. Con independencia del desarrollo vivido por Fundación “la Caixa” desde su nacimiento, la misión y la voluntad se mantiene: desarrollo económico y desarrollo social. A ese último se destinan dos tercios del presupuesto anual, con lo que el rendimiento económico se transforma en retorno social.

De entre algunos de los hitos culturales de la Fundación “la Caixa” destacan la incorporación de bibliotecas en 1920, el museo social en 1925, el Centro Cultural Palau Macaya en 1978, el inicio de la Colección “la Caixa” de Arte Contemporáneo en 1985 o CaixaForum+ en 2021. Todo ello supuso la conversión de un actor cultural local a nacional.

El denominado Modelo CaixaForum tiene la misión de acercar la cultura y la ciencia a todos los públicos, tomando la cultura como motor de transformación y cohesión social. Ello se lleva a cabo a través de tres estrategias principales: creación de centros CaixaForum que aúnan cultura y ciencia y el Museo de la Ciencia CosmoCaixa, proyectos itinerantes y la plataforma CaixaForum+.

En lo relativo a los proyectos itinerantes, se trata de instalaciones en el centro de las ciudades con los permisos oportunos de los ayuntamientos y consisten en exposiciones gratuitas que permiten desmontarse fácilmente para que se trasladen a otras ciudades al cabo de unas semanas.

Culminando el Modelo CaixaForum, se presenta la plataforma CaixaForum+ para cumplir con la misión de la Fundación de acercar la cultura a todos y con el fin de sobrepasar las limitaciones evidentes que plantean las exposiciones presenciales. CaixaForum+ permite a las personas residentes en España y Portugal acceder a un contenido gratuito cultural y de divulgación científica de forma

accesible para todos los públicos desde cualquier lugar, multidispositivo, con alianzas con grandes *partners* del sector cultural (e. g., Guggenheim, Liceu, Museo del Prado, British Museum...), con producciones públicas.

IV. MUSEO NACIONAL THYSSEN-BORNEMISZA

La ponencia de **D. Evelio Acevedo**⁶ versó sobre el marco jurídico y actual plan de actuación del Museo Nacional Thyssen-Bornemisza, atendiendo a la evolución histórica de la colección, originariamente privada, creada por la familia Thyssen, y tomando como punto de partida los inicios del siglo XX, cuando la colección empezó a formarse de la mano de August Thyssen, sin obviar cómo las dos guerras mundiales obstaculizaron el desarrollo de la colección.

Uno de los hijos de August Thyssen, Heinrich, baron Thyssen-Bornemisza, continuó materializando el afán coleccionista de su padre y se enfocó en la cultura germánica, antigua y renacentista italiana. Al fallecer, en 1947, su colección –ya formada por unas 350 piezas– se dispersó entre sus herederos, de entre los que destaca Hans Heinrich von Thyssen-Bornemisza, el único con una vocación artística que sufre con la división de las piezas de su padre. A lo largo de su vida, su propósito fue reunir la totalidad de las piezas adquiridas por su padre y aumentar la colección. En la década de 1960 empieza a coleccionar arte moderno, una vez que se hace con el emporio familiar, para marcar su propia impronta, como muestra de que los tiempos han cambiado. Entretanto, cae rendido del expresionismo alemán, entre otras razones, al ser el movimiento más castigado por el régimen nazi.

Así, en 1992 la colección –ya formada por más de mil piezas– se ofrece al público por primera vez en el Palacio de Villahermosa, cuando ya había negociaciones abiertas para la venta de la colección en su totalidad, con el objetivo de evitar la dispersión que sufrió la colección de su padre, para asegurarse que estuviera protegida y compartida con la gente. En esa operación, tanto Reino Unido como Suiza mostraron gran interés, aunque finalmente, debido a su vinculación con España tras su matrimonio con Carmen Cervera, fue el Estado español el que se hizo con la colección tras negociaciones con distintos ministros de Cultura, en particular Jorge Semprún y Javier Solana, aunque la venta la firmó el posterior ministro de Cultura Solé Tura. Pese a haber sido cuestionada, la venta de la colección ha demostrado ser un acierto para el Estado español, ya que, en lo relativo a la pintura clásica, es un complemento idóneo a las colecciones del Museo Nacional del Prado que

6. Director gerente del Museo Nacional Thyssen-Bornemisza.

enriquece el patrimonio artístico de España. Además, se aporta una gran colección de pintura germánica, en particular, a partir de mediados del siglo XIX, que es la época de la que España posee menos obras.

En consecuencia, a partir de 1993 España adquiere la colección, publicada mediante Real Decreto 11/1993 de 18 de julio, que establece las medidas regulatorias del contrato de adquisición de la colección. En 2004 la colección Thyssen-Bornemisza se amplió y tuvo importantes consecuencias, porque el proyecto, tal y como se concibe inicialmente, es un museo que mostrará una colección cerrada. Después, se ve necesaria una ampliación con el fallecimiento del barón y la herencia de su viuda, pues entendió que lo mejor que podía hacer es que el museo albergase, junto con la colección del barón, las piezas que quedaron fuera de la colección. Habida cuenta de ello, se compraron espacios adyacentes al palacio para albergar así tanto la Colección Carmen Thyssen como las oficinas y la sala de exposiciones temporales principal del museo.

En el 2017, el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte decidió, en reconocimiento al trabajo de 25 años y a la importancia adquirida como pinacoteca, otorgarle el título de Museo Nacional Thyssen-Bornemisza. En esa progresión, en 2018 el museo firmó un acuerdo con Thyssen-Bornemisza Art Contemporary – TBA21, fundado por la hija de Hans Heinrich, Francesca Thyssen-Bornemisza, mecenas del arte contemporáneo, como forma de continuar con ese legado para que no se terminara en el siglo XX y extendiera su alcance al siglo XXI.

Actualmente, el Museo Nacional Thyssen-Bornemisza es una fundación del sector público, cuyo órgano de gobierno fundamental es un patronato compuesto por doce patronos, cuatro de los cuales son miembros de la familia Thyssen-Bornemisza; otros cuatro son nombrados por el Gobierno, que no necesariamente han de ostentar cargos públicos; y otros cuatro, *ex officio* con el ministro de Cultura, el secretario general, el subsecretario del Ministerio y Secretaría de Estado de Presupuestos. El Museo Nacional Thyssen-Bornemisza forma parte de la red de museos de España, regulado por Real Decreto 1305/2009 de 31 de julio. Asimismo, el Ministerio de Cultura y Deporte participa en los órganos de gobierno en virtud del Real Decreto Ley 11/1993, de 18 de junio, que regula las medidas del contrato de adquisición de la colección Thyssen-Bornemisza.

Su Plan Estratégico –renovado en periodos de cinco años– parte del entendimiento de que el arte tiene la capacidad de enriquecernos como individuos, asimilando la colección como una gran herramienta para ello. Un museo del siglo XXI es un servicio público para la sociedad y debe intentar ser un agente de cambio, un promovedor de debates sobre las preocupa-

ciones de la sociedad, capaz de desarrollar sensibilidades y de construir, en consecuencia, mejores individuos y mejores sociedades.

La misión es la conservación de la colección, indiscutiblemente, para entregarla en las mejores condiciones a las generaciones venideras. Además, la misión incluye programar contenidos que den a conocer la colección y aproximen el arte a la sociedad a través de la difusión.

Los valores son la excelencia –siempre pensando en un trabajo al servicio de los demás–, la inclusión, la igualdad y la sostenibilidad, junto con la transparencia, más aún al ser una institución que se sirve de fondos públicos. Desde 2019, se concibe como el museo más transparente de España en el *ranking* de la Fundación Compromiso y Transparencia y en línea con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante, «ODS»).

El aspecto digital del Museo Nacional Thyssen-Bornemisza ha experimentado un gran desarrollo en los últimos años en vista del gran número de visitantes *online*. Se entiende y se ha demostrado que no es una figura antagónica al visitante presencial, simplemente complementaria, pues es un estímulo para el visitante *online* la idea de visitar el museo de manera presencial. En paralelo, se han iniciado *podcasts* que se enfocan en un deseo de que el público conozca al museo en todo aquello que no se puede conocer cuando se visita presencialmente, incluidas cuestiones relacionadas con la gestión. Ello ha permitido que se realicen visitas guiadas *online* en las que se ofrecen aspectos muy distintos a los de la visita presencial, como la posibilidad de ver el reverso del cuadro, rayos X, muestras de las capas de la pintura, los detalles que se pueden apreciar con todos los geopíxeles... Todo ello se ha convertido en una antesala de la visita presencial y, en consecuencia, la convergencia digital supone un profundo cambio cultural de la organización de forma intrínseca.

A través de la digitalización se han incorporado al museo distintos públicos que esperan cosas diferentes, por lo que es necesario ser capaces de ofrecerles lo que esperan: una ultraespecialización de los contenidos enfocada en cubrir las necesidades de los distintos perfiles de visitantes, entendiendo al público digital como una comunidad con expectativas e intereses dispares.

El Plan Estratégico se establece con una duración de cinco años alrededor de seis ejes: (i) museo nacional y público; (ii) carácter social de la institución; (iii) vanguardia de la innovación y tecnología; (iv) mejora de ingresos; (v) eficiencia y reducción de costes; y (vi) conservación de la colección permanente, exposiciones temporales y comunicación. Si bien este plan se elaboró

en 2019, en 2020 se modificó ligeramente para dotar al último eje de la idea de desarrollo estratégico.

Todo ello promueve la conservación de la colección permanente y de las exposiciones temporales, y garantiza la optimización del control de los procesos en las áreas artísticas para que la información esté actualizada y centralizada.

V. MUSEO NACIONAL CENTRO DE ARTE REINA SOFÍA

La intervención de D.^a **María López-Frías López-Jurado**⁷ tuvo por objeto el marco jurídico del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía (en adelante, el «Museo» o «MNCARS» indistintamente). El Museo tiene varios rasgos característicos en la aplicación del Derecho: es un organismo público, con personalidad jurídica propia, y tiene plena capacidad de obrar, pública y privada, para el cumplimiento de sus fines. Se trata de un régimen jurídico especial, y similar al que se expuso a propósito del Museo Nacional del Prado.

El Museo es relativamente nuevo, puesto que fue oficialmente creado en 1988, como organismo autónomo dependiente del Ministerio de Cultura. Su sede es el antiguo Hospital San Carlos y se nutrió con los fondos artísticos del entonces Museo Español de Arte Contemporáneo.

La evolución del MNCARS y su importancia han hecho necesarias remodelaciones y adaptaciones posteriores, como la inaugurada en el año 2005, obra de Jean Nouvel. El Museo forma parte del Triángulo del Arte y, por tanto, del Paisaje de la Luz declarado Patrimonio de la Humanidad en 2021. Cuenta con otras dos sedes adicionales: el Palacio de Cristal y el Palacio de Velázquez.

El MNCARS se crea oficialmente en el año 1988 mediante el Real Decreto 535/1988. En aquel momento fue necesario determinar cuál era el ámbito de este Museo respecto del Museo Nacional del Prado. Por eso, en el año 1995 se aprueba el Real Decreto 410/1995 que establece la reordenación de las colecciones en función del año de nacimiento de Picasso (1881), con determinadas excepciones. En el mismo Real Decreto se crea la Comisión Mixta de ambos museos para gestionar la integración en las colecciones de uno u otro, trabajo que finalizó en el año 2016. Las adquisiciones posteriores no están sujetas a la aprobación de la Comisión Mixta.

El estatuto jurídico se compone de la Ley 34/2011, de 4 de octubre, reguladora del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, y el Real Decreto 188

7. Abogada del Estado en el Ministerio de Cultura.

2013, de 15 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, con carácter específico, y con especial incidencia de la Ley de Patrimonio Histórico Español como normativa general de aplicación. Tanto la Ley como el Estatuto recogen la misión del MNCARS, que es en esencia la promoción del arte moderno y contemporáneo.

Los órganos de gobierno son la Presidencia, el Real Patronato –que puede funcionar en Pleno o en Comisión Permanente– y la Dirección. El Real Patronato se compone de representantes del Ministerio de Cultura y del Ministerio de Hacienda, la Dirección del Museo, tres vocales designados por los gobiernos autonómicos y la Presidencia de la Fundación de Amigos, todos ellos con condición de vocales natos. Además, hay hasta veinte vocales nombrados por el ministro de Cultura, y hasta diez patronos de honor nombrados por el Real Patronato.

El Real Patronato es el órgano con mayor ámbito de competencias: organiza la dirección y plan de actuación del Museo, sus objetivos, propone la aceptación de donaciones, legados y herencias al Ministerio de Cultura, designa a los miembros del Pleno para determinadas misiones especiales, informa el programa anual de exposiciones y realiza los nombramientos de patronos de honor, entre otras. En cuanto a la Comisión Permanente, dispone de funciones más ejecutivas (autorización de adquisiciones, depósitos, solicitud de adscripción de bienes inmuebles, aceptación de aportaciones económicas, separación del personal directivo, entre otras).

Desde el punto de vista de la gestión del MNCARS, hay que tener en cuenta la confluencia de normas de derecho público y privado, aunque es mayor la aplicación de normas del primero. Con carácter general, el régimen de contratación es el de la contratación pública, lo cual exige una mayor previsión en los tiempos. No obstante, para las actividades comerciales (como la organización de exposiciones temporales), se contempla una mayor flexibilidad que permite la aplicación de ciertas reglas de derecho privado. El órgano de contratación es la Dirección del Museo, y cuenta con un órgano de asistencia permanente.

Desde el punto de vista presupuestario, el régimen aplicable es el de la Ley General Presupuestaria. El Museo tiene capacidad de generar sus propios recursos. Las opciones para generar son muy variadas, aunque la principal es la venta de entradas. También se generan ingresos mediante las tasas por utilización de espacios, la prestación de actividades, como el préstamo de obras o la reproducción de material fotográfico. El Museo tiene la consideración de entidad beneficiaria del mecenazgo, a los efectos de la Ley 49/2002. En cuanto al personal, tiene condición de personal laboral y está sujeto al

Convenio colectivo único para el personal laboral de la AGE, lo cual lo dota de una mayor flexibilidad, con la particularidad de que la selección de la persona que ocupe la Dirección se realiza mediante un proceso selectivo público.

En lo relativo a las diferentes formas de adquisición de bienes con las que cuenta el Museo, en la Memoria de 2021 consta que en aquel año se incorporaron a la colección 1804 obras. Las opciones para la adquisición de obras son muy numerosas: el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, la oferta de venta irrevocable, la expropiación forzosa, la dación en pago de impuestos, los bienes exportados sin la autorización necesaria, la oferta directa de venta, las donaciones, herencias y legados, y la prescripción adquisitiva.

Finalmente, el Museo cuenta con la Fundación MNCARS como fundación de apoyo para el acrecentamiento de los fondos, y con la Fundación Amigos del MNCARS, que tiene como objetivo también la ayuda en la gestión y la fidelización con él. Del mismo modo que el MNP, el MNCARS tiene como reto pendiente la adaptación a la Ley 40/2015 antes del próximo 1 de octubre de 2024.

En segundo lugar, intervino **D. Julián González Cid**⁸, que señaló una serie de normas específicas que condicionan la gestión cotidiana del Museo. En concreto, destaca la Orden CUD/990/2020, de 16 de octubre, sobre fijación de límites para la administración de determinados créditos para gastos y de delegación de competencias; el Real Decreto 509/2020, de 5 de mayo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Cultura y Deporte; y la Resolución de 21 de diciembre de 2021, del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Permanente del Real Patronato del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, en el que se establecen los precios públicos de entrada al MNCARS.

La organización interna del Museo se articula a través de una Subdirección Artística (de la que dependen el área de colecciones, la restauración, el área de exposiciones, la dirección de actividades públicas y las actividades editoriales) y una Subdirección de Gerencia, compuesta por múltiples áreas que sustentan la gestión cotidiana del Museo.

A nivel de recursos humanos, uno de los principales problemas del MNCARS es la contratación de vigilantes temporales, por la dificultad de prever las necesidades, y ello impide la apertura completa de todas las instalaciones. Actualmente, está en curso la convocatoria de proceso selectivo para la contratación de vigilantes fijos. Igualmente, se están desarrollando procesos de estabilización para personas que están fuera del convenio.

8. Subdirector Gerente del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía.

En cuanto a las formas de captación de ingresos, además de la venta de entradas como fuente principal, el Museo cuenta con variadas formas de patrocinio a través de líneas de colaboración. También se generan ingresos mediante el alquiler de espacios, y el Museo cuenta con una serie de concesiones de servicios al visitante que suponen una importante fuente de ingresos propios.

A modo de conclusión, la ponencia de **D.^a Rosario Peiró**⁹ presentó el Departamento de Colecciones dentro de la Subdirección Artística del Museo, a través de sus diferentes áreas de trabajo, pues las labores del Museo, en la última década, han estado focalizadas en la modernización del trabajo, en gran parte a través de su digitalización.

La labor de investigación es fundamental en el Departamento de Colecciones, que conlleva no solamente el estudio de la propia colección, sino también de futuras adquisiciones, depósitos y subastas, así como la elaboración de informes para el Ministerio de Cultura. La difusión se realiza a través de la propia web del Museo y *sites* específicos de temas puntuales. El departamento también se ocupa de la organización de la exposición y su presentación, y del patrocinio de producciones. Adicionalmente, se lleva a cabo la gestión administrativa de la colección y del registro de obras de arte. Todas estas tareas se realizan en colaboración con otras áreas del Museo y entidades externas.

La presentación de las colecciones lleva mucho tiempo, tanto para formar la propia colección como para gestar un proyecto propio. A modo de ejemplo, cuando la ponente se incorporó al Museo, comenzó su trabajo con una presentación específica del *Guernica*, al ser una especialista en la materia. Las nuevas adquisiciones también determinan el foco de las nuevas presentaciones, como forma de ponerlas en valor (recientemente, se ha realizado un proyecto sobre mujer y vanguardia). Las líneas de investigación también se marcan pensando en los proyectos que se pretenden ejecutar. En todo ello, la persona que dirige el departamento tiene una visión global y marca las pautas generales para alcanzar los objetivos.

Las funciones de la jefa del Área de Colecciones pueden agruparse en seis vértices: (i) investigación, comisariado y programación de colecciones; (ii) relaciones institucionales, con agentes del mercado del arte, coleccionistas, instituciones nacionales e internacionales de arte contemporáneo, y organismos administrativos; (iii) producción, que engloba todo lo relacionado con los calendarios y la gestión de las obras de la colección; (iv) elaboración de textos e impartición de cursos y conferencias, como manera primordial

9. Jefa del Área de Colecciones del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía.

de acercarse al público general, más allá de los propios asistentes al Museo; (v) dirección de procesos relacionados con la presentación de los proyectos, coordinación del personal y de la contratación; y (vi) comunicación interna.

Como proyecto más destacado en su trabajo en el MNCARS, la ponente se centró en la presentación de la colección del Museo inaugurada el 27 de noviembre de 2021, bajo el título de «Vasos comunicantes – Colección 1881-2021». El trabajo de comisariado tuvo lugar entre los años 2018 y 2021, pero ya desde el año 2009 se comenzó con las labores de investigación y adquisición. La presentación incluye 3179 obras, y abarca un espacio de más de 7000 metros cuadrados instalados, con un tiempo de montaje de 14 meses.

La creación de colecciones requiere poner el foco en las adquisiciones. Dadas las enormes dificultades que conlleva la adquisición onerosa de obras, el Museo ha acrecentado su colección mediante un trabajo de compras que parecen en contra del mercado, buscando obras que en ocasiones no estaban en el propio mercado o que han podido pasar desapercibidas. Las colecciones se crean mediante un trabajo colectivo, en el que se incorpora a especialistas de la época y la geografía de interés.

Por último, se proponen una serie de cuestiones sujetas a debate desde la perspectiva de las colecciones del Museo. Una de ellas es el tratamiento de las obras en colecciones públicas cuando hay un grupo numeroso de obras de un mismo autor y características, y cómo se podría proceder a su enajenación. La separación de colecciones también plantea una discusión interesante en torno a determinados materiales que en función de su forma de análisis han estado adscritos, bien a departamentos de documentación, o bien a las colecciones. El cambio de adscripciones es algo muy difícil dentro de una institución de semejante estructura, como sucede con las correcciones de inventario (siendo conscientes de que existen errores en la incorporación al inventario de determinados elementos que no deberían estar incluidos).

La compra en subastas es de extrema dificultad en plazas internacionales para un museo público. Dejando de lado lo elevado de los precios, otro de los problemas que plantea es el interés que se devenga desde el día siguiente a la adquisición de la obra hasta que esta se recoge, lo cual genera un sobre coste enorme. Por otro lado, los honorarios administrativos que se devengan gracias, por ejemplo, al préstamo de obras, no se destinan al Departamento de Colecciones, lo cual sería muy valioso para facilitar las adquisiciones. La ponente terminó su exposición insistiendo en que el entendimiento entre el Museo y la Administración es esencial para que los proyectos salgan adelante.

VI. FUNDACIÓN JUAN MARCH

D. Manuel Fontán del Junco¹⁰ se ocupó de presentar la Fundación Juan March (en adelante, la «Fundación»), que fue la primera fundación en sentido moderno en nuestro país. Sus estatutos, firmados en 1955, reflejan una concepción moderna de la misión de la Fundación, con una visión hacia el futuro. La sede de la Fundación se encuentra en Madrid, en un edificio brutalista de los años 70. En el año 1981, la Fundación acepta la donación por parte de Fernando Zóbel del Museo de Arte Abstracto Español en Cuenca, que había sido creado por el propio Zóbel en 1966. En 1990, se decide abrir una nueva sede en Palma, donde se ubica la Colección March.

La Fundación es una fundación familiar, de carácter privado, con un Patronato de menos de diez miembros, de los cuales dos de ellos son descendientes de los fundadores. Su presupuesto se financia a través del rendimiento anual de la cartera de valores financiada con las aportaciones fundacionales, lo cual permite no tener que dedicar medios a conseguir patrocinios ni depender de fondos públicos.

En el terreno del arte, en los años 70 había una falta de exposiciones sobre las grandes figuras del arte moderno, y este es el hueco que la Fundación se propuso llenar desde sus comienzos. Así se hizo durante décadas, trayendo a España por primera vez a grandes artistas internacionales. Sin embargo, en el año 2005, coincidiendo con el 50 aniversario de la Fundación, se abrió la cuestión de si era momento de replantear la estrategia en este sentido, también habida cuenta de la creación de nuevas instituciones de arte moderno y contemporáneo, como el Museo Thyssen o el MNCARS. El cambio de concepto que se produjo se basó en que las exposiciones pasaron a ser proyectos de investigación, y no tanto el reflejo de un evento local.

Una de las ventajas principales del marco jurídico en su gestión cotidiana es su absoluta libertad, gracias a su financiación totalmente independiente. En este trabajo de investigación, los propios catálogos elaborados a propósito de las exposiciones llegan a convertirse en monografías de referencia con difusión internacional. El desarrollo de los proyectos tiene como centro las ideas, y para ello resulta necesario tener siempre una vela encendida al trabajo individual y otra al trabajo práctico.

A continuación, el ponente realizó un breve recorrido por algunas de las exposiciones más célebres y singulares que se han llevado a cabo: «La abs-

10. Director de Museos y Exposiciones de la Fundación Juan March.

tracción del paisaje. Del romanticismo nórdico al expresionismo abstracto» (2007), «La Ilustración total. Arte conceptual de Moscú» (2008), «América fría. La abstracción geométrica en Latinoamérica» (2011), entre otras.

En el ámbito de los museos propios de la Fundación, durante los años de mayor difusión de sus exposiciones, entre los años 70 y 2005, las grandes exposiciones pudieron hacer cierta sombra a la colección propia de la Fundación. Sin embargo, la colección fue creciendo al ritmo de la actividad de la Fundación. Una de las vías de ingreso de nuevas obras fue a través de la concesión de becas. Igualmente, la aceptación de la donación de la colección de Fernando Zóbel también supuso un importante ingreso de nuevas obras de muy diversos formatos, así como su biblioteca.

El caso de la Fundación es un ejemplo de la virtud que supone para un proyecto cultural contar con su propio patrimonio, y, en consecuencia, depender solo de sí misma. Esta estabilidad aporta una continuidad al proyecto. En el momento actual, se ha hecho un gran esfuerzo en la digitalización de los contenidos de la Fundación a través del Canal March.

VII. MUSEO GUGGENHEIM BILBAO

El origen del Museo Guggenheim Bilbao (en adelante, el «Museo») se sitúa hace 32 años, en un momento muy concreto de la historia para España, y también para Europa. Se trataba de un contexto difícil desde el punto de vista socioeconómico, y España se acababa de incorporar a la Unión Europea. En este escenario, la ciudad de Bilbao decidió acometer un proyecto para dar a la ciudad un futuro mejor, y para ello, el Museo supuso un elemento fundamental de transformación con centralidad cultural.

La transformación de Bilbao, según expusieron los ponentes **D. Juan Ignacio Vidarte**¹¹ y **D. Javier Balza**¹², conllevó la dinamización urbana de una zona industrial que contaba con unas características demográficas óptimas para convertirse una ciudad relevante a nivel europeo. En ello, el Museo devino un elemento de transformación social, pese al escepticismo inicial debido a la falta de experiencias previas que ilustrasen los beneficios no culturales de un proyecto cultural de semejante envergadura. La realidad ha demostrado que los objetivos se han ido cumpliendo. El Museo ha sido un agente de revitalización económica, afirmación que puede contrastarse

11. Director general del Museo Guggenheim Bilbao.

12. Abogado de Uría Menéndez.

con las cifras más recientes. Por ejemplo, de los 500 millones de euros anuales de actividad económica adicional que genera la atracción de visitantes, aproximadamente 70 millones son ingresos fiscales (lo que supone entre un 70-80 % de lo que supuso la inversión inicial de Museo).

El Museo es un proyecto basado en alianzas desde su origen. La Fundación Guggenheim buscaba reforzar su presencia en Europa, tras el proyecto en Venecia, y, por su parte, la ciudad de Bilbao pensaba en reforzar su proyecto cultural, con una iniciativa de proyección mundial. El vínculo con la comunidad es también un elemento que define el Museo, no solo por su sostenibilidad financiera, sino también porque se busca mantener una red de apoyo y *feedback* permanente. Asimismo, el Museo persigue una orientación educativa, abierta a una audiencia internacional –dos tercios de los visitantes vienen de fuera de España– y diversa en cuanto a perfiles y expectativas.

La arquitectura singular es una herramienta clave en la propuesta de valor del Museo. Es importante como tarjeta de presentación visual y además permite contar con espacios expositivos únicos. La colección se nutre de los fondos de las colecciones Guggenheim, pero cuenta con su propia colección, que se ha ido creando desde 1996 y que se centra en la segunda mitad del siglo XX. La colección articula la relación entre el arte americano y europeo de la posguerra, con algunas obras específicamente creadas para el Museo, con representación de arte vasco y español. El Museo cuenta con aproximadamente 180 obras de 90 artistas. La programación artística pretende ser una de las claves del Museo por su calidad. El modelo operativo se basa en una estructura de fundación de gestión. Lo que le ha aportado sostenibilidad es un sistema de financiación equilibrado, con tres fuentes de peso muy parecido: subvenciones públicas (31 %), aportaciones privadas (34 %) y visitantes (35 %).

Los retos del futuro del Museo se centran en su estrategia digital, la sostenibilidad medioambiental y la ampliación discontinua en Urdaibai.

Desde la perspectiva jurídica, el Museo es un caso ejemplar de colaboración público-privada. Es hijo directo entre la Administración vasca y la Fundación Solomon R. Guggenheim de Nueva York, entidad privada sin ánimo de lucro. El primer acuerdo se firmó en 1991, con intervención tanto del Gobierno autonómico como de la Diputación Foral de Bizkaia. En 1994 se firmó el llamado acuerdo de gestión, en el que por parte de la Administración se había constituido ya un Consorcio para desarrollar el proyecto. El tercer hito es el acuerdo de renovación, firmado en 2014, ya suscrito por la Fundación Museo Guggenheim Bilbao y la Fundación americana.

La estructura de gobierno es tripartita: (i) la Fundación; (ii) una sociedad mercantil cuyo objeto social es la construcción y propiedad del edificio, el solar y otros inmuebles accesorios (Inmobiliaria Museo de Arte Moderno y Contemporáneo de Bilbao, S.L.); y (iii) otra sociedad cuyo objeto es la adquisición de obras de arte para la colección propia del Museo (Tenedora Museo de Arte Moderno y Contemporáneo de Bilbao, S.L.). El capital social tanto de la Inmobiliaria como de la Tenedora es de titularidad 100 % pública.

Otra de las conclusiones que se extrae de la lectura conjunta de los tres acuerdos es el avance en cuanto a la autonomía del proyecto respecto a la Administración vasca. Esto ha sido fruto del trabajo continuo de la Fundación. En 1991, la intervención de la Administración no contaba ni con un instrumento con personalidad jurídica propia, paso que tuvo lugar con la creación del Consorcio en el año 1994. En 2014, la Fundación ha sustituido por completo al Consorcio. Ha habido grandes avances en cuanto al protagonismo de la Fundación respecto de su posición inicial en comparación con las potestades de la Fundación americana. De hecho, en el año 2014, la Fundación ha pasado a asumir la dirección y programación artística, con la colaboración de la Fundación americana. Eso sí, esta última colaboración sigue siendo fundamental para el desarrollo de la colección.

El capital de la Inmobiliaria corresponde en un 42,27 % al Gobierno vasco, otro tanto a la Diputación Foral de Bizkaia y el 15,46 % restante al Ayuntamiento de Bilbao. El consejo de administración se reparte de forma proporcional. La sociedad pertenece al sector público vasco, de acuerdo con la Ley 3/2022, de 12 de mayo, del Sector Público Vasco, bajo el concepto de las entidades participadas, que se rigen por esa misma Ley, la norma de creación de la entidad (no es el caso), sus estatutos y los convenios entre las Administraciones partícipes. En cuanto a la Tenedora, su capital está repartido al 50 % entre la Administración autonómica y la Diputación Foral, con reparto proporcional en el consejo de administración, y se rige igualmente por lo dispuesto para las entidades participadas.

Respecto de las fundaciones, lo que determina su régimen de adscripción es el ámbito principal de actividades. No obstante, también debemos estar a los requisitos que establecen las normativas estatal, autonómica y foral, en cuanto a la consideración como fundación del sector público. En el caso de la Fundación, se dijo que el ámbito principal de actuación era el País Vasco. Para ello, la norma autonómica exige mayoría de representantes del sector público en el Patronato, y, o bien que la dotación fundacional sea aportada en más del 50 % de su valor por el sector público autonómico, o bien que

su patrimonio fundacional esté formado con un carácter de permanencia en más de un 50 % de su valor por bienes o derechos aportados por el sector público autonómico. La conclusión de este régimen es que la Fundación es de naturaleza privada, no estando integrada en el sector público, puesto que no cumple los requisitos de las normativas estatal, autonómica ni foral.

En síntesis, el Museo es un ejemplo extraordinario de colaboración público-privada. Su gobernanza se divide en Fundación de carácter privado, e Inmobiliaria y Tenedora de carácter público. El crecimiento y la experiencia ganada en la gestión lo han dotado de identidad y autonomía propias, sin olvidar la relevancia de la Fundación americana. En definitiva, el proyecto se considera un éxito en crecimiento.

VIII. RED DE MUSEOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE PATRIMONIO CULTURAL Y BELLAS ARTES

La ponencia de **D.ª Mercedes Roldán Sánchez**¹³ versó sobre los museos cuya titularidad y gestión dependen de la Dirección General de Patrimonio Cultural y Bellas Artes, excluyendo, por tanto, a los museos cuya gestión ha sido transferida a las comunidades autónomas. Se trata de dieciséis museos, ocho de los cuales están ubicados en la Comunidad de Madrid y los restantes en seis comunidades autónomas distintas, lo cual determina el modelo de gestión.

A nivel presupuestario, la gestión de estos museos cuenta en el año 2023 con un presupuesto de casi 90 millones de euros, con un importante incremento comparado con los últimos años (casi un 10 % respecto del año 2022). Las partidas de mayor gasto son las relativas al personal, los gastos corrientes en bienes y servicios y las transferencias corrientes. Los recursos humanos son uno de los pilares fundamentales y que pueden condicionar el desempeño de los museos. Los museos de titularidad y gestión estatal cuentan con una plantilla de 800 empleados públicos, de los cuales aproximadamente 340 son funcionarios y 460 son personal laboral.

Estos museos son los siguientes: el Museo Arqueológico Nacional, el Museo Nacional de Antropología, el Museo Nacional de Artes Decorativas, el Museo Nacional del Romanticismo, el Museo Cerralbo, el Museo Sorolla, el Museo Nacional de Escultura, el Museo Casa de Cervantes, el Museo del Greco, el Museo de América, el Museo Nacional de Cerámica y Artes Suntuarias «González Martí», el Museo Sefardí, el Museo de Arte Romano,

13. Subdirectora general de Museos Estatales.

el Museo Nacional y Centro de Investigación de Altamira, el Museo Nacional de Arqueología Subacuática – Arqua y el Museo del Traje – Centro de Interpretación del Patrimonio Etnológico.

La normativa expuesta a raíz del recorrido por estos dieciséis museos es de ámbito estatal. No obstante, la normativa autonómica también incide en ciertos aspectos de su régimen jurídico. Por ello, resulta muy práctico acudir al Código de Museos publicado por el *Boletín Oficial del Estado* para obtener la información completa respecto de la legislación museística.

Es importante también conocer la distinción entre ciertos conceptos museísticos: el plan museológico, el plan director, los planes estratégicos generales y los planes operativos anuales. El plan museológico se define como una herramienta de planificación en sentido global, que ordena los objetivos y actuaciones de una institución y se estructura en fases sucesivas de definición de la institución, planteamiento conceptual, análisis y evaluación, y elaboración del programa. El Ministerio de Cultura pretendió sistematizar los planes museológicos mediante la publicación en el año 2006 de un documento que contiene los criterios orientadores para su elaboración. Este tipo de documento se elaboró tanto para Arqua como para el Museo del Greco.

Por otro lado, en cuanto al plan director, plan estratégico o plan general de actuación, no hablamos de una única metodología, sino que nos referimos a documentos diversos que tienen en común que recogen y sistematizan los objetivos de un museo en un período que puede ir entre los tres y los cinco años. Este tipo de documento ha sido elaborado tanto por el Museo Nacional de Antropología como por el Museo Nacional de Artes Decorativas, ambos de acceso público. Posteriormente, los directores que han defendido un proyecto en su proceso de selección han presentado un plan director, pero, a día de hoy, algunos de ellos no son consultables en línea.

En cambio, el Plan Operativo Anual, conocido como POA, se aprueba con carácter anual y es un documento de carácter ejecutivo, y contiene indicadores de resultados y fichas de actividades, que se corresponde con una metodología propuesta por el INAP. Esta operativa no está implementada en todos los museos de titularidad y gestión estatal.

Desde el año 2021, la Subdirección General de Museos Estatales viene impulsando una serie de líneas estratégicas: la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU, la investigación de colecciones aplicada a lecturas actualizadas del patrimonio museístico (bajo el entendido de que la investigación académica debe tener un retorno en las colecciones) y el

fomento de la creación y difusión artística contemporánea. Desde el punto de vista organizacional, las competencias de la Subdirección General para llevar a cabo esta labor se recogen en el artículo 5 del Real Decreto 509/2020, de 5 de mayo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Cultura y Deporte.

La actualización de las lecturas del patrimonio se pretende llevar a cabo desde una serie de perspectivas, que son las que el propio Consejo Internacional de Museos ha integrado en el concepto de museo, actualizado en Praga en 2022. Estas ideas incorporadas al concepto de museo ya venían estando en la práctica de los museos, pero, desde entonces, cualquier institución que se quiera identificar como museo debe responder a cuestiones como la accesibilidad, la inclusión, la diversidad, la sostenibilidad o la participación de las comunidades. También se hace especial hincapié en el intercambio de conocimientos y la reflexión. El museo se aleja más del concepto de templo y se acerca hacia un ágora, como espacio de discusión.

Los proyectos transversales, que afectan a todos o buena parte de los museos de titularidad y gestión estatal, pretenden el desarrollo de las líneas estratégicas, bajo la coordinación de la Subdirección General. En el ámbito de colecciones, la renovación tecnológica se desarrolla a partir de las herramientas DOMUS y *CER.es*, y en infraestructuras se ha implantado la conexión wifi en los dieciséis museos, lo cual devino fundamental cuando fue necesario prescindir del papel por la situación sanitaria. Este último avance, más costoso y complejo de lo que parece, está prácticamente conseguido. Muchos proyectos de difusión son también de carácter transversal, y desde la Consejería Técnica se coordinan los proyectos relativos a igualdad de género y la lucha contra la pobreza infantil, así como las ayudas para la promoción del arte. Por último, desde el área de exposiciones, se están llevando proyectos expositivos de arte contemporáneo a muchos de estos museos con colecciones históricas.

En materia de sostenibilidad, Ibermuseos ha implementado una Guía de Autoevaluación en Sostenibilidad para Museos, y, desde el Observatorio de Museos de España, se está impulsando un proyecto para compartir información sobre elementos museográficos que se puedan reutilizar y la itinerancia de exposiciones temporales, como forma de amortizar su elevado coste.

Otra de las líneas transversales que está dando pie al desarrollo de un mayor número de proyectos es la igualdad de género. El reto está en encontrar nuevos formatos de actividades para avanzar en la línea de la igualdad. Uno de los proyectos son las videocartas, en las que cada museo eligió un objeto de su colección para crear un vínculo entre el pasado y el presente, y rescatar memorias.

En cuanto a las adquisiciones para el acrecentamiento de las colecciones, la competencia corresponde a la Junta de Calificación, Valoración y Exportación, que depende de la Dirección General de Patrimonio Cultural y Bellas Artes. En el año 2022, el volumen de compras superó los tres millones de euros, distribuidos entre los dieciséis museos. Las colecciones también se acrecientan mediante las donaciones. Finalmente, los préstamos y los depósitos también son un importante ejercicio de generosidad entre los museos, que en el 2022 ha supuesto el préstamo de más de 1500 piezas.

La intervención concluye con la presentación del proyecto Musae 2023, en el que cada vez se integran más estilos musicales diferentes y en el que está muy presente la diversidad.

IX. TABACALERA, CENTRO DE PRODUCCIÓN Y DE RESIDENCIAS ARTÍSTICAS

D.^a Mafalda Rodríguez¹⁴ expuso el proyecto estratégico del Ministerio de Cultura «Tabacalera», que, si bien trascenderá legislaturas, responde a las necesidades del sector. El edificio Tabacalera –antigua fábrica– se ubica en el centro de Madrid, inmerso en varias obras que se iniciaron en 2021, y presenta en la actualidad un notable estado decadente.

Se trata de un proyecto dedicado a impulsar y promocionar la creación artística contemporánea y apoyar el tejido artístico y creativo de todas las disciplinas. Es un modelo que, si bien no es novedoso, dota a nivel estatal de ese tejido a la base de la industria cultural. Hasta ahora, Tabacalera desarrollaba exposiciones que en la actualidad han sido desplazadas a los museos estatales en diálogo con sus colecciones, como manera de apertura de las instituciones a la ciudadanía, con mayor nivel de participación y mayor retorno social. Ello, además, responde a una palpable necesidad del sector: la falta de espacios de trabajo para los artistas, impulsando así un espacio de trabajo y de producción para que los creadores cuenten con los recursos necesarios para desarrollar su carrera profesional.

En cuanto al contexto histórico, el edificio de la Tabacalera se creó a finales del siglo XVIII como la Real Fábrica de Aguardientes y Naipes y, posteriormente, Fábrica de Tabacos de Madrid utilizada como tal hasta finales del siglo XX. En lo relativo al marco jurídico de protección, el edificio está incoado como Bien de Interés Cultural (en adelante, «BIC») desde 1977, y en 1993 aparece como edificio histórico de la Villa de Madrid.

14. Responsable del Proyecto Tabacalera.

Hay tres ámbitos de acción en el desarrollo del proyecto: ámbito local –conectado con su entorno urbano, en convivencia con asociaciones locales–, ámbito estatal –Ministerio de Cultura y de Transición Ecológica, universidades– y ámbito internacional.

El proyecto, concebido como un espacio público con gestión pública, persigue la creación de un ágora pública que emplee la cultura y el arte como herramientas de cohesión social. La intención es destinar a los artistas el 50 % del espacio, es decir, dos plantas del edificio. A los artistas que acudan con una beca de concurrencia pública se les dotará de un espacio y un programa de acompañamiento para ponerles en contacto con distintos agentes culturales para que suponga un apoyo en la profesionalización de su carrera, dotándoles con herramientas desde lo público y de manera estructural y estable que permita enriquecer el tejido cultural.

Tabacalera se centrará en los procesos de investigación y producción artística contemporánea, estando en contacto permanente con numerosos agentes del sector y, sobre todo, artistas, para identificar las necesidades que pudieran tener. La relación del espacio con el territorio se hará mediante acuerdos bilaterales con centros análogos para crear redes de reciprocidad y de intercambio.

El espacio se usará tanto por artistas residentes como por otros artistas que no residan en el espacio, pues podrán usar estudios individuales para desarrollar un proyecto concreto o talleres de producción para desarrollar su trabajo y contarán con la orientación profesional de jefes de taller, expertos del sector que se tomarán como referentes, para orientar sobre técnicas y a nivel profesional.

El centro, Tabacalera, ya cuenta con experiencia previa en la promoción artística entre 2010 y 2021, con la participación en exposiciones tanto individuales como colectivas, especialmente de fotografía, aunque también de otras disciplinas artísticas. Las actividades de exposición y programas públicos se hacían en la planta baja del edificio, y el edificio ha tenido una ocupación del 50 %, por una parte, usado por la Dirección General de Bellas Artes del Ministerio de Cultura y, por otro lado, ocupado por determinados grupos sociales desde la crisis del 2008. Estos grupos, tras dirigirse al Ministerio de Cultura para manifestar sus deseos y los de los vecinos de hacerse con algunos espacios en el edificio, consiguieron que el Ministerio de Cultura firmara una autorización especial de uso permitida por la ley. Desde entonces, se trabaja en comunidad y están integrados en el proyecto a futuro de Tabacalera.

En 2020, cuando se empezó a gestar el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, se decidió incluir a Tabacalera como pun-

to de partida, con una fuerte inversión inicial centrada principalmente en infraestructuras con proyectos que ya existían, enfocados a la rehabilitación integral del edificio, por fases. Ello incluirá un programa piloto de actividades públicas para reactivar la Tabacalera –probablemente descentralizadas– que dure mientras se desarrollen las obras, en previsión de que, al ser un edificio BIC, su obra puede extenderse en el tiempo.

En cuanto a los precedentes que se han tomado como referencia a nivel nacional, destacan (i) Arteleku en Gipuzkoa; (ii) Matadero en Madrid, que también tuvo residencias artísticas descentralizadas gestionadas por organizaciones sin ánimo de lucro, aunque este último no cuenta con espacios propios destinados a la creación artística; (iii) Hangar en Barcelona, centrado en temas digitales; (iv) BilbaoArte, que depende del propio ayuntamiento y que nació como una manera de apostar por artistas locales; (v) Tabakalera en Donosti, que cuenta con espacios de cesión, una gran mediateca y ha generado ámbitos más domésticos para el desarrollo de artistas, junto con una escuela de arte propia; y (vi) Cultura Resident en la Comunitat Valenciana, que, de manera sencilla, facilita tiempo, espacio, acondicionamiento y acompañamiento a los artistas.

A nivel europeo, las influencias de espacios de apoyo a la creación contemporánea son múltiples, divididos por disciplinas y con apoyo a las comunidades locales, en tejidos urbanos, en espacios aislados, centrados en promover sinergias y redes de encuentro. Ejemplos de ello son (i) Rijksakademie en Ámsterdam, un proyecto centenario que gestiona distintas escuelas de formación junto con seis talleres compartidos; (ii) De Ateliers en Ámsterdam, donde los jefes de taller son artistas, que resulta un espacio promovido por artistas para artistas, con seguimientos semanales, un programa de agentes del sector invitados que asesoran a los artistas en la ejecución de sus programas; (iii) Schloss Solitude en Stuttgart, que cuenta con una amplia trayectoria y que recientemente ha iniciado un programa de residencias digitales; (iv) Künstlerhaus Bethanien en Berlín, que depende de la ciudad de Berlín con un 50 % de fondos provenientes del ámbito municipal, junto con una red de socios que promueven la residencia de artistas; (v) WIELS en Bruselas, que radica en una antigua fábrica de cerveza, que sigue un modelo público-privado y hace especial hincapié en querer dotar a los artistas de espacios en los que puedan trabajar en la intimidad con contacto puntual con el público a través de programas específicos; y (vi) Gasworks en Londres, que es una organización sin ánimo de lucro que trabaja con artistas locales, con un programa en colaboración con dos barrios de la ciudad con grandes comunidades migrantes, haciendo así del arte herramienta de cohesión social.

En América Latina también resultan de interés numerosos centros de promoción artística. Destacan (i) Lugar a Dudas en Cali, un espacio pequeño pero muy dinámico surgido tras iniciativa del artista colombiano Óscar Muñoz, que quería retornar a la comunidad la promoción de la práctica artística; (ii) Artista x Artista en La Habana, promovido por el artista cubano Carlos Garaicoa, que promueve sinergias entre artistas locales; y (iii) Casa Wabi en Oaxaca, una asociación civil sin fines de lucro que fomenta un intercambio entre el arte contemporáneo y las comunidades locales en tres sedes: Puerto Escondido, Ciudad de México y Tokio, pues el edificio fue un proyecto del arquitecto Tadao Ando (Pritzker, 1995) .

Tabacalera busca ser una institución situada en el entorno, con contrato vivo con todas las asociaciones para, en la medida de lo posible, darles espacio y voz. El centro social autogestionado la Tabacalera de Lavapiés tiene una autorización especial de uso que permiten los artículos 90 y siguientes de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, por la que se permite que un área concreta en las plantas sótano y baja se destine a actividades de corte cultural y social. El Ministerio de Cultura quiere promover este modelo mixto de gestión pública donde quepan otro tipo de gestiones y promover que los colectivos actuales mantengan su espacio tras la reforma del edificio y continúen desarrollando sus iniciativas. En vista de que tendrán que abandonar el edificio durante las remodelaciones, Tabacalera se ha comprometido a ampliar los plazos de las autorizaciones especiales de uso, que antes eran de dos años prorrogables en plazos de dos años, a cuatro años, de manera que el proyecto quede protegido y puedan volver de manera renovada tras las reformas. En el pliego de condiciones adjunto a la autorización de cesión de espacios, ellos tienen el compromiso de gestionar de manera autónoma los espacios, así como de mantener las infraestructuras. Se trata de un modelo de convivencia y sostenibilidad, público, realmente interesante.

En suma, la idea es dotar al espacio de una arquitectura modular que acompañe a los fines de Tabacalera, para fomentar espacios de experimentación y de debate, previendo además potenciales usos futuros que pudiera requerir el espacio.

X. LOS BIENES DE LA IGLESIA

D. Miguel Campo Ibáñez¹⁵ expuso cómo, en la actualidad, hay una preocupación generalizada en la Iglesia católica por su patrimonio y, dentro de

15. Profesor de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia Comillas.

él, por su patrimonio histórico-artístico. En respuesta, en la vida monástica también se están dando movimientos asociativos para favorecer una mejor conservación del patrimonio del cual son depositarios.

La Iglesia católica es un entramado de miles de personas jurídicas distintas, cada una de ellas dotada de su propia autonomía aunque con vínculos de dependencia jerárquica entre ellas, que comparten el vínculo de unidad que garantiza el romano pontífice como legislador supremo de la Iglesia.

En este marco de ordenación de derechos y deberes que responde al fin último de la salvación de las almas, se establece la estructura de la Iglesia católica, miles de personas jurídicas dotadas de su propia autonomía y personalidad jurídica, inscritas en el registro de entidades religiosas que depende del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. Las entidades operan en el tráfico jurídico, pero sin ser entidades civiles ni mercantiles, incluso con un régimen fiscal específico. Además de la persona jurídica «Iglesia católica», esta no opera ni es propietaria *per se* de nada, ya que es la Santa Sede quien ostenta la representación a nivel internacional de la Iglesia católica y que, a su vez, es distinta del Estado de la Ciudad del Vaticano.

Todas estas entidades jurídicas pueden tener naturaleza pública o privada. Normalmente, las territoriales son públicas, así como las entidades de vida religiosa por su propia naturaleza, o las cofradías, siguiendo un criterio de una más estrecha vinculación a la misión institucional de la Iglesia católica y a la jerarquía.

Atendiendo a los bienes de la Iglesia católica, estos se clasifican entre espirituales –los de salvación, la palabra de Dios y los sacramentos– y temporales –cosas materiales en sentido jurídico–. Los bienes temporales se organizan en torno a cuatro fines que articulan la misión de la Iglesia católica: (i) el sostenimiento del culto público, (ii) el sagrado apostolado, (iii) el ejercicio de la caridad, y (iv) la sustentación de los clérigos y ministros al servicio de la Iglesia católica.

Los bienes temporales tienen naturaleza de bienes económicos y se categorizan como «bienes eclesiásticos», propiedad de las personas jurídicas públicas en la Iglesia católica. Así, los bienes eclesiásticos pertenecen a la persona jurídica que legítimamente los ha adquirido y estos se rigen por el Código de Derecho Canónico y, a continuación, por sus estatutos. A diferencia de ellos, los bienes pertenecientes a las personas jurídicas privadas no se denominarán «bienes eclesiásticos», sino bienes pertenecientes a dicha

persona jurídica canónica, y estos –inversamente a los bienes eclesiásticos– se rigen en primera instancia por sus propios estatutos y, en segundo lugar, por el Código de Derecho Canónico.

Dentro del derecho de la Iglesia católica también existen, como otra categoría de bienes, los «bienes preciosos», que, si bien el Código de Derecho Canónico no aporta una definición de ellos, los entendemos como tal por su propia composición o por su vinculación al patrimonio histórico-artístico. La Iglesia católica establece unas normas específicas para la tutela de estos bienes en propiedad de personas jurídicas públicas o privadas, no de los particulares.

A mayor abundamiento, encontramos la categorización de «cosas sagradas», es decir, bienes afectados al culto público que la Iglesia católica rinde a Dios. Destacan en esta categoría iglesias, cementerios, oratorios, capillas, altares, cálices, patenas, libros sagrados, vestiduras litúrgicas, etc. Dichas «cosas sagradas» podrán ser o no «bienes eclesiásticos» o «bienes preciosos» y reciben una protección reforzada en virtud del Código de Derecho Canónico –así como por la jurisdicción civil a tenor del acuerdo sobre asuntos jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede que establece la inviolabilidad de los lugares de culto– y están sujetas a un régimen especial reforzado y a una prescripción adquisitiva (i. e., si pertenecen a una persona jurídica pública solo podrá ser adquirida por otra análoga y, en caso de ser de una persona privada –física o jurídica–, podrán ser adquiridas por otra privada, pero no podrán dedicarse a usos profanos mientras persista esa afectación a ese fin).

En última instancia, la Iglesia católica cuenta con una categoría de bienes denominadas «reliquias insignes», que refieren a los cuerpos de los santos o de los mártires. Las reliquias insignes también podrán categorizarse o no como «bienes eclesiásticos» o «bienes preciosos» y se les otorga una especialísima protección, en tanto que, por su valor espiritual, la Iglesia católica no permite su compraventa.

En lo relativo al régimen canónico de los bienes culturales (bienes preciosos), se distinguen entre aquellos no afectos a un uso específicamente religioso, bien porque nunca lo han tenido, o bien porque ha cesado legítimamente¹⁶ la dedicación o bendición, y aquellos afectos al culto público (bienes sagrados). Existe un gran reto, que es el de compatibilizar el respeto

16. Medios legítimos serían, en este caso, un decreto del ordinario, la destrucción o deterioro irreparable de la cosa, la profanación o el cese en el uso prolongado en el tiempo.

a los bienes sagrados y su valor de culto manteniendo la promoción de los bienes culturales. No se encuentra entre los fines de la Iglesia católica la producción artística, sino la tutela específica que la Iglesia católica otorga a los bienes culturales para su salvaguarda y conservación. Ejemplo de ello es que, en los supuestos de restauración de imágenes preciosas por su antigüedad, valor artístico o por el culto que se les tributa, se deberá contar con la licencia del ordinario, que deberá consultar con peritos antes de concederla.

En lo relativo a la enajenación de los bienes eclesiásticos, se requiere licencia de los superiores propios, que a su vez necesita la aprobación del órgano colegiado, consultores, Consejo de Asuntos Económicos... Además, cuando supera una cierta cantidad¹⁷, ha de pedir permiso a la Santa Sede, siendo el Dicasterio¹⁸ correspondiente el competente para emitir las licencias oportunas. Cuando se trata de bienes preciosos, no hay una cuantía fijada, sino que dependerá de la vinculación con el patrimonio histórico-artístico, actuando así como garantía adicional de protección del bien. Sobre la fijación del precio de los bienes preciosos no afectados al culto público, pues el mercado es más reducido por las limitaciones de venta a otras entidades religiosas o a la Administración, habrá de presentarse una tasación emitida por un perito oficial.

El legislador establece a los administradores de bienes eclesiásticos unos deberes de cuidado de los bienes preciosos, suscribiendo, si es preciso, los contratos pertinentes, medidas de seguridad, contratos de seguro, que se haga inventario detallado y mantenerlo constantemente actualizado, etc. Del mismo modo, se deben recabar cuanto se pueda títulos de propiedad.

Sobre los bienes afectos al culto público, muchas veces se va a dar la coincidencia de que son bienes culturales que van a compartir este carácter con el bien sagrado, afecto al culto público. En primer lugar, los inmuebles, más allá de la posible extensión del concepto de bien inmueble a los elementos muebles integrantes de él (conjunto histórico-artístico), especialmente templos y cementerios. Los templos pasan a ser sagrados tras una bendición que los consagra, pasando del uso profano al culto divino, donde solo está permitido aquello que favorece el ejercicio y el fomento del culto, de la piedad y de la religión. Excepcionalmente, podrían permitirse otros usos que no sean contrarios a la santidad del lugar. Dicho criterio antecede a que

17. Para los bienes no preciosos, se determina su valor con el precio, fijándose este en un millón y medio de euros.

18. Denominación genérica actual de todos los grandes organismos de la curia romana, como las congregaciones, los tribunales y los oficios.

cualquier bien inmueble consagrado sea, a su vez, de Patrimonio Nacional, tras acuerdo del Estado español con la Santa Sede.

El derecho canónico regula también lo relativo a las violaciones, las profanaciones de los lugares, y señala que, de producirse una profanación, no se puede realizar el culto público en dicho lugar hasta que se efectúe un acto de «reparación». Un lugar sagrado pierde su carácter, además, cuando resulta destruido en todo o en parte o si es reducido permanentemente a uso profano –no sórdido– por decreto del ordinario o de hecho. Así, si ya no puede emplearse en modo alguno para el culto divino y no hay posibilidad de repararlo, el obispo puede decretar la pérdida de su carácter sacro. Si son otras causas graves las que aconsejan esta decisión, el obispo podrá tomar esta decisión tras consultar con el consejo presbiteral y haber obtenido el consentimiento de quienes legítimamente mantengan derechos sobre ella, y siempre que no sufra el bien de las almas.

En conclusión, se apunta, por un lado, la necesidad de un estudio caso por caso acerca de la naturaleza canónica del bien que ayude a determinar el régimen que le es aplicable y la normativa correspondiente y, por otro lado, la necesidad de conciliar el valor de culto con el valor cultural, sabiendo que para la Iglesia, y civilmente también en una interpretación congruente del derecho y principio fundamental de libertad religiosa, siempre debe ser salvaguardado y prevalecer el valor de culto.

A continuación, **D. José María Coello de Portugal**¹⁹ se refirió al marco normativo que informa cualquier decisión a tomar desde la Administración pública sobre particularidades del uso concreto de estos bienes y a la situación jurisprudencial y, finalmente, su protección (principio de neutralidad, identidad, integridad, indemnidad, indisponibilidad, fomento y financiación) e inmatriculación.

Con carácter general, el marco normativo parte de que el principal tenedor, junto con el Estado, de bienes de interés cultural es la Iglesia católica, siendo estos bienes muy diversos (no siempre muy antiguos): abadías, monasterios, conventos, catedrales, etc., incluida diversidad en su uso (naturaleza rural y ermitas). Las leyes desamortizadoras situaron dentro de un patrimonio negociable un gran número de bienes inmuebles sobre los que podría existir mucha vocación y que, si no han sido desacralizados, continúan siendo de naturaleza eclesiástica. En muchas ocasiones, el patrimonio eclesiástico también resulta inmaterial, como las peregrinaciones, proce-

19. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.

siones, romerías, etc. Atendiendo meramente a lo fáctico, hay una enorme dispersión de bienes de titularidad de la Iglesia.

La Iglesia católica tiene inscritas en España más de 40.000 personas. El régimen jurídico de los bienes eclesiásticos es un concepto independiente, en tanto que la Iglesia católica es un concepto pastoral. Jurídicamente, para el Estado, no existe «la» Iglesia católica, salvo a efectos internacionales. Así, la titularidad también tiene muchos matices, pues no es, a nivel nacional, una titularidad única como tal, sino de más de 40.000 personas específicas. Al bien cultural, independientemente de su titularidad, también le es relevante el uso afecto a dicho objeto para la determinación de su marco normativo.

El marco normativo de los bienes de titularidad eclesiástica pertenecientes al patrimonio cultural está afectado por el urbanismo, las disposiciones medioambientales, de sanidad, de turismo, así como la legislación en materia de museos. Así, oscila entre los siguientes artículos de la Constitución española: 16, sobre la libertad religiosa y de culto; 33, sobre derecho a la propiedad privada y a la herencia; y 46, sobre el deber del Estado de enriquecer el patrimonio histórico, cultural y artístico. El patrimonio histórico-artístico de otras confesiones en España resulta significativamente inferior, aunque con problemas miméticos.

El sujeto titular de estos bienes tiene titularidad internacional, atendiendo al acuerdo con la Santa Sede, como estructura político-administrativa que gobierna la Ciudad del Vaticano. Los acuerdos de 1979 entre la Iglesia católica y el Estado mencionan en su artículo 1 el ejercicio de las actividades que le son propias, especialmente las de culto, jurisdicción y magisterio – potestades canónicas pactadas expresamente—. Además, el artículo 15 viene a configurar lo mismo sobre los bienes culturales. El régimen jurídico indica, en consonancia, que hay que conciliar el uso cultural y cultural, y solo en los supuestos en los que no se pueda, según el Tribunal Supremo²⁰, tendrá preferencia el uso de culto sobre el uso de cultura en aquellos momentos o circunstancias concretas que así lo requieran.

En cuanto a la relevancia de la titularidad de los bienes eclesiásticos en materia de financiación, el Estado no puede tener en cuenta si el sujeto titular de un bien a restaurar o solicitante de una ayuda tiene naturaleza religiosa o no, pues ha de aplicar el principio de neutralidad y comprobar

20. TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a), sentencia de 10 de febrero de 2009. RJ 2009, 975.

que la financiación se aplica al fin para el que se concede y que existe un adecuado destino de esos fondos, una afectación, etc.

Sobre la cuestión de la protección del patrimonio cultural de titularidad eclesiástica, no se permite la cotitularidad junto con el Estado, pues se estaría perdiendo el principio de neutralidad si el Estado interviniese en la gestión de un inmueble de titularidad religiosa (e. g., decidir el horario de misas de una catedral), ya que el Estado es aconfesional. El título habilitante del Estado de cara a asegurar la protección del patrimonio cultural, en tanto que no cabe la cotitularidad, es la imposición de obligaciones en la gestión de su titular, como las obligaciones básicas siguiendo los principios de neutralidad, identidad, integridad (e. g., catálogos e inventarios), indemnidad (e. g., acceso de los investigadores, suscripción obligatoria de planes de seguros, alarmas y otras medidas de seguridad), indisponibilidad, fomento y financiación (e. g., ayudas particulares o exención de tributos).

En el ámbito de la inmatriculación de los bienes inmuebles, en España hay dos procesos desamortizadores de bienes de la Iglesia católica transversales y generalizados: la Ley de 27 de septiembre de 1820 y la Ley Madoz de 1 de mayo de 1855. En ambos procesos de desamortización a la Iglesia, quitando los templos afectos al culto a los que se prohíbe la inscripción en el registro de la propiedad hasta el 1998, se la *despatrimonializa* considerando «manos muertas» sus bienes. La Iglesia católica ve desnudar su propio patrimonio, desamortizado por efecto del ejercicio del poder público en su máxima expresión, el poder legislativo, con un amparo constitucional, y ve como los particulares adquieren dichos bienes, lo que ocasiona disputas patrimoniales complejas en tanto que sobre cada bien se instaura un pleito porque los bienes se desamortizaron y volvieron a entenderse como propiedad de la Iglesia católica para ser nuevamente desamortizados en un breve periodo de tiempo (35 años), hecho que provocó relaciones patrimoniales notablemente complejas. Dichos procesos de desamortización se ven resaturados parcialmente por numerosos acuerdos posteriores entre el Estado y la Santa Sede.

La problemática deriva del derogado artículo 206 de la Ley Hipotecaria tras la reforma de 1996, que duraría hasta 2015, que decía que los bienes pertenecientes a la Iglesia católica podía ser inscritos con una certificación del ordinario –o, en su defecto, cancilleres–, con la imposición de que (i) los bienes deberían ser de titularidad eclesiástica (sin incluir, por ejemplo, fincas desamortizadas que, por el trascurso de las enajenaciones diversas, estén en manos privadas); (ii) que no hubiera un título de dominio inscribible recién-

te; y (iii) que se tratase de posesión inmemorial. Además, la certificación del obispo no podía tener contradicción con los asientos del registro ya inscritos.

Por todo ello, se entiende que la Iglesia católica ha tenido un plazo razonable para poner en orden la situación, sin perjuicio o consideración de las desamortizaciones. Asimismo, el Estado, a través de esta inscripción facilitada en lo procedimental, ha conseguido el acceso al registro de numerosos bienes. El problema derivó después tras hacer las cosas técnicamente mal, pues los títulos no siempre se expidieron con el rigor procedimental que se debió, terminando así en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al que le importaba la diferencia procedimental a la hora de registrar los bienes. Habida cuenta de ello, se plantean tres situaciones en la inmatriculación de los bienes de la Iglesia: (i) que exista un título material que avale la propiedad de la Iglesia católica sobre un bien, que sea previo a la inscripción y que esté documentado; (ii) que exista un título material previo y solo certificado, pero no motivado (con lo que surgen problemas procedimentales); y (iii) la ausencia de título material. La progresiva desaparición histórica y sociológica de las circunstancias que motivaron la promulgación de estos artículos hizo que se devengaron innecesarios.

XI. CUESTIONES JURÍDICAS TRANSVERSALES

a. Régimen fiscal de las fundaciones

D.^a **Ángela González Felgueroso**²¹ presentó el régimen fiscal de las fundaciones. Como sujetos pasivos, en tanto que personas jurídicas, estas disponen de obligaciones fiscales especialmente frente a dos grandes impuestos: impuesto sobre sociedades (en adelante, «IS») e impuesto sobre el valor añadido (en adelante, «IVA»). Ello sin dejar de hacer referencia a otros tributos y a las obligaciones tributarias derivadas de las donaciones a fundaciones.

Las fundaciones, como personas jurídicas residentes en España, son sujetos pasivos del IS y tienen que presentar una declaración anual de dicho impuesto. Pueden quedar sujetas, bien por el régimen general que prevé la propia ley, o bien en aplicación del régimen fiscal especial de entidades sin fines lucrativos de la Ley 49/2002 de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (en adelante, «RFE»). Para poder aplicar este régimen especial, las fundaciones deben

21. Abogada de Uría Menéndez.

optar por este régimen antes de que finalice el ejercicio en el que queremos aplicarlo. Con independencia del régimen, existe la obligación de presentar la declaración (Modelo 200), *inclusive* cuando todas las rentas estuvieran exentas, en un plazo de 25 días siguientes a los 6 meses posteriores al cierre del ejercicio social.

Dentro del régimen general, las fundaciones se entienden como entidades parcialmente exentas de determinados impuestos que disfrutan de la exención en IS sobre (i) rentas de actividades que constituyan su finalidad específica –no actividad económica–, (ii) rentas de adquisiciones y transmisiones gratuitas en cumplimiento de sus fines, y (iii) rentas derivadas de transmisión de elementos afectados a la realización de sus fines, siempre y cuando se reinvierta en bienes afectos al propio fin de la fundación. El resto de las rentas (i. e., derivadas de explotaciones económicas, dividendos, intereses, alquileres, etc.) estarán plenamente sujetas al IS con un tipo de gravamen general del 25 %.

La posibilidad de optar al régimen fiscal especial, más ventajoso para las fundaciones, está sujeto a una serie de requisitos, que prácticamente se solapan con los requisitos recogidos por la Ley de Fundaciones para su nacimiento: (i) que persigan fines de interés general; (ii) a los que destinen > 70 % de ingresos; (iii) que no realicen explotaciones económicas distintas a sus fines –límite del 40 %–; (iv) que los fundadores no sean principales destinatarios; (v) que el cargo de patrono sea gratuito; (vi) que estén inscritas; (vii) que cumplan con obligaciones contables y de rendición de cuentas; y (viii) con disolución dirigida. Dichos requisitos han de cumplirse de forma anual para mantener el RFE.

Las fundaciones que aplican el RFE tienen exención en IS sobre donativos y donaciones, convenios de colaboración empresarial, contratos de patrocinio publicitario, subvenciones y rendimientos procedentes de su patrimonio. También quedan exentas las rentas procedentes de explotaciones económicas exentas, siempre que se ejerzan en cumplimiento del objeto o fin específico de la fundación.

Las explotaciones económicas, aunque no se ejerzan en cumplimiento de los fines, también pueden quedar exentas en dos supuestos: (i) si tienen carácter auxiliar o complementario de explotaciones económicas exentas –no son auxiliares cuando el importe neto de la cifra de negocios del ejercicio supera el 20 % de los ingresos totales–; (ii) si tienen escasa relevancia –son de escasa relevancia cuando el importe neto de la cifra de negocios del ejercicio es menor de 20.000 €–. En los casos de fundaciones sujetas al RFE, para las actividades no exentas, se aplica un tipo de gravamen reducido del 10 %.

En contraposición, la Ley del IVA no contiene especialidades respecto de las fundaciones, pero no parece estar pensada para ellas. A rasgos generales, las fundaciones no tienen la condición de empresarios a efectos de IVA cuando realizan exclusivamente entregas de bienes o prestaciones de servicios a título gratuito. Sin embargo, sí adquieren la condición de sujeto pasivo de IVA cuando realizan entregas de bienes o prestaciones de servicios a título oneroso –incluso si está exenta de IS, como por ejemplo, las adquisiciones intracomunitarias–. Dada la naturaleza de sus operaciones, es probable que una buena parte de las operaciones a título oneroso que realicen queden exentas por aplicación de alguno de los supuestos previstos en el artículo 20.14 de la Ley del IVA, es decir, las actividades culturales.

Las fundaciones que solo realicen actividades exentas no tienen que presentar declaraciones sobre el IVA, ni el Modelo 303 ni el Modelo 390. Por contra, sí tendrán que presentar el Modelo 347 sobre relaciones con otras personas o empresarios si realizan operaciones con terceros por importe superior al umbral mínimo, 3.000 €, salvo suministros básicos como el agua o la luz.

Cuando las fundaciones realizan simultáneamente actividades sujetas y exentas con otras plenamente sujetas, o cuando realizan simultáneamente operaciones no sujetas a IVA, son de aplicación reglas especiales para determinar el tanto por ciento de IVA soportado que es deducible. Las fundaciones solo pueden deducir el IVA soportado que sea imputable a las actividades que realizan que están sujetas y no exentas de IVA. No es deducible el IVA soportado, por tanto, cuando los bienes y servicios adquiridos se destinan a la realización de actividades no sujetas o sujetas y exentas de IVA. En consecuencia, el IVA se traduce en coste financiero para las fundaciones, en la medida en que operan de forma gratuita o realizan operaciones exentas y no pueden recuperar el IVA soportado. En paralelo, en lo relativo al IS, cuando el IVA se convierte en coste es deducible en IS, pero en el caso de las fundaciones no suele recuperarse, ya que no suele haber ingresos no exentos de los que deducir este coste (i. e., los gastos imputables a rentas exentas en IS no son deducibles).

De cara a la justificación al Ministerio de Hacienda de las actividades llevadas a cabo para determinar si se encontrarían o no sujetos a IVA, debemos atender también a la existencia de los convenios de colaboración, que no se entienden como prestación de servicios. En paralelo, los contratos de patrocinio publicitario sí constituyen una prestación de servicio y, por tanto, sí están sujetos a IVA. Si la fundación está acogida al RFE, la única diferencia entre el convenio de colaboración y el patrocinio es el IVA. En caso de

fundaciones no acogidas al RFE, el gasto en el CC no es deducible en el IS para el mecenazgo, y el ingreso en el caso de patrocinio no estaría exento en el IS para la fundación.

En paralelo, se destaca que las fundaciones acogidas al RFE están exentas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados en sus tres modalidades: transmisiones patrimoniales onerosas, operaciones societarias y actos jurídicos documentados.

En lo relativo a los impuestos locales, las fundaciones acogidas al RFE están exentas (i) del Impuesto sobre Actividades Económicas por las explotaciones económicas exentas en IS; (ii) del Impuesto sobre Bienes Inmuebles por los bienes de los que sean titulares, siempre que no estén afectados a actividades económicas no exentas en IS; y (iii) del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana por la transmisión de terrenos, siempre que no estuvieran afectados a actividades económicas no exentas en IS.

En lo que se refiere a la obligación de las fundaciones como retenedor, no existen particularidades respecto del régimen general. Las fundaciones están obligadas a practicar retención e ingresos a cuenta del IRPF de sus trabajadores y cualquier otra persona física que como profesional les preste servicios. Las fundaciones están obligadas también a retener a cuenta de las rentas que satisfagan a personas jurídicas cuando estas rentas estén sujetas a retención.

En última instancia, atendiendo al concepto de donaciones a efectos de la Ley 49/2002, se entienden como donaciones a fundaciones (beneficiarias del derecho a la deducción) los siguientes conceptos: (i) donativos y donaciones dinerarios, de bienes o de derechos; (ii) cuotas de afiliación a asociaciones, siempre que no se correspondan con el derecho a percibir una prestación; (iii) constitución de derechos reales de usufructo sobre bienes, derechos o valores (sin contraprestación); (iv) donación de bienes de Patrimonio Histórico Español inscritos o inventariados; y (v) donación de obras de arte de calidad garantizada en favor de museos. El concepto de «obra de arte de calidad garantizada» es un concepto jurídico indeterminado que tiene por finalidad acoger a los incentivos fiscales la donación de obras de artistas contemporáneos, que, en principio, no pueden ser declarados bien de interés cultural (en adelante, «BIC»). Como excepción a ello, la donación de servicios no daría derecho a deducciones.

Los donantes, para tener derecho a las deducciones, deben poder acreditar la efectividad de las mismas a través del certificado de donaciones

expedido por la fundación. El contenido de los certificados está especificado en el artículo 24 de la Ley 49/2002: (i) NIF y datos de identificación personal del donante y de la entidad donataria; (ii) mención expresa de que la entidad donataria se encuentra incluida en las reguladas en el artículo 16 de la Ley 49/2002; (iii) fecha e importe del donativo cuando este sea dinerario; (iv) documento público u otro documento auténtico que acredite la entrega del bien donado cuando no se trate de donativos en dinero; (v) destino que la entidad donataria dará al objeto donado en el cumplimiento de su finalidad específica; y (vi) mención expresa del carácter irrevocable de la donación.

El valor a efectos fiscales de los bienes donados será el valor que la entidad deba declarar a la Agencia Tributaria en el correspondiente modelo y que deberá incluir en el certificado que entregue a los donantes una vez finalizado el ejercicio. En todo caso, el valor determinado de acuerdo con las normas de valoración específicas que a continuación veremos tendrá como límite máximo el valor normal de mercado del bien o derecho transmitido en el momento de su transmisión. Por ejemplo, el valor de las donaciones dinerarias será la base de la deducción de su importe.

En esta línea, en los donativos de bienes y derechos, será base de la deducción el valor contable que tuviesen en el momento de la transmisión. En su defecto, se tomará el valor determinado conforme a las normas del Impuesto sobre el Patrimonio. El Impuesto sobre el Patrimonio establece normas de valoración específicas para ciertas categorías: inmuebles, depósitos, valores, joyas, antigüedades y obras de arte, seguros, etc. Para todos los demás bienes establece como regla general la valoración a mercado. Sobre el usufructo, se contempla una división entre inmuebles, valores y otros bienes y derechos. Para los inmuebles, el valor será el importe anual que resulte de aplicar, en cada uno de los períodos impositivos de duración del usufructo, el 2 % al valor catastral, determinándose proporcionalmente al número de días que corresponda en cada período impositivo. Para los valores, el valor será el importe anual de los dividendos o intereses percibidos por el usufructuario en cada uno de los períodos impositivos de duración del usufructo. En el caso de otros bienes o derechos donados, su valor se determinará por el importe anual resultante de aplicar el interés legal del dinero de cada ejercicio al valor del usufructo determinado en el momento de su constitución conforme a las normas del ITP y AJD –que, a su vez, se remiten a las normas del IS–.

En los donativos o donaciones de obras de arte de calidad garantizada y de los bienes que formen parte del Patrimonio Histórico, se tomará como referencia la valoración efectuada por la Junta de Calificación, Valoración

y Exportación. En el caso de los bienes culturales que no formen parte del Patrimonio Histórico, la Junta valorará, asimismo, la suficiencia de la calidad de la obra.

Habida cuenta de todo ello, para la formalización de la donación, antes de ella, el donante debe comunicar a la Administración competente su intención de donar. Tras efectuar la donación, el donante debe notificar el perfeccionamiento de la donación comunicada previamente. Una vez perfeccionada la donación, la entidad donataria debe solicitar la valoración de los bienes recibidos a la Junta de Calificación, Valoración y Exportación mediante escrito dirigido al secretario de la Comisión de Valoración de la Junta acompañada de los documentos relevantes y, recibida la comunicación y tras haber celebrado la reunión, la Comisión de Valoración emitirá un certificado con la valoración de los bienes donados, que remitirá al solicitante y a la Administración tributaria.

b. Análisis de la legislación española sobre museos

D. Carles Vendrell Cervantes²² expuso el mapa legislativo en materia de museos, pues resulta evidente que no hay un texto refundido de la legislación de museos y, por tanto, la normativa es variada y hay que buscarla en distintos textos (Código Civil, Ley de Propiedad Intelectual, normativa fiscal, etc.). En esencia, la normativa depende de la forma jurídica del museo (e. g., asociación, fundación, persona jurídica de derecho público, sociedades mercantiles, etc.), del ámbito territorial del museo y de la titularidad y gestión.

En atención a los tipos de museos, divididos entre titularidad y gestión pública o privada se encuentran, dentro del primer bloque, los museos de titularidad estatal (divididos entre aquellos sobre los que tiene competencia exclusiva el Ministerio de Cultura, aquellos con gestión transferida a las Comunidades Autónomas, los gestionados por otros Ministerios, los gestionados por Reales Academias o Patrimonio Nacional, y aquellos adheridos al sistema español mediante convenios), los museos de las Comunidades Autónomas y los museos municipales. En paralelo, dentro de los museos privados podemos encontrar, indistintamente, formas jurídicas de asociaciones, personas físicas, fundaciones, sociedades mercantiles, la Iglesia, etc.

Dentro de la legislación de museos, resulta fundamental atender al concepto normativo de museo, que no resulta homogéneo en la medida

22. Abogado de Uría Menéndez.

en que no hay uniformidad en la regulación. Sin embargo, resultan de especial interés las definiciones recogidas en el artículo 59 de la Ley del Patrimonio Histórico Español y en el ICOM, organismo –este último– que se encarga de definir y actualizar las definiciones atendiendo a estándares internacionales. Según la actualización de 2022, *«un museo es una institución sin ánimo de lucro, permanente y al servicio de la sociedad, que investiga, colecciona, conserva, interpreta y exhibe el patrimonio material e inmaterial. Abiertos al público, accesibles e inclusivos, los museos fomentan la diversidad y la sostenibilidad. Con la participación de las comunidades, los museos operan y comunican ética y profesionalmente, ofreciendo experiencias variadas para la educación, el disfrute, la reflexión y el intercambio de conocimientos»*. Así, la normativa autonómica en materia de patrimonio artístico parece acercarse más a esta definición que a la dictada en 1985 en la Ley del Patrimonio Histórico Español. Por ejemplo, la mitad de las autonomías requieren la ausencia de ánimo de lucro, como recoge el ICOM. Además, algunas definiciones añaden requisitos adicionales a la definición de *museo*, como por ejemplo la Comunidad de Madrid, que recoge que los museos *«han de contar con personal técnico especializado en la materia y contenido temático del museo»*.

La relevancia del concepto de museo reside en la incidencia práctica tanto en la aplicación de determinadas normativas como en la concesión de ayudas y fomento o en el prestigio de la propia institución, y la reserva de denominación de museo. Así, desde la perspectiva jurídica y siguiendo la ortodoxia académica, se destacan siete características principales de los museos: (i) son esencialmente personas jurídicas; (ii) de carácter permanente; (iii) realizan sus actividades en un inmueble abierto al público; (iv) su vida gira alrededor del patrimonio cultural; (v) sus finalidades están marcadas por las normas constitucionales sobre patrimonio cultural; (vi) su actividad específica y genuina es la exposición y su actividad más relevante la conservación; y (vii) son instituciones con o sin ánimo de lucro.

Entrando en detalle en el mapa legislativo y comenzando por la Constitución española, esta recoge en sus artículos 148 y 149 el reparto competencial de los museos dependiendo de su titularidad. A pesar de ello, aunque podría parecer una distribución competencial pacífica, los museos están enteramente relacionados con la cultura, sobre la que no es tan sencilla la distribución de competencias. Si bien no ha habido debates sobre cuestiones concretas, sí que ha habido discusiones en la medida en la que interviene otro título competencial, que es la *cultura*. En respuesta, el Tribunal Constitucional ha definido la cultura como un ámbito concurrencial en tres

aspectos²³: (i) existencia de competencia estatal de regulación de patrimonio más allá de la Constitución española; (ii) acotación limitadora de la posible expansión indebida de la competencia estatal así interpretada; y (iii) reválida de la protección del interés general y otros títulos constitucionales estatales como límites de las competencias autonómicas.

La legislación estatal de museos recoge también normativas que afectan directamente al museo, como la Ley de Patrimonio Histórico Español (artículos 59-66), el Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (artículo 8), o el Real Decreto 620/1987, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Museos de Titularidad Estatal y del Sistema Español de Museos, entre otros. Esta última norma recoge, entre otras, las definiciones de los museos de titularidad estatal y museos nacionales, la regulación de las colecciones estatales de fondos museísticos, las obligaciones relativas al tratamiento administrativo de los fondos o el Sistema Español de Museos como órgano de cooperación. Sin embargo, es una norma mejorable, que, de hecho, no cubre una estructura del sistema de gobierno corporativo, pues sería deseable un mayor desarrollo en materia de buen gobierno de los museos, en aras de la protección de su independencia, transparencia y eficiencia, en línea con los avances en esta materia de las sociedades mercantiles.

En lo relativo a la legislación autonómica, esta tampoco resulta homogénea, pero todas las autonomías cuentan con una normativa que regula su patrimonio cultural, junto con algunos aspectos de los museos, en la medida en que están relacionados con el patrimonio cultural autonómico, de manera análoga a la Ley del Patrimonio Histórico Español. A mayor abundamiento, la gran mayoría de las Comunidades Autónomas han promulgado leyes que se ocupan específicamente de los museos de su ámbito territorial.

Retomando la cuestión de la reserva de denominación de museos, se plantea si dicha denominación ha de estar o no acotada a entidades que reúnen unas características y requisitos mínimos. A tal efecto, se identifican tres modelos distintos ante esta disyuntiva: (i) la reserva de uso expresa de la denominación en la ley (e. g., la Ley de Museos de Cantabria); (ii) los que exigen una autorización para la creación del Museo, incluso con previsión de sanción para el uso no autorizado (e. g., Ley de museos y otros centros

23. Algunas de las sentencias relevantes a tal efecto son STC 17/1991, de 31 de enero de 1991, STC 31/2010, de 16 de julio de 2010, o STC 122/2014, de 17 de julio de 2014.

museísticos de Galicia); y (iii) el modelo sin reserva de denominación, como recoge la Ley del Patrimonio Histórico Español.

En una selección de aspectos prácticos en la legislación de los museos, entrando en cuestiones relacionadas con el derecho privado, se destacan el contrato de préstamo o los límites de la propiedad intelectual.

En puridad, el concepto de préstamo de una cosa no fungible deberíamos llamarlo comodato a tenor del artículo 1740 del Código Civil. El régimen existente en esta materia es claramente dispositivo y la importancia de estos contratos está en las cláusulas, en la negociación y en la identificación de las cuestiones clave en el desarrollo del contrato de préstamo. En el régimen supletorio del Código Civil se configura como contrato esencialmente gratuito –aunque admite el pago de las tasas por los gastos de gestión– y, si se pacta un precio, estaríamos ante un contrato de arrendamiento de cosa mueble. Son distinciones teóricas relevantes para el rigor jurídico, pero, en la práctica, no es muy relevante en el sistema español, donde el Código Civil no tiene una disposición que recoja *per se* el arrendamiento de cosa mueble, por lo que no suponen alteraciones sustanciales. Sobre la gratuidad, los contratos de préstamo podríamos llegar a entenderlos como onerosos en tanto que el cedente obtiene un beneficio por el ahorro de costes del mantenimiento de las obras en su poder.

Otra cuestión debatida son los frutos derivados de la comercialización de *merchandising* de las obras prestadas, que es una cuestión de permisos de propiedad intelectual y de permisos que ha podido o no otorgar el cedente junto con la obra para materiales comerciales o publicitarios.

Algunas cláusulas habituales que pueden constar en el contrato de préstamo son los siguientes: (i) identificación del objeto y titularidad; (ii) asuntos de gastos por el comodatario; (iii) condiciones de conservación, manipulación, montaje, exposición, etc.; (iv) derechos de propiedad intelectual; (v) condiciones de embalaje y transporte; (vi) transporte; (vii) seguro; (viii) seguridad; (ix) asunción de gastos; (x) incidencias; o (xi) ley y jurisdicción aplicable.

En lo relativo a los derechos de propiedad intelectual en los contratos de préstamo, la primera cuestión es identificar quién ostenta esos derechos de exclusiva para autorizar la imagen que reproduce una obra y que puede usarse para la promoción de una exposición. Son actos que deben autorizarse y, por lo tanto, debe recabarse autorización del propietario de los derechos. Ello conduce a la cuestión sobre las fotografías, trazando una distinción entre

las obras que están en el dominio público porque ha transcurrido el plazo de duración de los derechos de autor y las que no (estas últimas requieren autorización para explotar una fotografía de las obras). En las obras de dominio público no es necesaria autorización, salvo que la fotografía sea una obra original y posteriormente se explote²⁴. Una fotografía puede ser una obra gráfica protegida por propiedad intelectual si es original y tiene suficiente altura creativa; de lo contrario, sería una mera fotografía, excluida de protección. Si la reproducción es fiel a la obra reproducida no será posible aportar una contribución creativa personal, más allá de aspectos de mérito técnico. Cuanto menos fiel sea la reproducción, más posibilidades habrá de que la fotografía sea original por vía de una transformación, generando una obra derivada.

Asimismo, el contrato de préstamo también ha de recoger supuestos sobre los permisos de exportación e importación pertinentes, así como dar cumplimiento a los trámites exigidos para proceder con el préstamo. En contraposición, el contrato de comodato también ha de recoger posibles riesgos derivados, como la generación de daños –bien durante el transporte, bien durante la exposición–, robo o pérdida, problemas para la recuperación, etc. Dichos problemas se entienden superados con la existencia de seguros y la garantía del Estado como sistema de aseguramiento público que pretende fomentar la exposición de obras a cuyos propietarios no les gustaría cederlas en otro caso por miedo a potenciales daños, con los límites marcados por la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cien millones de euros por obra, aunque cabría crear «bolsas» especiales para no acabar con la cobertura de otras obras, en especial cuando se celebran conmemoraciones. Estas garantías se presentan para obras de relevante interés –aunque ese concepto de *interés* no aparece descrito en la normativa– tanto de titularidad pública o privada, de bienes nacionales o en el extranjero, con el fin de cederlas a museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal y competencia exclusiva del Ministerio de Cultura, así como sus organismos públicos adscritos, y a la Fundación Thyssen-Bornemisza. Los museos gestionados por las Comunidades Autónomas no podrán beneficiarse de la garantía del Estado, aunque pueden preverse garantías específicas en las normativas autonómicas, salvo que la exposición la organice Acción Cultural Española, organismo público dedicado a impulsar y promocionar la cultura y el patrimonio de España. La garantía del Estado cuenta con

24. Se han dado varios casos como *Bridgeman Art Library c. Corel Corporation* (1998-1999) o la Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) de 20 de diciembre de 2018 –caso Museums fotos o caso REM–.

exclusiones, entre ellas la acción y omisión deliberada del cedente de la obra, sus empleados o agentes.

Resulta interesante en su planteamiento, aunque el desarrollo jurídico es sencillo, la cuestión relativa al proceso de digitalización de archivos de las obras. Del mismo modo, resulta fundamental distinguir entre obras en dominio público y obras protegidas, para las cuales habrá que solicitar los permisos oportunos. Tradicionalmente, la tecnología fue percibida como una contradicción en instituciones culturales cuyo funcionamiento –y financiación– se basaba en colecciones físicas. Es evidente, no obstante, que esto ya no es así desde hace años, pues hoy la digitalización se ha convertido en un elemento esencial en la gestión y promoción integral de las colecciones de arte.

Respecto a otros tipos de museos y experiencias inmersivas, desde la perspectiva de la propiedad intelectual, de nuevo, se traza una línea entre las obras de dominio público y las protegidas, con un matiz en este caso, ya que dentro de los derechos morales de la obra está el derecho a la integridad de la obra. Aquí la pregunta interesante y no contestada en la actualidad es en qué medida digitalizar una obra, no para colgarla en un catálogo o archivarla, sino para convertirla en una experiencia inmersiva, puede afectar a los intereses morales del autor. En este sentido también se encuentran los supuestos de visitas virtuales o el metaverso, y las autorizaciones se necesitan para un museo, en la medida en que aquí se usa la reproducción de alguna obra arquitectónica que es el propio museo, encontrando el límite en las obras situadas en vías públicas.

A modo de conclusión y cierre del seminario, la intervención de **D.^a Encarnación Roca Trías**²⁵ se centró en la tensión histórica entre la protección del patrimonio y el mercado que se extiende hasta la actualidad, siento notables los intereses en torno a las dos esferas. En la desamortización se intentó liberar la propiedad en el siglo XIX cuando se desvinculan los bienes de los mayorazgos, de la Iglesia, etc., que produjo una dispersión de las obras de arte, de bienes no protegidos, que llegaron a exportarse a través de compras por cantidades irrisorias.

Así, podemos dividir la problemática en tres cuestiones: (i) la expoliación de la que fue objeto España, junto con Francia e Italia; (ii) negocios del mercado del arte (como la debatida compra de la obra *Salvator Mundi*, atribuida a Leonardo da Vinci); y (iii) la salvación de determinados bienes

25. Catedrática de Derecho Civil y exvicepresidenta del Tribunal Constitucional.

de patrimonio histórico (e. g., conjunto escultórico de Erill La Vall, Valle de Boí, actualmente expuesto en el Museu Nacional d'Art de Catalunya).

A partir de finales del siglo XIX se inicia una corriente para intentar salvar todos los valores arquitectónicos y bienes muebles que existían en España y que, por un descuido e infravaloración de su significación, se «malvendieron». Posteriormente, en 1922 se crea la Comisión de Valoración de Objetos Artísticos con la finalidad de controlar las exportaciones de bienes muebles e inmuebles, que posteriormente se convertiría en la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico en 1985. Se trata de un organismo de control, que no de gestión, que tiene competencia para emitir informes que no son vinculantes a fin y efecto de que el director general de Bellas Artes decida sobre los bienes.

Fue en el artículo 45 de la Constitución de la II República donde se recogió que toda la riqueza artística e histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye tesoro cultural de la nación y estará bajo la tutela del Estado; a lo que le seguiría la Ley de Patrimonio Artístico Nacional, que estaría en vigor entre 1933 y 1985, que mostraba una intención declarada de protección del patrimonio histórico-artístico.

Actualmente, la vigente Constitución española de 1978 recoge en su artículo 46 que los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico. Por otra parte, atendiendo al artículo 33 de la actual Constitución, se reconoce que dichos bienes que pertenezcan a la propiedad privada pueden tener una función social. Por ello, se puede interpretar que la ley regula la propiedad privada de los bienes muebles que pertenezcan al patrimonio histórico-artístico teniendo en cuenta que cumplen una función social. Ello permite las limitaciones contenidas en las leyes, que no son, en ningún caso, ni una expropiación ni una violación del derecho a la libertad de empresa. En paralelo, el Código Civil recoge en su artículo 348 que *«la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes»*. En respuesta a dicha comparación, el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 1987²⁶, determinó que *«la fijación del 'contenido esencial' de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como un mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho*

26. Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo, fundamento jurídico 2.

mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente, el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes». En conclusión, lo que sea la «función social» que cada bien debe cumplir lo debe determinar el legislador en cada caso y para cada tipo de bien. Por tanto, no hay una función social general.

Por otro lado, cabe destacar que España forma parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que no recoge ninguna referencia al derecho de propiedad. Dicho Convenio cuenta con diversos Protocolos adicionales que recogen derechos fundamentales que no se recogen en el cuerpo principal. El primer Protocolo adicional recoge el concepto de propiedad privada en su artículo 1. Sin perjuicio de lo anterior, también manifiesta que las disposiciones recogidas en el Protocolo no atentan al derecho que tienen los Estados de poner en vigor las leyes que consideren necesarias para regular el uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para asegurar el pago de los impuestos u otras contribuciones o sanciones, volviendo así al concepto de «función social». Ello podemos verlo reflejado en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitida en el caso de *La condesa de Chinchón*²⁷, caso en el que el Estado adquiere la obra en ejercicio de su derecho de retracto y para pagarlo en dos anualidades, como permite la ley. Los propietarios demandaron al Estado porque entendieron que la segunda anualidad tendría que actualizarse conforme al valor de la moneda y pagar intereses adicionales. En respuesta, el Tribunal Supremo dio la razón al Estado en tanto que ha ejercido una facultad que le aporta la ley vigente, que es pagar en dos plazos y, en consecuencia, no cabía actualización ni intereses. Elevando el asunto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se aplica el primer Protocolo adicional 1 y se manifiesta que el Estado puede establecer limitaciones de uso y que, por lo tanto, no habría derecho a reclamar ni una actualización del valor ni los intereses que pudieran devengarse.

27. STS 21 de noviembre de 2006 y STEDH de 28 de junio de 2011.

LEGISLACIÓN Y BIBLIOGRAFÍA

Recopilación de legislación promulgada en 2023

MARÍA LUISA MACÍAS ROMERO

Abogada documentalista. Uría Menéndez

MÉXICO

- Decreto por el que se reforma el artículo 12 de la Ley General de Cultura y Derechos Culturales.
- Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 12 y 19 de la Ley General de Cultura y Derechos Culturales.
- Decreto por el que se reforma el artículo 7 de la Ley General de Cultura y Derechos Culturales.
- Decreto por el que se reforma el artículo 5 de la Ley General de Cultura y Derechos Culturales.
- Decreto por el que se adiciona una fracción XI al artículo 46 de la Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas.

ARGENTINA

- Proyecto de Ley Nacional de Patrimonio Cultural Inmaterial.
- Proyecto de Ley integral de Protección del Patrimonio cultural arquitectónico de la República Argentina.

Recopilación de bibliografía publicada en 2023

MARÍA LUISA MACÍAS ROMERO

Abogada documentalista. Uría Menéndez

- ALONSO IBÁÑEZ, Rosario: «La consideración de la arquitectura como bien jurídico. A propósito de la Ley 9/2022, de 14 de junio, de Calidad de la Arquitectura», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 26, 2022, pp. 467-480.
- ANTÓN VALENCIA, María: «La imagen de la bailaora flamenca y la fórmula del ‘pathos’ warburgiana», *Cuadernos de Arte*, n.º 54, 2023, pp. 2-21.
- AMINEDDOLEH, Leila A.: «Kings, Treasures, and Looting: The Evolution of Sovereign Immunity and the Foreign Sovereign Immunities Act», *The Columbia Journal of Law & Arts*, vol. 46, n.º 4, 2023, pp. 419-455.
- APARICIO VEGA, Juan Carlos: «Galerías de pequeño formato en España: el caso de Durero (Gijón)», *Cuadernos de Arte*, n.º 54, 2023, pp. 135-151.
- ARCE BUENO, Julio: «Cuerpos enmudecidos, voces imaginadas. El cuplé en el cine español (1894-1930)», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 22, 2023, pp. 14-24.
- AZANZA LÓPEZ, José Javier; DÁVILA MATA, Maite: «Elena Asins antes de Elena Asins: entre el aprendizaje y la búsqueda (1956-1968)», *Cuadernos de Arte*, n.º 54, 2023, pp. 153-172.
- BAUER, Adrienne: «Moral Rights of Artists in the German Legal System», *Art Antiquity and Law*, vol. XXVII, 4, 2022.

- BIENSTOCK, Martin: «The HEAR Act: An Underutilised Tool for Recovering Holocaust-Looted Art is Scheduled Soon to Partially Expire», *Art Antiquity and Law*, vol. XXVII, 3, 2022.
- CABELLO CARRO, Paz: «Carlos IV, Urquijo y José I Napoleón. Los inicios del patrimonio histórico español», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 26, 2022, pp. 153-204.
- CALVETE-LORENZO, Sara: «Cuerpos puzzle femeninos en la deriva del cine mudo fantástico serial», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 22, 2023, pp. 26-38.
- CHIARA VITUCCI, Maria: «La memoria della dittatura argentina tra cinema, letteratura e fumetto», *Cultus e Ius. Revista de Derecho, Cultura y Bellas Artes*, n.º 1, 2023, pp. 131-140.
- CLEMENTE CASAS, Ismael: «Qué es el arte “de valor”? La tensión entre la protección penal del patrimonio histórico y el principio de legalidad penal (en especial, las fricciones con la garantía de taxatividad)», *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2022, pp. 125-156.
- CORDERO HOYO, Elena: «El cuerpo de las estrellas de cine nacionales en la España de los años veinte», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 22, 2023, pp. 40-50.
- DEKKER, Elsbeth: «Loot as a Lasting Influence in Revoluti! The Openness and Normalcy of Seizure», *Art Antiquity and Law*, vol. XXVII, 1, 2022.
- DÍAZ GÓMEZ, José Antonio: «De Cano, Mora, Risueño y Sarabia: piezas inéditas del Barroco granadino», *Cuadernos de Arte*, n.º 54, 2023, pp. 115-133.
- DOLINKO, Silvia: «Producción e impacto de los grabados de Victor Delhez en Argentina (1926-1943)», *Cuadernos de Arte*, n.º 54, 2023, pp. 75-94.
- DOLZ LAGO, Manuel Jesús: «Delito continuado de daños al Patrimonio Histórico en concurso medial con hurto agravado», *La Ley*, n.º 10358, 28 de septiembre de 2023.
- ENCABO VERA, Miguel Ángel: *Derechos de autor y Patrimonio Cultural Inmaterial sobre las obras del folklore*, Edit. Reus, Madrid, 2023.
- ELIZALDE, Lorena V.: «Patrimonio cultural argentino un derecho humano en el olvido», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 26, 2022, pp. 253-288.
- ENRÍQUEZ CRUZ, Alba: «Derechos de Autor en el Arte Conceptual: la protección de obras de arte creadas con impresoras 3D y NFTs», *Cultus e Ius. Revista de Derecho, Cultura y Bellas Artes*, n.º 1, 2023, pp. 79-102.

- FAEKOVA, Natalia; GEORGE, Michelle; LIEBERMAN, Laurence: «The Fine Art of Fraud», *Art Antiquity and Law*, vol. XXVII, 4, 2022.
- FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R.: «Retazos de España y patrimonio cultural», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 26, 2022, pp. 253-288.
- FERNÁNDEZ-RUBIO HORNILLOS, Gonzalo: «Patronatos y monumentos: el Patronato Nacional de los Castillos de España (1962– ¿1968?)», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 26, 2022, pp. 537-555.
- FERNÁNDEZ TOURNÉ, Santiago: «Gallerie degli Uffizi contra Jean Paul Gaultier», *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2022, pp. 231-234.
- FERNÁNDEZ TOURNÉ, Santiago: «Quien es parte no es imparcial», *Tendencias del Mercado del Arte*, n.º 163, 2023, p. 39.
- FERRAGUT, David; VALLVERDÚ, Jordi: «La máquina antropológica: el autómatas en el cine español de los orígenes», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 22, 2023, pp. 52-63.
- FORGUES, Chantalle R.: «Fair Use in the Rag Trade: In Defense of the Fashion Industry's Casual Appropriation of Artwork», *The Columbia Journal of Law & Arts*, vol. 46, n.º 2, 2023, pp. 187-219.
- GARCÍA RUBIO, Fernando: *El patrimonio cultural: situaciones locales y protección universal. Un estudio jurídico sobre el patrimonio cultural local*, Edit. Atelier, Barcelona, 2023.
- GASPAR LERA, Silvia: «Limitaciones a la libertad de enajenación de los bienes culturales», *Revista Derecho Privado y Constitución*, n.º 42, enero-junio de 2023, pp. 49-86.
- GAVILÁN LÓPEZ, José; RUIZ GONZÁLEZ, Teresa: «Los usos de las herramientas jurídicas de protección del Patrimonio Cultural en Canarias. El ejemplo de la Isla de El Hierro», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 26, 2022, pp. 453-466.
- GOLDBERG, Niv: «Nazi-Looted Art: What Israel Can and Should Learn from Germany», *Art Antiquity and Law*, vol. XXVII, 1, 2022.
- GOULD, Emily: «NFTs: An Overview of Law and Regulation in 2022 and Beyond», *Art Antiquity and Law*, vol. XXVII, 2, 2022.
- GUTIÉRREZ GARCÍA, Elisa: «La libertad de expresión artística de los fotógrafos: la protección de sus creaciones por la propiedad intelectual y como vía para la conservación del patrimonio cultural», *Cultus e Ius. Revista de Derecho, Cultura y Bellas Artes*, n.º 1, 2023, pp. 47-78.

- HERMAN, Alexander: «Benin Bronzes: Germany-Nigeria Joint Declaration», *Art Antiquity and Law*, vol. XXVII, 2, 2022.
- HERMAN, Alexander: «Museums, Restitution and the New Charities Act», *Art Antiquity and Law*, vol. XXVII, 3, 2022.
- HERMAN, Alexander: *The Parthenon Marbles Dispute: Heritage, Law, Politics*, Edit. Bloomsbury Publishing Plc, Oxford, 2023.
- HERSHKOVITCH, Corinne: «Restitution of Nazi-Looted Art: The French Law of 2022», *Art Antiquity and Law*, vol. XXVII, 1, 2022.
- JAI SINGH, Asha Lee: «Is the Current UK Copyright Framework Sufficient for Protecting Technology in AI-Generated Art?», *Art Antiquity and Law*, vol. XXVII, 1, 2022.
- JOMEEN, Adam: «Anti-Money Laundering Measures and ‘Art Market Participants’: two Years On», *Art Antiquity and Law*, vol. XXVII, 1, 2022.
- KEIN, Steffanie E.: «Plunder and Provenance: Using Restitution to Correct a Market Defect», *The Columbia Journal of Law & Arts*, vol. 46, n.º 2, 2023, pp. 129-186.
- LATHROP VALENZUELA, Fernanda: «Consideraciones sobre la materialidad de los bienes arqueológicos a efectos de su valoración», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 26, 2022, pp. 501-516.
- LAZARI, Antonio: «La nueva dimensión de la normativa internacional penal sobre protección del patrimonio cultural», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 26, 2022, pp. 101-152.
- LAZEROW, Herbert I.: «Adverse possession of art», *The Columbia Journal of Law & Arts*, vol. 46, n.º 1, 2023, pp. 1-45.
- LE MOINE, François: «Noli Me Tangere: Refining Québec’s Immunity From Seizure Legislation for Cultural Objects», *Art Antiquity and Law*, vol. XXVII, 4, 2022.
- LENAERTS, Oliver: «The Grip of an Artist Estate on the Secondary Market: Moral Rights and the Importance of Archives», *Art Antiquity and Law*, vol. XXVII, 1, 2022.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, Omar; MORALES TEJEDA, Aída; QUINTANA CATÓN, Odalis: «Facilitadores para la interpretación patrimonial. El caso del cementerio Santa Ifigenia en Santiago de Cuba», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 22, 2023, pp. 112-124.
- LUNDÉN, Staffan: «Looting and learning: Teaching about the illicit antiquities trade and professional responsibilities in higher education», *International Journal of Cultural Property*, vol. 30, n.º 1, February 2022, pp. 83-104.

- MANIKOWSKA, Ewa: «The Washington Principles à rebours: Explaining Poland's current restitution policy», *International Journal of Cultural Property*, vol. 30, n.º 1, February 2022, pp. 42-61.
- MARANTOU, Dimitra; VELÁZQUEZ CASTAÑEDA, Lidia: «Algunas reflexiones sobre las interacciones entre el derecho de autor y el derecho de propiedad en el arte urbano», *La Ley – Mercantil*, n.º 102, mayo de 2023.
- MARTÍN ALACID, Andrea: «Exposiciones inmersivas y propiedad intelectual», *Tendencias del Mercado del Arte*, n.º 165, 2023, p. 54.
- MATEU DE ROS, Rafael; FERNÁNDEZ LORENZO, Patricia: «Restituciones de bienes incautados en la Guerra Civil y en la posguerra española. La nueva Ley de Memoria Democrática», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 26, 2022, pp. 481-500.
- MCKEOWN, M. Margaret: «Art, Music, & Mashups: A View from the Bench on Creativity and Copyright», *The Columbia Journal of Law & Arts*, vol. 46, n.º 2, 2023, pp. 109-127.
- MORÁN RUIZ, Mercedes: *Metabibliotecas y criptomuseos. Nuevas formas de difusión del patrimonio cultural y su implicación en los derechos de propiedad intelectual*, Edit. Instituto de Derecho de Autor, Madrid, 2023.
- MORENO BLESA, Lidia: «La restitución de bienes culturales en el derecho internacional privado y los litigios relativos a los derechos reales». *Revista de Derecho Privado*, n.º 4, julio-agosto de 2023, pp. 25-54.
- MOREU BALLONGA, José Luis: «Estudio sobre la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de la Coruña 137/2020, de 2 de septiembre, sobre reivindicación por el Estado del Pazo de Meirás», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 26, 2022, pp. 671-707.
- MOYA OLMEDO, María Pilar; NÚÑEZ GONZÁLEZ, María: «De ciudades y de hombres: primer urbanismo americano del siglo XVI», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 22, 2023, pp. 126-143.
- NEGRI, Juan Javier: «Ante la destrucción del patrimonio cultural de Ucrania ¿el derecho tiene respuestas?», *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2022, pp. 235-240.
- NEGRI, Juan Javier: «¿Es lícito quemar una obra de Frida Kahlo?», *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2022, pp. 241-246.
- NEGRI, Juan Javier: «¿Gana Banksy?», *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2022, pp. 247-252.
- NEGRI, Juan Javier: «Non! Ceci n'est-ce pas un Chagall!», *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2022, pp. 253-258.

- NEGRI, Juan Javier: «Un pleito sobre el NFT más antiguo del mercado», *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2022, pp. 259-264.
- PASCUAL CHENEI, Álvaro: «Documentos pintados del reinado de Carlos II en el Archivo Histórico de la Nobleza». *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 22/2023, pp. 144-160.
- PASTOR DELGADO, Carmen: «Tócala sólo una vez, Warhol», *Tendencias del Mercado del Arte*, n.º 161, 2023, p. 52.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, Francisco: «El imperio de la ley frente al salvaje oeste en El hombre que mató a Liberty Balance», *Cultus e Ius. Revista de Derecho, Cultura y Bellas Artes*, n.º 1, 2023, pp. 103-130.
- PÉREZ SÁNCHEZ, Manuel: «La platería en las primeras exposiciones públicas de la industria española», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 22, 2023, pp. 163-175.
- PÉREZ VALERA, Ana: «Noticias inéditas sobre cinco plateros compostelanos desconocidos: Esteban Montero, Alejandro Bermúdez, Andrés Legrande, Jesús Paz e Isolino del Río», *Cuadernos de Arte*, n.º 54, 2023, pp. 23-42.
- QUESADA POLO, Diego: «AXIS MUNDI: el Crucificado del Cementerio de San José de Granada (1922) de José Navas – Parejo», *Cuadernos de Arte*, n.º 54, 2023, pp. 59-74.
- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: «Una inoculación pretendida: la inserción de la cultura en la impartición de docencia jurídico-civil», *Cultus e Ius. Revista de Derecho, Cultura y Bellas Artes*, n.º 1, 2023, pp. 25-46.
- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: «El Profesor de Derecho Civil fue asesinado al atardecer», *Cultus e Ius. Revista de Derecho, Cultura y Bellas Artes*, n.º 1, 2023, pp. 141-150.
- REED, Victoria S.: «American Museums and Colonial-Era Provenance: a Proposal», *International Journal of Cultural Property*, vol. 30, n.º 1, February 2022, pp. 1-21.
- REGALADO GONZÁLEZ-SERNA, Víctor Daniel: «El trabajo de Leonardo de Figueroa en la parroquia de Santa Lucía», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 22, 2023, pp. 176-187.
- REGALADO GONZÁLEZ-SERNA, Víctor Daniel: «Ruina y presidio del pintor Lucas de Valdés», *Cuadernos de Arte*, n.º 54, 2023, pp. 173-184.
- RIPOL CARULLA, Santiago; PRADO ALEGRE, Elvira: *Los derechos culturales y el espacio ultraterrestre. Una mirada al patrimonio espacial*, Edit. Kinnamon, Santa Cruz de Tenerife, 2023.

- RIVAYA GARCÍA, Benjamin: «El hombre como objeto de la propiedad. La esclavitud vista por el cine», *Cultus e Ius. Revista de Derecho, Cultura y Bellas Artes*, n.º 1, 2023, pp. 15-24.
- ROCA TRÍAS, Encarnación: «La Junta de calificación, valoración y exportación de bienes del patrimonio histórico español», *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2022, pp. 35-66.
- ROGEL VIDE, Carlos: *Obras arquitectónicas y propiedad intelectual*, Edit. Reus, Madrid, 2023.
- ROMA VALDÉS, Antonio: «La falsificación de objetos arqueológicos para el Derecho Penal», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 26, 2022, pp. 441-452.
- SAN NICOLÁS DEL TORO, Miguel: «El marco normativo del Patrimonio Cultural en la Región del Murcia», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 26, 2022, pp. 289-322.
- SÁNCHEZ CORDERO, Jorge: «Mondiacult México 2022, Una narrativa conceptual», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 26, 2022, pp. 27-52.
- SÁNCHEZ-MESA MARTÍNEZ, Leonardo J.: «Municipios y patrimonio cultural: hacia un posible reajuste del sistema de protección de los bienes culturales inmuebles», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 19, abril de 2023, pp. 148-171.
- SÁNCHEZ SALAS, Daniel: «La representación de los cuerpos del gaucho y el torero en los films *Nobleza gaucha* (1915) y *Sangre y arena* (1916)», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 22, 2023, pp. 64-75.
- SATRÚSTEGUI, Miguel: «Pasado y futuro de la LPHE: las razones de una ley, las razones del cambio», *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2022, pp. 159-177.
- SAURET GUERRERO, Teresa: «Becquer y el desamor. De nuevo sobre el Álbum de Julia», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 22, 2023, pp. 188-204.
- SERRANO DE HARO MARTÍNEZ, Carmen: «Patrimonio cultural en Tierra Santa vinculado a España», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 26, 2022, pp. 323-368.
- SMITH, Emiline; THOMPSON, Erin L.: «A Case Study of Academic Facilitation of the Global Illicit Trade in Cultural Objects: Mary Slusser in Nepal», *International Journal of Cultural Property*, vol. 30, n.º 1, febrero de 2022, pp. 22-41.

- SOLER MASOTA, Paz: «Arte en llamas para valorizar los NFT», *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2022, pp. 265-274.
- SOLER MASOTA, Paz: «It's all bananas... y la (gran) comedia de Cattelan continúa», *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2022, pp. 275-282.
- SOLER MASOTA, Paz: «Sobre la autoría en obras de arte conceptual: a propósito de Druet C. Cattelan», *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2022, pp. 283-292.
- SÒRIA PUIG, Eva. *Arte contemporáneo y derecho de autor*, Edit. Reus, Madrid, 2023.
- SOSA FERNÁNDEZ, Rocío del Pilar; CASTELLÓ MAYO, Enrique; MÉNDEZ FERNÁNDEZ, Roi: «Metamorfosis del ritmo dinámico silente a la pasividad del cuerpo en la ficción», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 22, 2023, pp. 76-86.
- SOTO VÁZQUEZ, Begoña: «Cine de atracciones y bailes españoles», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 22, 2023, pp. 88-97.
- STANUSLAUS, Siena: «A Chance at the Arts: Assessment of NYC Department of Education's ArtsCount as a Violation of Title VI Implementing Regulation», *The Columbia Journal of Law & Arts*, vol. 46, n.º 4, 2023, pp. 487-512.
- SUÁREZ CARMONA, Luisa: «Toros, bailes y procesiones. El cuerpo en los primeros años del cine en España», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 22, 2023, pp. 98-110.
- SUÁREZ-MANSILLA, Marta: «Obras NFT y el mundo de las ideas de Platón: retos jurídicos para el arte del siglo XXI», *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2022, pp. 67-124.
- SUÁREZ-MANSILLA, Marta: «Un nuevo episodio en el caso Cassirer v Fundación Thyssen-Bornemisza», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 26, 2022, pp. 369-416.
- TEJERO LÓPEZ, Miriam: «Estudio heráldico de las tres universidades carolinas: Granada, México y Lima», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 22, 2023, pp. 206-217.
- THOMAS, Rod: «Buying Investment Art: authenticity, Risk and a Four-Proof Framework», *Art Antiquity and Law*, vol. XXVII, 2, 2022.
- VACAS FERNÁNDEZ, Félix: «La protección jurídica internacional de los bienes culturales en conflictos armados y su aplicación a la guerra en Ucrania», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 26, 2022, pp. 53-100.

- VACAS FERNÁNDEZ, Félix: «La compleja cuestión de la devolución de los tesoros de Crimea desde el Museo Allard Pierson de Amsterdam», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 26, 2022, pp. 417-440.
- VARELA MAYOR, Arletys: *La apreciación de la originalidad en la pintura desde el Derecho de autor*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2023.
- VALLE CORPAS, Irene: «La significación política de lo dialógico en el cine de los sesenta y setenta», *Cuadernos de Arte*, n.º 54, 2023, pp. 43-58.
- VEIGA COPO, Abel B.: *Derecho del arte y revolución digital. Creatividad, autenticidad, originalidad y seguridad*, Civitas, Madrid, 2023.
- VENDRELL CERVANTES, Carles: «Libertad de creación artística y uso de obras ajenas», *Tendencias del Mercado del Arte*, n.º 167, 2023, p. 48.
- VERCHER NOGUERA, Antonio: «Reflexiones sobre la necesidad del reconocimiento de los edificios de patrimonio histórico para su protección penal», *La Ley*, n.º 10297, 30 de mayo de 2023.
- VILLA GONZÁLEZ, Ángel: «El embalse de Valdecañas (comarca de Campo Arañuelo, Cáceres) y su gestión patrimonial. Las medidas de protección de sus bienes arqueológicos y monumentales a lo largo de los siglos», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 26, 2022, pp. 517-536.
- VV. AA.: *Derecho y Arte II* (dirs. J. Ammeman Yebra, A. Valiño Ces, P. Ramos Hernández), Aranzadi, Pamplona, 2023.
- VV. AA. *El expolio de bienes culturales* (edits. L. Pérez-Prat Durbán, Z. Ruiz Romero), Universidad de Huelva, Huelva, 2023.
- VV. AA. *El marco legal de la cultura y la creación artística* (dir. E. Desdentado Daroca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- VV. AA. *Metaverso, arte tokenizado y propiedad intelectual* (dir. S. Navas Navarro; coord. S. Robert Guillén), Edit. Reus, Madrid, 2023.
- WILSON, Martin: *Art Law and the Business of Art*, Edit. Elgar Practical Guides, Second Edition, Cheltenham, 2022.
- ZARDOYA LOUREDA, María Victoria; ÁLVAREZ GÓMEZ, Ángel Manuel: «La ornamentación de la arquitectura de madera en La Habana, 1900-1930», *Quiroga Revista de Patrimonio Iberoamericano*, n.º 22, 2023, pp. 218-230.

RESEÑAS JUDICIALES

Reseñas judiciales¹

Sentencia n.º 1331/2022 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 19 octubre de 2022, recurso n.º 8211/2021.

Cuando en el marco de un procedimiento de expropiación forzosa el objeto de la expropiación sea, íntegra y exclusivamente, un inmueble de titularidad privada declarado bien de interés cultural (BIC), serán de aplicación los artículos 76 y ss. de la Ley de Expropiación Forzosa y, por ello, la determinación del justiprecio deberá efectuarse por la Comisión de Expertos

El conflicto trae causa de la desestimación del recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Rincón de la Victoria (Málaga) (el «**Ayuntamiento**») contra la resolución de 20 de junio de 2016 de la Comisión Especial de Académicos que determinaba el justiprecio por la expropiación forzosa de la Cueva del Tesoro, un bien de interés cultural (“**BIC**”) inmueble situado en el Rincón de la Victoria. Tras la interposición del recurso contencioso administrativo correspondiente –desestimado por el TSJ de Andalucía (sede en Málaga) en su sentencia n.º 1409/2021, de 7 de junio– el Ayuntamiento interpuso recurso de casación contra la referida sentencia.

La cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia –tal y como fue apreciado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo– era la siguiente:

1. Las reseñas de los pronunciamientos judiciales han sido elaboradas por Santiago Fernández Tourné, Beatriz López Escudero, Andrea Martín Alacid, Ana Ortega Redondo, Carmen Pastor Delgado y Sara Tato Sánchez, bajo la coordinación de Carles Vendrell Cervantes, abogados y abogadas de Uría Menéndez.

«[...] si expropiándose una finca donde se ubica una zona arqueológica que ha sido declarado Bien de Interés Cultural, en este caso por la Administración autonómica, procede la valoración separada del suelo o terreno de ubicación y de los bienes que integran el yacimiento arqueológico o si, por el contrario, han de valorarse como una unidad indivisible y, entonces, cuáles son los efectos que se derivan en orden al procedimiento expropiatorio que ha de seguirse y la naturaleza de la indemnización que deba fijar el órgano de tasación administrativo».

En relación con el fondo del asunto, entiende el Alto Tribunal que el presente supuesto encuentra relación con el enjuiciado en su sentencia n.º 550/2020, de 25 de mayo, en la que se disponía que, en el supuesto de que un Ayuntamiento expropiase un terreno en el que a su vez se encuentra un yacimiento arqueológico declarado de BIC, deberá procederse, por un lado, a la valoración separada del suelo conforme a las normas ordinarias del procedimiento de expropiación correspondiente y, en su caso, por otro lado, a la valoración del BIC que se trate por la Comisión de Expertos (ex artículos 78 y 80 de la Ley de Expropiación Forzosa).

Tras haber analizado la presunta equivalencia entre las circunstancias concurrentes entre ambos casos, el Tribunal Supremo entiende que no pueden considerarse asimilables. Y así, argumenta que, cuando el objeto de la expropiación constituya exclusivamente un inmueble de titularidad privada declarado BIC, serán de aplicación los artículos 76 y ss. de la Ley de Expropiación Forzosa, debiendo el justiprecio determinarse por la Comisión de Expertos.

De este modo, si se traslada esta doctrina general al caso enjuiciado, el Tribunal Supremo considera que el proceder fue correcto al haber sido el único objeto de la expropiación la Cueva del Tesoro (inmueble declarado BIC) y haberse determinado el justo precio por la Comisión Especial de Académicos, descartando la concurrencia de una expropiación de carácter urbanístico que se pudiera regir por las normas comunes de expropiación.

(S. TATO SÁNCHEZ)

Sentencia n.º 117/2023 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1.ª), de 15 de febrero de 2023, recurso n.º 581/2022. *Falsificaciones de artistas como Eduardo Chillida, Roy Lichtenstein, Edvard Munch y José Guerrero. La condena por delitos continuados contra la propiedad intelectual y estafa del acusado se fundamentó en los conocimientos técnicos del acusado y la asiduidad de su actividad en el mercado del arte. La indemnización por el delito contra la propiedad intelectual asciende al valor de las obras originales tasado pericialmente*

El procedimiento tiene su origen en quince obras atribuidas a artistas como Eduardo Chillida, Roy Lichtenstein, Edvard Munch y José Guerrero que habían sido vendidas o pretendían venderse por el acusado (con conocimiento de su falsedad) a través de una conocida sala de subastas (las “Obras”).

El acusado firmó en enero de 2018 un contrato de mediación con la indicada sala de subastas, donde se acordaba la venta de un total de 16 piezas de arte, entregadas en noviembre del mismo año, de las cuales 15 resultaron ser falsificaciones. El acusado negó haber entregado a la sala de subastas algunas de las Obras amparándose, entre otros, en el hecho de que no existía un rastro documental de tal entrega (el contrato de mediación no identifica las piezas concretas depositadas, a pesar de que debería incorporar un anexo a tal fin, ni existía un documento de recepción de las Obras para su venta en subasta). Sin embargo, la Audiencia Provincial entendió probada la entrega de las Obras por cuanto en la base de datos digital de la sala de subastas constaba el archivo de las obras depositadas por el acusado para su venta y el testimonio de varios empleados así lo confirmaban. La ausencia de rastro documental se debía, según una empleada de la sala de subastas, a que con clientes habituales no se confecciona documento de recepción de las obras.

El detonante de la investigación, que se inició con la intervención del Cuerpo Nacional de Policía de varias de las Obras en marzo de 2019 –que se encontraban depositadas en la sala de subastas para su estudio y posterior venta–, fue la denuncia por estafa de un galerista extranjero que, en mayo de 2017, había adquirido dos serigrafías falsas de Chillida vendidas por el acusado en otras salas de subastas de España y Alemania.

El procedimiento enjuicia la presunta comisión de dos delitos: un delito contra la propiedad intelectual y un delito de estafa.

Se constató la falsedad de las Obras a raíz de tres informes periciales: uno de Zabala Leku S.L., titular de los derechos de propiedad intelectual de las obras de Eduardo Chillida (acusación particular), que examinó las

Obras contrastándolas con aquellas que figuraban en el catálogo razonado; otro del Centro José Guerrero encargado de velar del legado del artista, tras examen de la forma, materiales y firma de las Obras; y otro de un técnico de Museos del Estados sobre las obras de Roy Lichtenstein y Edvard Munch.

En cuanto al delito contra la propiedad intelectual (en los casos de Eduardo Chillida, Roy Lichtenstein y José Guerrero, puesto que las obras de Edvard Munch ya se encontraban en dominio público), la Secc. 1.^a de la Audiencia Provincial de Madrid entiende que el acusado era conocedor del fraude de las obras y pretendía su venta por cuatro hechos: (i) el acusado tiene conocimientos de diseño gráfico –teniendo también obra propia– y se dedica a la introducción en el circuito artístico de obras para su venta en pública subasta, por lo que estos conocimientos unido al elevado número de obras falsificadas hace suponer que no se trata de un hecho fortuito y aislado; (ii) el acusado había sido ya investigado con anterioridad por hechos similares en relación con obras falsificadas de Chillida; (iii) la investigación de los hechos fue iniciada en virtud de denuncia de un comprador que adquirió dos serigrafías en pública subasta de otras dos casas de subastas que, por información aportada por ambas salas, fueron vendidas por el acusado; y (iv) las obras de José Guerrero habían sido previamente cedidas para subasta a otra sala de subastas y estas habían sido retiradas al tener la sala de subastas serias dudas sobre su autenticidad tras haberlo consultado con el Centro José Guerrero. El acusado era conocedor de la causa de esta devolución.

Lo anterior, con independencia de que el mismo acusado u otro fuese el autor de las falsificaciones –hecho que no resulta probado–, resultó suficiente, junto con la verificada falsedad de las obras, para afirmar que concurren los presupuestos de conocimiento y voluntad necesarios para concluir la infracción de un ilícito penal contra los derechos de propiedad intelectual.

En cuanto al delito de estafa, la Audiencia Provincial determina que hay un engaño en cuanto el acusado afirma como verdadero algo que no lo es o en ocultación o deformación de algo verdadero. A dicha conducta le concurre un dolo específico, que es el ánimo de obtener un beneficio económico y en perjuicio de tercero, lo que es constitutivo también de un delito de estafa.

Por último, dada la reiteración y pluralidad de acciones que demuestran la persistencia en la actuación del acusado, la unidad de dolo y que los actos se realizaran en ejecución de un plan preconcebido del acusado a la vista de la prueba practicada, ambos delitos son calificados con carácter continuado.

En aplicación de lo expuesto, la Audiencia Provincial de Madrid condena al acusado a un total de cuatro años de cárcel –dos años y tres meses por un delito continuado contra la propiedad intelectual y un año y nueve meses más por delito continuado de estafa–. A ello se añade una pena de multa y, en concepto de responsabilidad civil, la indemnización a los compradores afectados y a los titulares de los derechos de propiedad intelectual de los artistas por los daños y perjuicios morales, indemnización que asciende al valor de las obras originales de acuerdo con su tasación pericial.

(A. MARTÍN ALACID)

Sentencia n.º 4/2023 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 10 de enero de 2023, recurso n.º 295/2022. *Protección cautelar del monumento del escultor Juan de Ávalos dedicado al general Franco mientras se decide su interés artístico o cultural a través de la suspensión de la decisión de no incoar expediente de declaración como bien de interés cultural (BIC). Dicha protección era preceptiva durante el período administrativo, pero también es necesaria en la fase judicial al existir una amenaza absolutamente real de que se desmonte el monumento por la presión política existente en aplicación de la Ley de Memoria Democrática*

Esta sentencia resuelve el recurso de apelación formulado por una asociación dedicada a la protección del patrimonio histórico contra el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Santa Cruz de Tenerife que desestima la medida cautelar de suspensión de la resolución de la administración canaria por la que se decide no incoar expediente de declaración como bien de interés cultural (“**BIC**”) del llamado Monumento de la Victoria, obra del escultor Juan de Ávalos (1911-2006) y dedicado al general Franco y la victoria de su ejército en la Guerra Civil.

La resolución que deniega la incoación del expediente evita que durante la tramitación de este se aplique a la obra el régimen de protección previsto en la normativa canaria (art. 6 del Decreto 111/2004, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre Procedimiento de Declaración y Régimen Jurídico de los Bienes de Interés Cultural).

La sentencia adopta como medida cautelar la suspensión de esta resolución, lo que conlleva la protección cautelar del monumento en tanto se resuelve el recurso.

La sentencia indica que no es objeto del recurso confrontar la obra de Ávalos con la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática (la “**Ley de Memoria Democrática**”) –lo que le generaría una «apariencia de buen derecho» para la administración–, sino si la escultura controvertida puede tener determinado interés cultural. La misma Ley de Memoria Democrática «pone freno a posibles excesos que pretendan la destrucción de algo que se considere de interés cultural o artístico (art. 35.6) [y] [...] la ley prevé (sic) la posibilidad de reinterpretación o resignificación del monumento en otro sentido al que pudiera tener como monumento franquista». No obstante, señala la sentencia que no procede en sede cautelar discutir sobre el alcance del interés artístico o cultural de «una escultura, carente por otra parte de símbolos franquistas», porque implicaría una intrusión en el fondo de la cuestión.

En cuanto al requisito del *periculum in mora* o el peligro de la pérdida de la finalidad del recurso, la sentencia determina que, de no adoptar la medida cautelar, en el caso de que finalmente se estime el recurso de los demandantes y la Administración deba tramitar el expediente, «*se habría privado, a los interesados de una obligación legal de protección durante todo este tiempo no solo en el período administrativo, lo que era preceptivo, sino también en el judicial*», al existir una amenaza absolutamente real de que se desmonte el monumento por la «*presión política existente en aplicación*» de la Ley de Memoria Democrática.

(C. PASTOR DELGADO)

Sentencia n.º 304/2023 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 9 de marzo de 2023, recurso n.º 1543/2021. *El Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestima el recurso contra la declaración como BIC de la obra Retrato de un clérigo, atribuida a Velázquez, frente a los argumentos de su propietaria en contra de su mérito artístico, llegando incluso a cuestionar su atribución al artista. Prevalecen los informes de la propia Administración frente al informe pericial aportado por la actora*

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los propietarios de la obra *Retrato de un clérigo*, atribuida a Velázquez, contra el Decreto del Gobierno autonómico madrileño por el que se declara Bien de Interés Cultural (“BIC”).

Como primer argumento, la actora plantea que la decisión constituye una vulneración de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, por la demora en incoar el expediente (tres años después de que se declarara su inexportabilidad por el Ministerio de Cultura) y en tomar la decisión de su declaración como BIC (cuatro años desde la incoación del expediente). Según la recurrente, esto le habría dado a entender que no se produciría tal declaración, puesto que se trata de una decisión de carácter discrecional y, por tanto, no es una consecuencia necesaria de la declaración de inexportabilidad. También se alude al plazo de quince días para la incoación del procedimiento cuando se adopten medidas provisionales, según lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (“LPAC”), que la actora considera aplicable al expediente de declaración de BIC en tanto que su inexportabilidad se establece, de acuerdo con el artículo 5.3 de la Ley de Patrimonio Histórico Español (“LPHE”), con naturaleza de medida cautelar.

Frente a dicho planteamiento, la Sala considera que el artículo 56 de la LPAC no es aplicable al expediente de declaración de BIC en tanto que la declaración de inexportabilidad no constituye una medida provisional en los términos de la LPAC, siendo de preferente aplicación la normativa específica (*i. e.*, la LPHE), que establece la duración de la medida hasta que se incoe el expediente para incluir el bien en alguna de las categorías de protección. En consecuencia, no prospera el argumento relativo a la presunta vulneración de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica.

El segundo bloque argumental se centra en que la obra en cuestión no tendría, según la actora, suficiente mérito histórico o artístico para ser declarado BIC. En este punto, la Administración y la actora contraponen diferentes informes periciales, a favor y en contra de su mérito. Uno de los puntos

controvertidos en este debate es el de la atribución de la obra a Velázquez, cuestionado por el informe pericial de parte, entre otros argumentos contrarios a su valor como bien merecedor de protección. Sin embargo, en la sentencia se explica que la autoría de la obra ni siquiera se afirma con rotundidad en la decisión impugnada, y por tanto, el argumento es desestimado.

La Sala recuerda que, en materia de protección de bienes culturales, la declaración de una obra como BIC comprende el ejercicio de potestades de discrecionalidad técnica, y concluye que es preferible acoger la conclusión de la Administración por estar *«emitida por técnicos independientes y sin interés particular en el asunto, de cuya competencia no cabe dudar»*. Como corolario de lo anterior, la Sala ensalza la destacable calidad técnica y artística de la obra, la capacidad del autor para reflejar autenticidad y profundidad psicológica, y, en definitiva, su excepcionalidad, que, a juicio del Tribunal, *«puede ser apreciada incluso por personas legas en la materia»*.

(S. FERNÁNDEZ TOURNÉ)

Sentencia n.º 18/2023 del Juzgado de lo Mercantil n.º 13 de Madrid, de 23 de marzo de 2023, recurso n.º 93/2022. *El Juzgado de lo Mercantil n.º 13 de Madrid cuantifica los daños sufridos por el artista Mateo Maté y su compañía Francisco Mateo Comunicaciones, S.L., como consecuencia del plagio de su obra “Viajo para conocer mi geografía”*

D. Mateo Maté es un artista postconceptual que cuenta con una dilatada carrera profesional y goza de un gran prestigio a nivel nacional e internacional. A principios del 2000, D. Mateo inició un proceso de investigación que culminó en el 2009 con la creación de su obra *Viajo para conocer mi geografía*, un montaje consistente en una instalación física realizada en una sala de exposiciones, auxiliada de imágenes proyectadas en una pantalla y de una grabación adicional realizada en vídeo.

Del 29 de enero al 14 de marzo de 2010, la obra estuvo expuesta en la sala de exposiciones Matadero de Madrid, haciéndola coincidir, además, con la Feria de Arco, lo que generó un gran número de visitas y repercusión pública.

Poco después, el 2 de septiembre de 2010, Seat, S.A. contrató a Nurun Crazy Labs, S.L.U. para la elaboración de un anuncio publicitario para la campaña *Seat 60 aniversario* que se emitiría en YouTube. Ambas compañías iniciaron una importante labor publicitaria en medios para dar a conocer el contenido del anuncio.

El anuncio que elaboró Nurun incorporó la obra de D. Mateo y simplemente introdujo pequeños cambios a fin de adaptarse a las necesidades del medio publicitario. Ello tuvo como consecuencia que, dado el parecido entre el anuncio publicitario y la obra de D. Mateo, rápidamente se pusiera en duda la autoría y la originalidad de la obra entre los profesionales del sector del arte contemporáneo.

En este contexto, D. Mateo y su compañía Francisco Mateo Comunicaciones, S.L., iniciaron un procedimiento judicial que concluiría diez años más tarde, el 19 de junio de 2020 con la sentencia n.º 266/2020 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 19 de junio de 2020. Esta sentencia confirmó la sentencia n.º 10/2018 del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid, de 8 de enero de 2018 que (i) declaraba que Nurun y Seat habían infringido los derechos de propiedad intelectual del artista y de la compañía Francisco Mateo Comunicaciones, como cesionaria de los derechos de explotación de la obra, al haberla utilizado durante la campaña publicitaria *Seat 60 aniversario*; y (ii) les condenaba a pagar a los actores los daños mate-

riales y morales causados como consecuencia del plagio, cuya liquidación se reservaba para un pleito posterior.

Con posterioridad, D. Mateo y Francisco Mateo Comunicaciones iniciaron un nuevo procedimiento para reclamar los daños sufridos por la infracción de los derechos de propiedad intelectual. A continuación se analizan los conceptos que comprenden la indemnización acordada:

- (i) Beneficios dejados de obtener por los actores: La sentencia recuerda que, para liquidar los daños, hemos de imaginarnos cuál hubiera sido el recorrido normal de la obra y del propio artista de no haber existido la infracción. En este sentido, atendiendo a las declaraciones de testigos expertos en la materia, considera que una obra de semejante envergadura hubiera sido expuesta en unas cinco galerías de arte o salas de exposiciones, que se hubieran vendido unos ocho vídeos de la obra y que, al final, hubiera sido adquirida por algún coleccionista público o privado. A ello no obsta ni que la obra fuera de grandes dimensiones y necesitase salas semejantes a Matadero ni que no se aportasen justificantes relativos a acuerdos sobre las futuras exhibiciones o ventas de vídeos de la obra.

El Juzgado calcula el importe de los beneficios dejados de obtener restando a los ingresos perdidos, según el informe pericial aportado por los actores, las ganancias obtenidas como consecuencia de la exposición en la sala Matadero. No se descuentan los gastos en los que el autor incurrió para la elaboración de la obra, ya que, aunque en principio se trataría de una inversión, en casos como el presente en los que la expectativa de recuperar dicho importe se ve frustrada por plagio, esa inversión se convierte automáticamente en un gasto irrecuperable y, por tanto, se puede equiparar a un daño emergente.

- (ii) Beneficios ilícitos obtenidos por Nurun y Seat: Tal y como había solicitado la demanda –pero de forma sorprendente y en todo caso bajo una lógica indemnizatoria altamente discutible a la luz del art. 140 de la LPI y del Derecho de la Unión–, la sentencia permite añadir al daño derivado de los beneficios dejados de obtener los beneficios obtenidos por Nurun atendiendo a la prueba documental aportada al procedimiento (*i. e.*, contratos, facturas, etc. –no siendo un factor a tener en cuenta el hecho de que la compañía hubiera recibido premios por la *creatividad* de su anuncio–). Sin embargo, desestima la pretensión de condena respecto de Seat, dado que considera que

el perito de los actores no ha proporcionado un método fiable de cálculo de cuáles podrían haber sido estos beneficios ilícitos.

- (iii) Daño moral sufrido por el artista: La sentencia considera que de los hechos probados en el procedimiento no cabe duda de que el plagio afectó a la psiquis de D. Mateo, que vio frustrada no solo la trayectoria de su obra culmen, sino también su carrera artística y profesional. De esta forma, atendiendo a que llevaba diez años trabajando en la obra y que tenía muchas expectativas en que dicha obra le ayudase a despuntar en su carrera profesional y constituirse como uno de los referentes del arte contemporáneo a nivel mundial y que estas expectativas se vieron frustradas, considera que es perfectamente entendible que el plagio afectase a su estado anímico. Más si cabe teniendo en cuenta que (a) con independencia de las visualizaciones reales del anuncio, este estuvo disponible en Youtube durante diez años; que (b) el anunciante era una de las compañías automovilísticas más importantes de nuestro país; que (c) Nurun alardeaba de la altura creativa del anuncio en redes sociales, certámenes y premios; que (d) el artista ha tenido que esperar diez años a recibir una respuesta judicial, lo que le ha debido causar desasosiego; y que (e) el anuncio no solo afectaba a la autoría y originalidad de la obra, sino que también afectaba al lenguaje del artista, ya que, tras visualizar el anuncio, el espectador no veía la obra con los mismos ojos.
- (iv) Gastos de investigación: Asimismo se incluyeron en la indemnización los costes de los informes periciales necesarios para acreditar el plagio de la obra y el daño que ello supuso a los actores.

(A. ORTEGA REDONDO)

Sentencia n.º 231/2023 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª), de 6 de junio de 2023, recurso n.º 329/2023. Falsificaciones de artistas como Eduardo Chillida, Roy Lichtenstein, Edvard Munch y José Guerrero. El error de subsunción del concepto de plagio supone la revocación de la condena por delitos contra la propiedad intelectual al recurrente, manteniendo la condena por estafa

Tras la condena de la Secc. 1.ª de la Audiencia Provincial de Madrid por delitos continuados contra la propiedad intelectual y estafa por la venta de obras fraudulentas de Eduardo Chillida, Roy Lichtenstein y Edvard Munch (las “Obras”) a la sala de subastas, el condenado recurre la sentencia en apelación alegando (i) la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva por no existir prueba de cargo suficiente; y (ii) el error en la valoración de la prueba en relación con el delito contra la propiedad intelectual.

En respuesta al recurso de apelación, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid revoca la sentencia de la Audiencia Provincial en lo relativo al delito contra la propiedad intelectual. Los magistrados determinan que no concurre la condición objetiva de punibilidad que el plagio descrito en instancia exige y describe. Habida cuenta de que la Ley de Propiedad Intelectual no ofrece una definición de *plagio*, suele convenirse en que consiste en la ocultación del verdadero autor de la obra, con su consiguiente atribución falsa a un tercero, suponiendo una «*apropiación intelectual o aprovechamiento de la labor creadora copiando una obra y aparentando ser su verdadero autor*», en línea con la definición de la Real Academia Española de la Lengua, que recoge que *plagiar* es «*copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias*». En esencia, el plagio es la conducta que atrae hacia la autoría de quien la realiza la paternidad de una obra ajena. Es ahí donde radica, según el criterio del Tribunal Superior de Justicia, el error de subsunción por parte de la sentencia de instancia.

Igualmente, el Tribunal Superior de Justicia concluye, partiendo de la narración fáctica del caso, no se da ninguna de las conductas típicas descritas en el artículo 270 del Código Penal que protege los derechos patrimoniales del autor en cuanto al plagio. Ello es así, aunque pueda resultar paradójico, porque atribuir a artistas de renombre lo no creado por ellos no es, en este caso, un delito contra la propiedad intelectual. Por lo anterior, el recurrente es absuelto de la condena por delitos continuados contra la propiedad intelectual.

En cuanto al perjuicio moral para los autores a quienes falsamente se les atribuyen obras que no son suyas, el Tribunal Superior de Justicia lo

entiende como hecho reprochable al recurrente desde la perspectiva civil y por el delito de estafa en vía penal.

Por último, con respecto a la condena por estafa, de acuerdo con el análisis del mecanismo valorativo en la instancia, el Tribunal Superior de Justicia constata que ha existido prueba de cargo suficiente para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia. Por lo tanto y según valoración del acervo probatorio de cargo, la Sala entiende que el recurrente, con ánimo de obtener un beneficio económico mediante la venta a terceros, efectivamente realiza o utiliza obras de imitación que atribuye a artistas de renombre, concluyendo la presencia de un dolo inequívoco propio de la estafa, manteniendo así la condena de la Audiencia Provincial en ese sentido.

(A. MARTÍN ALACID)

Sentencia n.º 347/2023 del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 19 de junio de 2023, recurso n.º 420/2021. *Anulación de la sanción impuesta a la abadesa de un monasterio de las Hermanas Clarisas por el traslado sin autorización de bienes muebles del Real Monasterio de la Encarnación de las Monjas Clarisas de Mula, declarado BIC, debido al cierre del monasterio y traslado de las monjas a un monasterio de Elche. Se anula la sanción debido a la ausencia de mala fe y error interpretativo de las normas al no estar detallados los elementos a los que alcanza la declaración de BIC*

El origen del caso se remonta a julio de 2019, cuando el Servicio de Patrimonio Histórico de la Dirección General de Bienes Culturales (“DGBC”) inspeccionó el Real Monasterio de la Encarnación de las Monjas Clarisas de Mula, declarado bien de interés cultural (“BIC”) con categoría de monumento según el Real Decreto 1442/1981, de 24 de abril, para comprobar el estado del BIC y los bienes muebles que lo integran. Debido a que el monasterio estaba en proceso de cierre por el traslado de las Hermanas Clarisas a otro convento de la orden en Elche, gran parte de los bienes muebles del Monasterio de Mula había sido trasladado al convento de Elche para garantizar su seguridad y adecuada conservación.

La DGBC requirió a las Hermanas Clarisas la restitución de los bienes muebles del Monasterio de Mula por haberlos trasladado sin la debida autorización al convento de Elche. En julio de 2022, se alcanzó una solución extrajudicial por la que las Hermanas Clarisas restituyeron todos los bienes al Monasterio de Mula.

Paralelamente, por un lado, el Ayuntamiento de Mula instó la modificación del BIC del Monasterio de Mula con el fin de delimitar de forma detallada su entorno de protección y relacionar los bienes inmateriales y muebles especialmente vinculados con el inmueble, incoado por Resolución de 28 de mayo de 2020.

Por otro lado, la DGBC inició expediente administrativo sancionador contra la abadesa del Monasterio Santa Clara de las Religiosas Clarisas de Elche, por considerar que el traslado realizado de los bienes muebles sin autorización constituía infracción administrativa grave de acuerdo con el art. 74.m) de la Ley 4/2007, de 16 de marzo, de Patrimonio Cultural de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. El procedimiento concluyó por orden de la Consejera de Educación y Cultura de la Comunidad autónoma de la Región de Murcia, de 31 de mayo de 2021, que impuso a la abadesa una multa administrativa de 100.001 euros.

Contra esta orden el Monasterio de Santa Clara –legitimado activamente al imponerse la sanción a su abadesa no a título personal, sino por su cargo, y

habiéndose admitido su legitimación durante el procedimiento administrativo— interpuso el recurso contencioso-administrativo resuelto por la presente sentencia. Así, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia estima el recurso por faltar el elemento subjetivo del tipo infractor, puesto que, aunque el traslado de los bienes es reconocido por las Hermanas Clarisas desde el primer momento, su actuación estuvo guiada por la buena fe y amparada por el error en la interpretación de las normas de aplicación por los motivos expuestos a continuación.

En primer lugar, queda probado que en la declaración por la que se reconoce al Monasterio de Mula como monumento histórico-artístico de carácter nacional no se hace una relación detallada de los bienes o elementos a los que alcanza la declaración. Tanto es así que, como se ha señalado, en mayo de 2020 se inicia la modificación de la calificación del bien para delimitar detalladamente su protección y relacionar los bienes vinculados con el inmueble, lo que supone reconocer que la anterior declaración de BIC no es lo suficientemente clara en cuanto a la extensión y determinación de su objeto. Asimismo, la declaración anterior se regía por la Ley relativa al Patrimonio Artístico Nacional de 13 de mayo de 1933 y por el Decreto de 16 de abril de 1936, en los que la definición de *monumento histórico-artístico* no va más allá de referencias vagas a su carácter de inmueble y la inclusión de los monumentos declarados nacionales y arquitectónicos-artísticos.

En segundo lugar, no consta que, a la fecha del traslado, los bienes muebles trasladados estuvieran recogidos e inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural de la Dirección General de Bellas Artes y Archivos del Ministerio de Cultura, ni tampoco que se trate de bienes muebles inventariados y, por tanto, inscritos en el Inventario General de bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español.

Por último, el traslado se produce con ocasión de abandonar el Monasterio de Mula por las Hermanas y con la única finalidad de garantizar la seguridad de los bienes. Además, una vez aclarada la situación jurídica de los bienes, las Hermanas Clarisas procedieron a devolver los bienes al Monasterio de Mula.

Por todo ello, la Sala concluye que no es posible imputar a la abadesa infracción alguna, puesto que podía razonablemente pensarse que los bienes muebles trasladados no estaban afectados por la declaración de BIC y que, en consecuencia, no era precisa autorización para su traslado, por lo que estima el recurso y anula la sanción de 100.001 euros impuesta.

(B. LÓPEZ ESCUDERO)

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), de 9 de octubre de 2023, recurso n.º 1148/2020. *En el ejercicio de su derecho de adquisición preferente de bienes culturales, la Administración no debe estar al valor declarado en la solicitud de exportación si se ha demostrado posteriormente (mediante informes expertos posteriores) que tienen un valor considerablemente superior, pues supondría un enriquecimiento injusto por parte de la Administración*

La sentencia de la Audiencia Nacional resuelve la disputa entre la Administración y la propietaria de dos obras de arte, cuya exportación denegó la Administración y respecto de las cuales quiere ejercitar su derecho de adquisición preferente.

La controversia deriva de la solicitud de autorización de exportación definitiva de distintos bienes, con destino a Francia, formulada en nombre de la propietaria de las obras por una empresa intermediaria en diciembre de 2016. Entre estos bienes, se encuentran el retablo de cuatro tablas *Los doctores de la fe y Sopera y presentorio* de porcelana policromada (las «**Obras**»). En la solicitud de exportación se señala un valor de 10.000 euros y 300 euros, respectivamente. De conformidad con el artículo 50 del Real Decreto 111/1986 de desarrollo parcial de la Ley de Patrimonio Histórico, la presentación de la solicitud de exportación comporta una oferta de venta irrevocable a favor de la Administración General del Estado por el importe declarado en la solicitud.

En el marco del análisis de las solicitudes de exportación y para el correcto estudio y valoración de las Obras, en enero de 2017, la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español (la «**Junta**») solicitó un informe al Museo Nacional del Prado sobre *Los doctores de la fe* y otro al Museo Nacional de Artes Decorativas sobre *Sopera y presentorio*. Tras los informes emitidos por los museos, el director general de Bellas Artes y Patrimonio Cultural denegó el permiso de exportación de las Obras, tras propuesta de la Junta (conjuntamente, las «**Resoluciones de denegación de exportación**»). Cabe destacar que el informe emitido por la jefa del Departamento de Pintura Española (1100-1500) del Museo Nacional del Prado destacó la relevancia de la obra, propuso su adquisición por el Estado por carecer de obras del autor, Juan Sánchez y expuso que «*como mínimo deben valorarse en 10.000-15.000 euros cada una de las cuatro tablas (40.000-60.000 euros), y aun así me sigue pareciendo baja*».

El Estado, en 2017, inició dos expedientes de oferta de venta irrevocable para *Los doctores de la fe y Sopera y presentorio*, por el valor indicado en sus

solicitudes de exportación (conjuntamente, las «**Resoluciones de aceptación de la oferta de venta**»). La Resolución de aceptación de la oferta de venta de *Los doctores de la fe* obvió por completo el informe aportado por el Museo Nacional del Prado, que hacía una valoración significativamente superior de una de las obras.

Mediante recurso formulado ante la Audiencia Nacional, la propietaria solicitó la revocación y anulación de la propia solicitud de permiso de exportación y, subsidiariamente, de las Resoluciones de denegación de exportación. En este procedimiento, una perita judicial (licenciada en Historia del Arte y con experiencia en labores de autenticación y tasación de obras y colecciones) había valorado *Sopera y presentorio* en 800 euros y *Los doctores de la fe* en 57.000 euros (15.000 euros por cada tabla, a los que había que sustraer 18.000 euros por el estado de conservación deficiente y añadir 15.000 euros adicionales por el valor de conjunto de las cuatro tablas).

Parece que, debido a la incorrecta notificación de las Resoluciones de denegación de exportación a la propietaria, la Audiencia Nacional anuló las Resoluciones de aceptación de la oferta de venta y retrotrajo el procedimiento administrativo para que la Administración notificara de nuevo a la propietaria de las obras las Resoluciones de denegación de exportación. No obstante, la propietaria recurrió en alzada la nueva resolución por la que se notificaban estas resoluciones. Este recurso se desestima por silencio negativo y la propietaria lo recurre ante la Audiencia Nacional. En su demanda, la propietaria aporta, además del informe de la perita judicial, un informe pericial de una restauradora de arte que valora las tablas en 18.000 euros cada una (72.000 euros en total). Es este último recurso el que resuelve la sentencia que ahora se reseña.

Pese a que la Audiencia Nacional resuelve en esta sentencia varias cuestiones procedimentales, la más reseñable es la relativa al precio que debe pagar la Administración para ejercitar su derecho de adquisición preferente sobre las Obras. En las Resoluciones de aceptación de la oferta de venta, se acuerda la adquisición por parte de la Administración por los importes señalados en la solicitud de exportación y no por los señalados por los expertos consultados por la Junta. La Sala resalta que, a pesar de que el artículo 50.1 del Real Decreto 111/1986 recoge que la declaración del valor del bien objeto de la solicitud de exportación será el precio de la oferta de venta irrevocable, en las circunstancias expuestas, no puede darse por bueno ese precio. Y ello porque ese valor ha sido negado en todo momento tanto por la propietaria (que alegaba que la solicitud fue realizada a través de una

empresa intermediaria y aportó un informe de parte –que valoraba la obra *Los doctores de la fe* en 72.000 euros–) como por varios informes de expertos (el solicitado por la Administración y emitido por el Prado –que valoraba las tablas entre 40.000 y 60.000 euros como mínimo– y el realizado por la perita judicial –que valoró las tablas en 57.000 euros y la porcelana en 800 euros–).

La Sala pone en valor que el informe pericial emitido por la perita judicial se encuentra «*correctamente fundado desde el punto de vista técnico*» y su valoración coincide sustancialmente con la emitida en el informe del Museo Nacional del Prado, mientras que sería «*más convincente*» que la realizada por la perita de parte, que no explica cómo llega a la valoración de 72.000 euros. Por ello, la Audiencia Nacional estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo presentado por la propietaria y ordena a la Administración que dicte nueva resolución que acuerde la adquisición de las Obras por la cuantía dictaminada en el informe pericial judicial.

(A. MARTÍN ALACID y C. PASTOR DELGADO)

Sentencia n.º 46/2023 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 32.ª), de 9 de octubre de 2023, recurso n.º 98/2023. *Falta de legitimación pasiva de la casa de subastas frente a la reclamación del titular de su derecho de participación por la reventa de una obra, por ser este derecho de gestión colectiva obligatoria. No se vulnera este derecho por el hecho de que el titular deba dirigirse a la entidad de gestión para percibir el importe que le corresponda ni aunque la entidad pueda aplicar alguna comisión por la gestión del cobro*

La Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 32.ª) confirma la sentencia de primera instancia que desestimó la demanda formulada por el causahabiente de un pintor frente a una entidad que había subastado una obra del pintor y a la que reclamaba el pago del derecho de participación.

El art. 24 de la Ley de Propiedad Intelectual (la «LPI») reconoce en determinados casos el derecho de los autores de obras gráficas o plásticas (o de sus derechohabientes) a percibir un porcentaje del importe de las reventas de estas obras en las que participe al menos un profesional del mercado del arte.

La sentencia de primera instancia dictaminó que la sala de subastas carecía de legitimación pasiva al ser el derecho de participación de gestión colectiva obligatoria.

El demandante considera que este derecho no es de gestión colectiva obligatoria y que no se puede privar a los titulares de ese derecho de la posibilidad de gestionarlo individualmente cuando no se ha confiado la gestión a ninguna entidad ni se está asociado a ellas. Según el demandante, lo contrario supondría, entre otros, la infracción de numerosos preceptos de la LPI relacionados con el derecho de participación y las entidades de gestión, de los artículos 348 y 349 del Código Civil que regulan el derecho a la propiedad y del artículo 24 de la Constitución, que recoge el derecho a la tutela judicial efectiva.

La Audiencia Provincial hace un repaso de la evolución histórica del derecho de participación y recuerda que, tras la entrada en vigor de la Ley 2/2019, de 1 de marzo, este derecho pasó, por decisión del legislador español, a ser de gestión colectiva obligatoria. En esta línea, señala que el artículo 24.10 LPI «establece imperativamente que el derecho se haga efectivo a través de las entidades de gestión sin distinguir si el titular está o no integrado en la entidad de gestión o tiene suscrito con ella un específico contrato de gestión». La sentencia también destaca que la modificación posterior del citado artículo 24 LPI por la Ley 14/2021, de 11 de octubre, reafirma la gestión colectiva del derecho de participación y elimina algunas obligaciones de los revendedores frente a los

titulares de los derechos y otros aspectos que *«no tenían mucho sentido»* con el sistema de gestión obligatoria introducido en 2019 y que se habían heredado de la Ley 3/2008, en la que antes se regulaba el derecho de participación.

Así, considera que el sistema de gestión obligatoria no vulnera los preceptos citados por el demandante ni es incompatible con el derecho de participación reconocido a los artistas y sus causahabientes, sin perjuicio de que la entidad pueda cobrar una comisión por la gestión. El demandante podrá reclamar *«su derecho ante la entidad de gestión que ya ha percibido el porcentaje correspondiente a la reventa de las obras en cumplimiento de la gestión que tiene encomendada legalmente»*.

(C. PASTOR DELGADO)

Sentencia n.º 1755/2023 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 19 de diciembre de 2023, recurso n.º 905/2020. *El alcance de la condena a cesar en las conductas infractoras de derechos económicos de propiedad intelectual y la prohibición de reiteración futura de dichas conductas*

La sentencia del Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto por Kukuxumusu Ideas S.L. («**Kukuxumusu**») contra la sentencia núm. 509/2019 de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Navarra de 15 octubre de 2019 en la disputa que mantenía la sociedad frente a antiguos colaboradores de Kukuxumusu.

Kukuxumusu es titular derivativo, por cesión en exclusiva, de todos los derechos económicos de propiedad intelectual (reproducción, transformación, comunicación pública y distribución) sobre una serie de dibujos (más de tres mil) cuyos autores habían cedido a Kukuxumusu sus derechos mediante sucesivos contratos de cesión. La controversia entre las partes se originó cuando algunos de los autores, excolaboradores de Kukuxumusu, abandonaron la compañía y comenzaron un nuevo proyecto empresarial por virtud del que comercializaban, entre otros, camisetas ornamentadas con dibujos del universo Kukuxumusu.

En primera instancia, el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Pamplona estimó íntegramente la demanda interpuesta por Kukuxumusu y, tras apreciar que había existido una infracción de los derechos titularidad de Kukuxumusu, condenó a los dibujantes a cesar o abstenerse de iniciar la reproducción, distribución, comunicación al público y transformación de los dibujos del universo Kukuxumusu «*en cualquier escena situación o peripecia en que esos Dibujos puedan aparecer representados*»; a retirar del mercado los productos infractores e indemnizar a Kukuxumusu por los daños ocasionados.

Tras el correspondiente recurso de apelación interpuesto por los dibujantes, la Audiencia Provincial de Navarra ratificó la existencia de la infracción apreciada en la instancia y, por tanto, confirmó el pronunciamiento declarativo, la condena a cesar en la conducta infractora y en la retirada de los productos infractores y la condena a indemnizar los daños sufridos. No obstante, la Audiencia Provincial consideró, respecto de la condena a cesar, que la prohibición de reproducir y transformar los dibujos del universo Kukuxumusu «*en cualquier escena, situación o peripecia*» ampliaba de forma injustificada la extensión de los derechos de reproducción y transformación titularidad de Kukuxumusu y sería susceptible de ser interpretada en el sentido de que cualquier utilización de los dibujos icónicos de Kukuxumusu «*supondría una transformación inconsentida y prohibida por la sentencia*». Ello, no obstante, advirtiendo expresamente que cualquier nuevo dibujo realizado

por los dibujantes podría ser infractor de los derechos de Kukuxumusu «*en caso de que integrara una adaptación o transformación inconsentida*». Por este motivo, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación de los dibujantes en el sentido de suprimir del fallo de la sentencia de instancia la expresión «*en cualquier escena, situación o peripecia*».

Kukuxumusu interpuso recurso de casación al entender, en esencia, que la sentencia de apelación interpretaba incorrectamente el alcance de los derechos de reproducción y transformación titularidad de Kukuxumusu, así como de la acción de cesación, por rechazar la extensión de la condena a conductas futuras similares a las declaradas como infractoras.

La sentencia del Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. Para ello, parte del reconocimiento de la infracción (es decir, que la conducta de los autores dibujantes fue infractora de los derechos titularidad de Kukuxumusu) y de una consideración no discutida: «*El objeto de las cesiones de los derechos económicos de propiedad intelectual eran los dibujos, no los personajes*».

Sobre el alcance del derecho de reproducción, el Tribunal Supremo concluye que, aunque los términos del art. 18 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (la «LPI») son amplios, no cabe, con carácter general, una condena en términos tan extensos, por lo que habrá de valorar caso por caso «*en qué medida un nuevo dibujo que representa a uno de esos personajes de los dibujos cedidos es realmente nuevo y no comporta una reproducción total o parcial de alguno de los cedidos*».

En cuanto al derecho de transformación, el Tribunal Supremo destaca que la cesión del derecho de una determinada obra debe hacerse para un determinado acto transformativo, como la adaptación a otros soportes, y considera que la condena a cesar planteada por la Audiencia Provincial se ciñe a estos márgenes.

No obstante lo anterior, el Tribunal Supremo termina con una consideración práctica para el caso concreto que lleva a concluir que el margen que resta a los dibujantes sería reducido, al advertir que «*los nuevos dibujos deben ser tan distintos que no puedan considerarse un plagio de los que habían sido objeto de cesión, para no infringir el derecho de reproducción del art. 18 LPI; y tampoco pueden realizar una animación o adaptación a obras audiovisuales de los dibujos cedidos, en la medida en que el derecho a realizar esta forma de transformación también fue cedida*».

(A. MARTÍN ALACID)

CRÓNICA

Crónica de asuntos señeros de Derecho del Arte en 2023¹

MARÍA LUISA MACÍAS ROMERO

Abogada documentalista Uría Menéndez

SUMARIO: I. LA RESTITUCIÓN DE LOS BIENES CONTENIDOS EN EL PAZO DE MEIRÁS A LA FAMILIA FRANCO. II. NOVEDADES EN EL CASO CASSIRER V FUNDACIÓN THYSSEN-BORNEMISZA POR EL CUADRO «RUE DE SANT HONORÉ POR LA TARDE. EFECTO LLUVIA» DE CAMILLE PISSARRO. III. SHAKIRA, ACUSADA DE PLAGIO POR SU CANCIÓN CON BIZARRAP. IV. KABUKI: DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL EN EL SECTOR GASTRONÓMICO

En esta crónica se repasarán algunos sucesos acaecidos durante 2023 en el mundo del arte en España. En particular, se dará cuenta de la restitución a la familia Franco de los bienes contenidos en el Pazo de Meirás, de las novedades sobre el estado del proceso Cassier *v* Fundación Thyssen-Bornemisza por el cuadro de Pissarro expoliado en la Segunda Guerra Mundial, de la nueva acusación de plagio a la cantante Shakira por su colaboración con

-
1. Las fuentes utilizadas para la realización de las crónicas han sido los artículos periodísticos publicados por los diarios *ABC*, *El País*, *El Mundo*, *Europa Press*, *Agencia EFE*, *La Vanguardia*, *Ok Diario*, *La Opinión de La Coruña*, *El Comercio*, *Cinco Días*, *Expansión* y *El Confidencial*.

Bizarrap y del conflicto en materia de propiedad industrial e intelectual del restaurante Kabuki.

I. LA RESTITUCIÓN DE LOS BIENES CONTENIDOS EN EL PAZO DE MEIRÁS A LA FAMILIA FRANCO

El juez impide a la familia Franco retirar 564 bienes del Pazo de Meirás hasta que termine el pleito por su propiedad. El Juzgado de Primera Instancia n.º 70 de Madrid ha decidido dejar temporalmente estos bienes en manos del Estado hasta que se ponga fin al pleito mediante la oportuna sentencia. Acepta la medida cautelar solicitada por el abogado del Estado, en nombre y representación de la Administración General del Estado y del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, tras la vista celebrada el pasado 25 de noviembre de 2022 para decidir sobre esta petición, a la espera de que se resuelva de quién es la propiedad: del Estado o de la familia Franco.

El juez argumentaba que su eventual entrega de los bienes muebles a los demandados implicaría un claro peligro de pérdida o desaparición, lo que haría inviable cualquier pronunciamiento judicial ulterior e implicaría un peligro para los propios bienes –por la falta de medidas de conservación que se ha constatado que ya existen en una parte relevante de los bienes reclamados–, en algunos casos en situación de abandono.

Esta resolución dictada en instancia fue parcialmente confirmada mediante auto de la Audiencia Provincial de A Coruña de 13 de enero de 2023 –contra el que no cabe recurso– y reafirma que la gran mayoría de los bienes reclamados por la familia, que se ubican en el exterior e interior del Pazo de Meirás, forman parte del inmueble o pertenecen a él y, por tanto, no pueden ser retirados. Las únicas piezas del inventario elaborado en 2020 por los técnicos de Patrimonio Cultural de la Xunta de Galicia que los recurrentes podrán llevarse del pazo son los angelotes de bronce de la capilla, una virgen, una lámpara situada sobre la pilastra de la escalera y unos apliques de pared metálicos, las cuales se suman a las alfombras pasilleras.

Al igual que el juzgado de primera instancia, los magistrados determinaron que los bienes sobre los que existe discusión, a excepción de los que les han permitido retirar, adquirieron la condición y naturaleza de inmuebles por incorporación, por destino o por ambos. Así, concluye que todos los existentes en el exterior del pazo tienen naturaleza de bienes inmuebles por destino.

Era el 17 de abril de 2023 cuando una nueva resolución del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de A Coruña marcaba el día 26 de junio a las 9:30 h como fecha para iniciar la diligencia de entrega a la familia Franco de las únicas piezas que la Audiencia Provincial les permitía retirar de las Torres de Meirás. En la resolución –contra la que se podía interponer recurso de reposición– también se requería a la Administración General del Estado que tuviera los elementos perfectamente localizados e identificados.

Las reacciones políticas no se hicieron esperar. El BNG –con los votos a favor del Partido Socialista de Galicia– interpuso una proposición no de ley para reclamar a la Xunta que iniciara la extensión de la declaración como bien de interés cultural (BIC) a los bienes muebles del Pazo de Meirás, con el objetivo de evitar que la familia Franco los sacara del complejo histórico.

Sin embargo, el PP de Galicia rechazaba instar tal declaración porque aseguraba que es algo que compete al Gobierno central y que, además, la vía judicial sería la única para conseguir la propiedad pública de estos bienes. El portavoz del PP gallego afirmaba que no iba a salir del pazo ningún bien con valor cultural o que pudiera contribuir a la historia de Meirás por su vinculación con las figuras históricas que en él vivieron. Finalmente, también defendió que fue la administración autonómica la que, tras varios acuerdos unánimes emanados del Parlamento, encargó el estudio jurídico y nombró la comisión de expertos que concluyó que el Estado estaba legitimado para reclamar las Torres de Meirás.

Su titularidad pública ya fue confirmada tanto por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de A Coruña como por la Audiencia Provincial, pero el caso está todavía pendiente de resolución en el Tribunal Supremo.

El 19 de junio se publicó en prensa un nuevo vuelco en los acontecimientos, ya que el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de A Coruña aceptaba la solicitud de la familia Franco y acordaba la suspensión de la diligencia de entrega de los bienes, cuyo inicio estaba previsto –como se ha señalado anteriormente– el 26 de junio a las 9:30 horas.

Fuentes cercanas a la familia explicaban que esta petición tiene como objetivo un aplazamiento hasta que se resuelvan los procedimientos pendientes en los que el Estado les reclama la propiedad de otros bienes muebles y documentos de Meirás.

Habrà que esperar, por tanto, a la resolución de los procedimientos en marcha para saber el destino de los objetos en litigio.

II. NOVEDADES EN EL CASO CASSIRER V FUNDACIÓN THYSEN-BORNEMISZA POR EL CUADRO *RUE DE SAINT HONORÉ POR LA TARDE. EFECTO LLUVIA* DE CAMILLE PISSARRO

En noviembre de 2022 se publicaba en prensa el titular «Ya hay fecha para el nuevo capítulo de la batalla legal entre el Thyssen y la familia Cassirer por el cuadro robado por los nazis». Y es que un juzgado de California fijaba para el 12 de diciembre la vista oral del enfrentamiento que volvía a Pasadena tras la decisión del Tribunal Supremo de EE. UU. del pasado mes de abril de que fuera la legislación estatal de California –donde se interpuso la primera demanda– la que juzgara el caso.

Esta vista era la consecuencia procesal del fallo unánime del Supremo de Washington, que decidió devolver la causa a Pasadena, al considerar que el juez se equivocó al aplicar la norma de conflicto, federal o estatal, que es la que decide qué ordenamiento impera, si el español o el californiano, dado que el demandante es estadounidense y el demandado es un Estado extranjero. En las dos sentencias dictadas hasta ahora en el caso mandó la ley federal, y por eso se aplicó la ley española, que da la razón al Thyssen.

Ante la terna de jueces comparecieron por espacio de media hora los dos abogados principales de uno de los casos de restitución del arte más sonado de la historia. La sentencia podría llegar tan pronto como en enero de 2023 o retrasarse más allá de la primavera si el proceso acaba en el Supremo de California, como quería el demandante. A este, siempre le quedaría la opción de elevar su queja de nuevo al Supremo de Washington, que podría aceptar revisar de nuevo el tema o dejarlo estar.

Cinco meses después, el 22 de mayo de 2023, el tribunal del Noveno Circuito de EE. UU., formado por tres jueces –tras haber escuchado a las partes en la vista celebrada el pasado mes de diciembre– defendió que el asunto «*supone ramificaciones importantes y no resueltas de política pública*» y solicita al Supremo de California que lo resuelva.

Esta es la clave del caso, porque si bajo la norma de conflicto de leyes de California se aplica el derecho sustantivo de España, el cuadro pertenecería a la fundación Thyssen por cuanto lo habría adquirido por prescripción adquisitiva. En cambio, si bajo la norma de conflicto de leyes de California se aplica el derecho sustantivo de California, el cuadro pertenecería a los Cassirer por cuanto el derecho californiano no prevé la prescripción adquisitiva en este asunto y, además, impide la compra de un bien robado.

No fue una decisión unánime. Dos de los jueces defendieron derivar el asunto al Supremo estatal, mientras que el tercero defendió, en una opinión particular, que la legislación que debe aplicarse es la española, ya que el Estado que tiene interés predominante en el caso es España. Asimismo, lamenta que supondrá una demora considerable, pues de media estas preguntas al Supremo de California se contestan en un plazo de 500 días.

Si ese plazo se cumple, no se sabrá nada nuevo sobre el futuro del *Pissarro* hasta finales del año que viene, lo que considera un retraso innecesario.

Dicho todo lo anterior, el Tribunal Supremo de California no se pronunció sobre el caso. En la nota publicada se podía leer: «*Se deniega la solicitud para que este tribunal decida cuestiones de derecho presentadas ante el Noveno Circuito del Tribunal de Apelaciones de EE.UU.*».

La obra de Pissarro, valorada en unos 25 millones de euros, perteneció a la familia Cassirer hasta 1939, fecha en la que lo vendieron para conseguir un salvoconducto que les permitiera salir de Alemania. Fue en 1976 cuando el Barón Hans-Heinrich Thyssen-Bornemisza adquirió el cuadro en una galería de Nueva York por 275.000 dólares, y en 1993 por la fundación Thyssen-Bornemisza, donde ha estado siempre en exhibición al público.

Debido a que el cuadro se encuentra en España, hay un 90 % de probabilidad de que la legislación con la que se resuelva la disputa sea la española, según fuentes legales conocedoras del caso.

La Fundación Colección Thyssen-Bornemisza, por su parte, considera que, en atención a las resoluciones ya dictadas en el procedimiento, el riesgo de que se obtenga una sentencia favorable por parte de los demandantes y, por tanto, de perder la propiedad del cuadro *Rue Saint-Honoré por la tarde. Efecto lluvia*, de Camille Pissarro, es remoto.

III. SHAKIRA, ACUSADA DE PLAGIO POR SU CANCIÓN CON BIZARRAP

Principios de enero de 2023. Se publica la esperada nueva canción de Shakira. En tan solo unas horas, la BZRP Music Sessions #53 cosechó más de 24 millones de reproducciones en Youtube. No obstante, la letra no era lo único que estaba llamando poderosamente la atención, también lo hacía la música; algunos se daban cuenta de que se parecía enormemente –sobre todo la parte del estribillo– al sencillo *Solo tú* de la cantante venezolana Briella, publicado en junio de 2022.

Treinta minutos después del lanzamiento de la canción de Bizarrap y Shakira, la propia Briella se pronunciaba en redes sociales poniendo de manifiesto el parecido entre ambas canciones y señalaba, además, que su intención no era la de desprestigiar a ambos artistas, pues los admira y es fan de ellos, sino la de defender su trabajo.

Ahora bien, también hay quien llama la atención a la cantante venezolana para indicarle que no es la única artista que ha comenzado sus canciones con ese tipo de entonación.

Llegados a este punto hay que hacerse una pregunta: ¿Se puede considerar que han plagiado la canción de Briella tal y como denuncia la artista venezolana? Varios productores e ingenieros de sonido dieron su opinión en una entrevista a un diario de tirada nacional.

En opinión de DJ Nano *«no es una producción innovadora, al fin y al cabo es una canción dance»*. Por otro lado, que la canción no tenga innovación, no significa que la pueda hacer cualquiera. En cuanto a la acusación de plagio, tiene claro que la parte del estribillo suena muy parecida aunque no se atreve a hablar de copia en sentido estricto. En palabras del artista, *«lo que está claro es que Shakira no ha pedido permiso porque la autora ha dicho que le gustaría tener crédito en la canción de Bizarrap»*.

Por su parte, el productor Pau Paredes considera que la sesión 53 es muy típica dentro de la obra de Bizarrap a nivel de producción. En cuanto a la acusación de plagio, los absuelve por completo, a pesar de que, efectivamente, el verso del estribillo es exactamente igual. Tras escuchar ambas canciones detecta las mismas notas, las mismas melodías, pero igualmente señala que hay cientos de canciones que comparten notas y melodías, y defiende que *«todo viene de todo»*.

Por último, Guille Mostaza comenta que tampoco le parece que Briella tenga derecho a reclamaciones legales y afirma que *«estas progresiones armónicas y este tipo de melodías son ya un estilo por sí mismas y se pueden escuchar en un montón de canciones de ayer, hoy y siempre. Lo que hace original a ambas canciones son las interpretaciones de cada cantante, cada una le da su sello»*.

Lo que no se puede olvidar es que no es la primera vez que acusan a Shakira de plagio. A lo largo de su carrera ha sido señalada por varios críticos y artistas por numerosos parecidos que se han encontrado entre ciertos elementos musicales de sus canciones y las que han publicado otros profesionales.

Todo comienza en 2005, cuando Jerry Rivera acusó a la cantante de haber usado el mismo sonido de los metales del inicio de su tema *Amores como el nuestro*, publicado en 1992. La propia cantante reconoció haberle recordado a esa canción cuando escuchó el arreglo de Wyclef Jean, quien admitió haberla sacado de otra canción. Es más, esa canción es una adaptación de otra de Wyclef Jean llamada *Dance Like This*, que ha sido acusado a su vez de plagio de otra canción de principios de los años ochenta de otro compositor dominicano llamado Luis “el Terror” Días. Finalmente, Rivera decidió no tomar acciones legales tras la emisión de un comunicado por parte de su discográfica en el que aclaraba que Sony BMG, la discográfica de Shakira, solicitó permiso para su uso.

Sería, por lo tanto, un caso claro de uso autorizado de una pieza preexistente para su arreglo o modificación. Las partes pueden llegar a un acuerdo por el uso de la obra, por un porcentaje de las ganancias, por un pago único o si al artista le importa más el reconocimiento que el dinero que pueda ganar, el reconocimiento por su autoría. Se trataría de una práctica común en la industria musical, donde las versiones y los *samples* pueden tener precios que pueden depender de factores como su éxito.

2010. Mundial de fútbol de Sudáfrica. España gana el mundial y a Shakira la acusan de plagio por *Waka Waka*. El público camerunés que asistía a la inauguración del evento reconoció la melodía como la de *Zangalewa*, de la agrupación Golden Sounds –miembros de la guardia presidencial de Camerún–, que la publicó en 1986, dedicándosela al ejército nacional. Tras las críticas, Sony y Shakira contactaron con los miembros de Gondel Sounds para ofrecerles de forma extrajudicial una compensación y su respectivo crédito como compositores de una canción que forma ya parte del folclore nacional del país. Este proceso pudo haberle costado más de once millones de dólares a la cantante colombiana.

En el caso de su canción *Rabiosa*, publicada en 2010, Shakira no fue acusada de copiar ninguna melodía, pero sí de haber incluido la misma coreografía de baile que hizo Kate Moss en el video *I just don't know what to do with myself* de la banda White Stripes.

Tras la publicación de su canción *Loca* en 2010, una sentencia de 2014 dictada en Nueva York estableció que se trataba de un plagio de *Loca con su Tíguere*, compuesta entre 1996 y 1998 por el artista dominicano Ramón Arias Vásquez. Sin embargo, el juez dictaminó que no existían suficientes pruebas para decidir si la versión en inglés interpretada por Shakira infringía suficientemente el trabajo de Arias Vásquez.

En 2017 el Juzgado de lo Mercantil n.º 12 de Madrid desestimó la demanda del artista cubano Liván Castellano Valdés contra Shakira y Carlos Vives. Castellano argumentaba que la frase que da título a su composición *Yo la quiero tanto* había sido plagiada en la letra de *La Bicicleta*. En este caso el juez dictaminó que se trataba de una expresión común, utilizada en todo tipo de canciones y textos.

Las polémicas no cesan. En mayo de 2023, se produce una nueva acusación de plagio, esta vez por su canción *Acróstico*, que podría tener cierto parecido con la canción *Te lo dije de verdad*, de la cantautora vasca Paula Mattheu, quien ha comentado en redes sociales que «*sí que se parece, pero dudo que Shakira haya plagiado. Son cosas que pasan en la música a veces, que son casualidad*». Con esta afirmación, la cantante vasca sí ve un parecido, pero no cree que la artista colombiana haya querido plagiar su canción.

No será la última vez que hablemos de este tema.

IV. KABUKI: DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL EN EL SECTOR GASTRONÓMICO

Hay que remontarse a 2021 para contar la historia del contencioso entre el chef Ricardo Sanz y su socio José Antonio Aparicio por la marca Kabuki, nombre del famoso restaurante japonés que compartieron durante 21 años.

Fue en diciembre de 2021 cuando comunicaron «su separación» y se publicó que, a falta de que se decidiera el reparto societario del grupo – compuesto por tres sociedades (Kabuki Wellington, Kabuki Global Partners y Peripuy, propietario esta última de Kabuki de la avenida Presidente Carmona en Madrid)–, los socios intentaban aclarar cuál sería el futuro de los restaurantes que tenían repartidos por Madrid, Málaga, Tenerife, Valencia, Lisboa o Miami, con las joyas de la corona en juego: Kabuki y Kabuki Wellington, restaurantes con los que se inició este concepto de cocina japonesa que ampliaron a marcas como Komori, Kaburi Raw, Kirei, Nihau y Kuenko.

Por un lado, Ricardo Sanz emitió un comunicado en el que aseguraba ser el fundador de Kabuki, además de crear su propio sello gastronómico con su nombre y quedarse con los restaurantes del Hotel Wellington, del complejo hotelero The Ritz-Carlton Abama, Finca Cortesín y Las Cortes Double Tree by Hilton, además del proyecto Áreas en aeropuertos.

Sin embargo, esto parece no ser así. En la junta de accionistas de la empresa Peripuy se acordó mantener la marca Kabuki para la explotación del restaurante de Presidente Carmona, así como confirmar como administrador único a José Antonio Aparicio, además de solicitar a Ricardo Sanz que se retractara de su afirmación de que él era el fundador de Kabuki, ya que este fichó a Sanz como cocinero tras poner un anuncio en la prensa para buscar un responsable de cocina para el restaurante de Presidente Carmona, (que acababa de abrir junto con su socio Javier Pérez), tras haber hecho un estudio de mercado y observar que había un hueco para desarrollar una marca de restaurantes japoneses.

Por su parte, Ricardo Sanz, creador del concepto de sushi ibérico, aseguraba que él iba a seguir su camino, intentando llegar a un acuerdo para repartirse los activos: *«Mi trabajo es el que es, yo soy el chef y tengo mis platos patentados, son como unos 40 o 50 icónicos y me pertenecen»*. Reiteraba, además, que desconocía que el nombre del grupo estuviera ya registrado.

La otra parte aseguraba que la marca Kabuki era tan fuerte que nadie hablaba del cocinero: *«Habían creado un modelo de cocina que funcionara sobre la base de un trabajo de equipo, pensando en un concepto que no naciera y muriera con el creador de las recetas»*. También reconocía que tenía concedidos unos créditos ICO con unas cuotas mensuales muy bajas que se podían afrontar fácilmente con el volumen de facturación de los restaurantes y aclaraba que las cuentas del grupo fueron aprobadas por el propio Ricardo Sanz como accionista de la compañía.

En diciembre de 2022 el cocinero lanzó su propio grupo gastronómico bajo el nombre de Grupo Ricardo Sanz, con lo que iniciaba una nueva etapa en la que ha cambiado también el nombre de sus restaurantes.

La nueva identidad corporativa de la marca ha sido diseñada por Abraham Lacalle, uno de los principales representantes de la pintura española contemporánea. Mediante un trazo que recuerda a un *nigui*, ha diseñado una identidad común a los restaurantes, además de una identidad corporativa transversal a todo el grupo gastronómico, con una caricatura minimalista de Ricardo Sanz. Además, también se emplea en la imagen de Kyoshi y será el nuevo formato de la marca que el chef utilizará para nombrar algunos de sus restaurantes.

Por su parte, y en pleno contencioso legal, el empresario José Antonio Aparicio dio continuidad a la marca de la que se declaraba propietario abriendo un nuevo restaurante Kabuki en la calle Lagasca, a 500 metros

del restaurante de Sanz. El problema de la confusión estaba servido y para algunos expertos podría concurrir un posible ilícito concurrencial, ya que al cocinero se le atribuyen muchos de los platos que aseguran forman parte del nuevo Kabuki.

Además de considerar que abrir un Kabuki tan cerca del suyo es un acto de soberbia por parte de su exsocio y de afirmar que compró el nombre de Kabuki sin decirles una sola palabra, el propio Sanz declaraba: *«En la inauguración me consta que sacaron varios platos míos. Lo de las patentes no sirve de mucho, cambias una coma y ya puedes hacer ese plato... Existe un proceso judicial en marcha y de momento no vamos a hacer ningún tipo de declaración»*.

Los vacíos que hay en torno a la gastronomía desde el punto de vista jurídico se extienden a la falta de derecho de propiedad intelectual sobre las recetas. Aunque esta es una cuestión no profundamente dilucidada en los tribunales, puede constituir una especie de indefensión para los cocineros, como por ejemplo en recetas globalmente conocidas que se recrean libremente sin citar al autor.

Queda aún mucho por hacer en este ámbito. Sería esencial tener una buena protección de propiedad intelectual para un sector en el que estamos en la élite mundial.