



Universidad Internacional de La Rioja
Máster Universitario en Propiedad Intelectual y
Derecho de las Nuevas Tecnologías

Protección Jurídica de la Creación Culinaria Mediante la Patente y el Modelo de Utilidad

Trabajo de fin de máster presentado por: Yolanda Moreno Valiente

Titulación: Máster Universitario en Propiedad Intelectual y Derecho de las Nuevas Tecnologías

Área jurídica: Propiedad Intelectual

Directora: Miriam Martínez Pérez

Ciudad: Madrid

12 de marzo de 2020

Firmado por: Yolanda Moreno Valiente

Índice

ABREVIATURAS	5
RESUMEN	6
ABSTRACT	6
I. INTRODUCCIÓN	7
II. LA CREACIÓN CULINARIA: DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL ESTUDIO	8
III. RELEVANCIA DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA CREACIÓN CULINARIA EN ESPAÑA	9
1. Impacto del sector gastronómico en la economía española	9
2. Alta cocina v. industria alimentaria	10
IV. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA CREACIÓN CULINARIA EN ESPAÑA BAJO EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PATENTE	11
1. Introducción	11
1.1. Contenido del derecho de patente	11
1.2. Regímenes de protección	16
2. Invenciones patentables y su aplicación a la creación culinaria	18
2.1. Exclusiones a la patentabilidad	18
2.2. Excepciones a la patentabilidad	22
2.3. Requisitos de patentabilidad	23
2.3.1. <i>Novedad</i>	23
2.3.2 <i>Actividad inventiva</i>	28
2.3.3 <i>Aplicación industrial</i>	32

3. Alternativas a la hora de patentar una creación culinaria	34
3.1. Tipos de patentes en función de su objeto	34
3.1.1. <i>De producto, de procedimiento, de uso, mixtas</i>	34
3.1.2 <i>La patente biotecnológica</i>	36
3.2. Consideraciones prácticas	37
3.3. Ejemplos de patentes culinarias en España	39
3.3.1 <i>Soluciones técnicas para realzar el sabor</i>	39
3.3.2 <i>Alargar la vida útil de los alimentos</i>	40
3.3.3 <i>Alimentación saludable</i>	40
3.3.4 <i>Mayor facilidad y rapidez en la preparación</i>	41
3.3.5 <i>Alternativas a los productos cárnicos</i>	41
3.3.6 <i>Eliminación de gluten y lactosa</i>	42
3.3.7 <i>Productos gourmet</i>	43
V. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA CREACIÓN CULINARIA EN ESPAÑA BAJO EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL MODELO DE UTILIDAD	45
1. Introducción	45
2. Objeto de protección	45
2.1. Modelo de utilidad v. diseño industrial	45
2.2. Modelo de utilidad v. patente	46
3. Requisitos	49
3.1. Novedad	49
3.2 Actividad Inventiva	50
4. Procedimiento de concesión	52
5. Ejemplos de modelos de utilidad concedidos en el ámbito culinario	53
VI. CONCLUSIONES	60
VII. BIBLIOGRAFÍA	66

VIII. ANEXOS	69
1. Fuentes normativas	69
2. Fuentes jurisprudenciales	73
3. Índice de patentes	75

ABREVIATURAS

Acuerdo TUP	Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes.
ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual.
ARIPO	Organización Regional Africana de la Propiedad Industrial.
BOPI	Boletín Oficial de la Propiedad Intelectual.
CAP	Programa de Concesión Acelerada de Patentes.
CIP	Clasificación Internacional de Patentes.
Convenio de la UPOV	Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales.
CPE	Convenio de Múnich sobre Concesión de Patentes Europea.
LP	Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes.
LPI	Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.
OAPI	Organización Africana de la Propiedad Intelectual.
OEP	Oficina Europea de Patentes.
OEPM	Oficina Española de Patentes y Marcas.
OIV	Organización Internacional de la Viña y el Vino.
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
PCT	Tratado de Cooperación en Materia de Patentes.
RP	Reglamento para la ejecución de la Ley 23/2015, de 24 de julio, de patentes.
USPTO	Oficina de Patentes y Marcas de EE.UU.

RESUMEN

Existe un alto grado de confusión acerca de la patentabilidad de las creaciones gastronómicas. Por otra parte, el sector de la tecnología de los alimentos tiene un impacto significativo en la sociedad y la economía españolas. El motivo de este trabajo es dilucidar si las patentes y los modelos de utilidad pueden aportar soluciones en el ámbito de la tecnología de los alimentos a las necesidades de una sociedad en constante evolución. Veremos los requisitos de patentabilidad que establece la legislación española y que clarifica nuestra jurisprudencia y su aplicación a las creaciones gastronómicas. En este sentido, incidiremos en las diferencias entre ambas figuras. Asimismo, tendremos oportunidad de analizar patentes y modelos de utilidad concedidos por la OEPM en el ámbito de las creaciones gastronómicas. Por tanto, podremos aclarar la adecuación de las patentes y los modelos de utilidad para la protección jurídica de la innovación que se plasma en las creaciones gastronómicas.

Palabras clave: Propiedad industrial. Creaciones gastronómicas. Requisitos de patentabilidad. Diferencias patente y modelo de utilidad. España.

ABSTRACT

There is a high degree of confusion concerning the patentability of culinary creations. Nevertheless, food technology has a significant impact on the society and the economy in Spain. Therefore, the purpose of this paper is determining whether patents and utility models can provide solutions in the food technology field to the needs of a society in constant evolution. Accordingly, we will analyze the patentability requirements set forth by Spanish legislation and clarified by our case law, as well as their application to culinary creations. In this sense, we will highlight the differences between patents and utility models. Furthermore, we will study patents and utility models granted for culinary creations by the OEPM. Therefore, we will clarify if patents and utility models can offer legal protection to the innovation included in culinary creations.

Key words: Industrial property. Culinary creations. Patentability requirements. Differences between patents and utility models. Spain.

I. INTRODUCCIÓN

Muestra del interés que suscita la patentabilidad de las creaciones culinarias es el hecho de ser una de las preguntas más frecuentes que recibe la Oficina Española de Patentes y Marcas (en adelante, OEPM), en particular si una idea innovadora en el ámbito culinario puede constituir una invención protegible mediante patentes y/o modelos de utilidad.

Para responder a este interrogante analizaremos los requisitos exigidos por la legislación vigente en España para conseguir que las creaciones culinarias reciban la protección jurídica de las figuras mencionadas. En este sentido abordaremos el estudio de las opciones existentes y repasaremos de forma sucinta los diversos ámbitos de protección jurídica que tales figuras ofrecen a nivel nacional, europeo e internacional, teniendo en cuenta que el objeto del presente trabajo se centrará en la patente y el modelo de utilidad en España.

Por otra parte, a lo largo de este trabajo se pondrán de manifiesto las razones que fundamentan el encuadre de la protección jurídica de la creación culinaria en el ámbito de la propiedad industrial en contraposición al régimen de la propiedad intelectual.

Nuestro propósito es analizar si las creaciones culinarias son susceptibles de facilitar soluciones técnicas a problemas técnicos que surgen en el ámbito de la alimentación. Nuestra sociedad exige respuestas a necesidades relacionadas con una conservación de los alimentos que no afecte su sabor, hacer que su preparación sea más sencilla y rápida, que sean más saludables, que ofrezcan alternativas exentas de carne, que se basen en ingredientes naturales y vegetarianos y que satisfagan el paladar gourmet más exigente.

El siguiente paso es determinar si las soluciones técnicas que aportan las creaciones culinarias pueden protegerse mediante las figuras de la patente y/o el modelo de utilidad, de forma que el esfuerzo invertido en dichas creaciones se vea suficientemente compensado.

En esta línea es interesante analizar la innovación que viene a dar respuestas a las demandas planteadas. Por una parte, veremos patentes cuyo objeto lo conforman creaciones culinarias relacionadas con productos tradicionales de la gastronomía española, pero también constataremos la existencia de productos con un alto grado de sofisticación que se encuadran en el ámbito de la denominada cocina de autor.

Lo anterior no debe sorprendernos, ya que la realidad en la que se encuadra la protección jurídica objeto de estudio demuestra que la creación culinaria no puede subsumirse en compartimentos estancos. Si bien la sofisticación innovadora y creativa de la

cocina de autor impacta de forma apreciable la industria alimentaria, por su parte la industria alimentaria intenta proporcionar respuestas a gran escala a las necesidades de los establecimientos gastronómicos y los consumidores en general.

En definitiva, determinaremos si la patente y el modelo de utilidad pueden dar respuesta al reto planteado, haciendo hincapié en resaltar los elementos diferenciadores entre ambas figuras, lo cual nos permitirá dilucidar la adecuación de cada una de ellas para solucionar los distintos problemas técnicos planteados en el ámbito de la tecnología de los alimentos.

II. LA CREACIÓN CULINARIA: DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

Puede decirse que existen dos dimensiones (ROBERT GUILLÉN 2017), la primera se refiere a la creación culinaria como invención, es decir una creación gastronómica que incluye nuevas técnicas y conceptos culinarios. La segunda dimensión se desdobra a su vez en dos niveles conceptuales, en el primero de los cuales se encuentra la transcripción de la creación culinaria mediante la lista de ingredientes, medidas e instrucciones de preparación que la conforman, lo que MARCO MOLINA 2016, p. 60 describe como la representación del «*esquema verbal*» que hay detrás de una creación culinaria. En un segundo nivel se encuadran los actos que engloban la ejecución o puesta en práctica de la receta y su presentación en el plato, lo que en gastronomía se denomina comúnmente «*mise en place*».

Es importante resaltar que el presente trabajo se limita al análisis de la creación culinaria circunscrito a la primera dimensión descrita en el párrafo anterior, la creación que aporta novedades técnicas y conceptuales. Por tanto, no se abordará el estudio de la plasmación de una receta en lo que podría constituir una obra fotográfica o una obra literaria, ni se analizará la ejecución y presentación en el plato de la creación gastronómica.

III. RELEVANCIA DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA CREACIÓN CULINARIA EN ESPAÑA

1. Impacto del sector gastronómico en la economía española

Los datos económicos muestran, sin lugar a duda, el importante peso de la gastronomía en la economía española. El enfoque que debemos adoptar para analizar el impacto de la gastronomía nos lleva, como indica el Chef Ferran Adrià en el informe de KPMG «*La gastronomía en la economía española. Impacto económico de los sectores asociados*». Enero 2019, (en adelante, informe KPMG), a observar el sector de la gastronomía como una unidad en la que convergen diversos agentes.

En esta línea, el informe mencionado explica que la gastronomía ha de entenderse como una amplia cadena de valor que cubre cuatro ramas de actividad: (i) agricultura ganadería y pesca; (ii) industria de la alimentación y bebidas; (iii) comercio al por mayor y al por menor de alimentos y bebidas y, (iv) servicios de alojamiento y de comida y bebida¹.

A mayor abundamiento, el informe considera que la creación culinaria se encuadra en la industria de la alimentación y bebidas, un sector que en 2017 representó 149.492 millones de euros en producción, 30.132 millones de euros en valor añadido bruto y 464.000 puestos de trabajo².

Además, el turismo gastronómico tiene una enorme relevancia, ya que un gran número de turistas nos visitan por nuestra gastronomía y ello como resultado de la evolución que está experimentando nuestro sector turístico en el que cada vez tiene más importancia el atractivo de la cultura y la gastronomía³.

De todo lo anterior se desprende que existen datos que avalan de forma tangible la relevancia del estudio de la protección jurídica de la creación culinaria, dado que se encuadra en una actividad de gran importancia para la economía y el desarrollo de nuestro país.

¹ (p. 11 Informe KPMG).

² (p. 13 Informe KPMG).

³ <https://espanaglobal.gob.es/actualidad/turismo/los-turistas-extranjeros-aumentan-sus-visitas-y-su-gasto-en-espana>): «Durante los siete primeros meses de 2018 España recibió la visita de 47,1 millones de turistas internacionales, un 0,3% más que con respecto al mismo periodo de 2017, que además aumentaron su gasto en nuestro país alcanzando los 50.691 millones de euros, un 3% más» [...] «el conocido turismo de “sol y playa” ha descendido» [...] «Sin embargo, la paulatina diversificación del sector ha conseguido fomentar un mayor movimiento hacia España del turismo individual, cultural, gastronómico».

2. Alta cocina e industria alimentaria en España

La gastronomía española ha experimentado una evolución digna de mención, al hecho de haber sido desde tiempo inmemorial una potencia en la producción agroalimentaria⁴, hay que añadir la explosión creativa liderada inicialmente por la cocina vasca, que se ha consolidado a nivel nacional e internacional con la figura clave del Chef Ferran Adrià⁵.

Por otra parte, estamos siendo testigos de cómo la innovación impregna el ámbito de la industria alimentaria⁶. El desarrollo de nuestra sociedad en los últimos años ha traído como consecuencia cambios de hábitos y la creación de nuevas necesidades, en este sentido la industria alimentaria se ha visto obligada a proporcionar respuestas a través de la tecnología de los alimentos. Por ejemplo, se ha producido un aumento de nuestro interés por la cocina⁷ y estamos más interesados en productos gourmet. Además, una gran parte de la población española se preocupa por mantener una alimentación sana y equilibrada. Muestra de lo anterior es que en nuestro país cada vez se concede más importancia en la dieta a los productos de origen vegetal⁸.

A lo anterior hay que añadir un interés creciente por productos gastronómicos que simplifiquen la preparación de los alimentos. Cada vez tenemos menos tiempo en nuestra rutina diaria para cocinar y por su parte la industria alimentaria demanda soluciones culinarias eficientes que proporcionen mayor facilidad y rapidez. Además, las alergias e intolerancias alimentarias tienen un impacto significativo en la alimentación de los españoles. Por ejemplo, la celiaquía es una enfermedad que solo puede tratarse eliminando el gluten de la dieta, y su prevalencia es particularmente relevante⁹. Asimismo, la intolerancia a la lactosa afecta a una

⁴ (p. 14 Informe KPMG).

⁵ (p. 16 Informe KPMG).

⁶ (p. 29 Informe KPMG: «La labor de innovación de los cocineros, desarrollada en talleres o 'laboratorios' de I+D (con el caso pionero del Bullitaller, creado por Ferran Adrià y su equipo en el Barrio Gótico de Barcelona, [...], se suma a la innovación en el sector agroalimentario (incluso ha dado pie a colaboraciones de cocineros con la industria), lo que constituye un motor para el crecimiento del sector gastronómico». [...] «A veces, por el ejemplo de los chefs y, otras veces, por la probada capacidad de la industria, España ha dado una enorme relevancia al desarrollo tecnológico en la producción agroalimentaria, con el fin de impulsar la calidad, recuerda el diplomático Francisco Rabena».

⁷ p. 21 Informe KPMG: «el reconocimiento en listados o guías (internacionales como la Guía Michelin y nacionales como Guía Repsol, el aumento de la presencia mediática de la cocina y visibilidad de los chefs redoblan el interés social por la cocina.»

⁸ Como se constata en el artículo titulado «Un estudio reciente publicado por la Consultora de Estrategia, Innovación y Diseño, Lantern revela que el 10 % de la población española ya tiene una alimentación principalmente vegetal».

⁹ «La situación de las personas con enfermedad celiaca en España», P. 26: «La enfermedad celiaca responde a una prevalencia en población general que los diversos estudios sitúan en el uno por ciento. Un reciente estudio

parte significativa de la población¹⁰.

IV. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA CREACIÓN CULINARIA EN ESPAÑA BAJO EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PATENTE

1. Introducción

1.1 Contenido del derecho de patente

En el presente trabajo nos centraremos en la protección que la ley española puede otorgar a la creación culinaria. Como introducción sirva resaltar que en la normativa a nivel Internacional la propiedad incluye cuatro categorías: patentes, derechos de autor, marcas y secretos industriales¹¹. Lo anterior también es cierto en los ordenamientos jurídicos de los países anglosajones, como por ejemplo EE.UU¹².

Por el contrario, en España la propiedad intelectual y la propiedad industrial se configuran como dos ámbitos diferenciados. La delimitación de los contornos de ambas categorías es clave para la comprensión del tema que nos ocupa. La figura de la patente se encuadra en la propiedad industrial, siendo su objetivo impulsar la investigación y la innovación. Por una parte, el bien jurídico subyacente en la propiedad intelectual es la cultura (BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, 2018), pero la finalidad de la propiedad industrial es sentar las bases para que los actores implicados en el tejido social y económico (inventores autónomos, grandes empresas, pymes, universidades, entidades públicas y privadas) sean incentivados para investigar e innovar y de esta forma nuestra sociedad avance.

La recompensa para los que obtengan patentes/modelos de utilidad será la concesión de un derecho exclusivo de explotación, cuya contrapartida será el beneficio que reciba la sociedad en conjunto (VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, 2004). La tecnología de los alimentos está relacionada con una de las necesidades básicas del ser humano, la nutrición. Por tanto,

realizado en Cataluña aporta los siguientes datos obtenidos en esa comunidad autónoma, la prevalencia de enfermedad celiaca sería de 1 por cada 204 personas; desagregados por edad y sexo: niños de 1 a 14 años: 1 por cada 71; o adultos: 1 por cada 357».

¹⁰ «Estudio de Intolerancia a la lactosa. 2017» p. 1: «Según la Sociedad Española de Patología Digestiva (SEPD) y la Sociedad Española de Médicos Generales y de Familia (SEMG), la intolerancia a la lactosa tiene una prevalencia entre un 30 y un 50% de la población».

¹¹ «¿Qué es la propiedad intelectual?». OMPI, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual).

¹² «Intellectual Property, Overview». Cornell Law School, Legal Information Institute, junio 2019).

la divulgación del contenido de la innovación que tenga lugar a través de la concesión de patentes/modelos de utilidad se traducirá en que nuestra sociedad se desarrolle en mejores condiciones, al facilitar el acceso a nuevos alimentos y procedimientos de elaboración de los mismos.

En España, la patente está regulada en la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes (en adelante, LP) y su reglamento de ejecución (en adelante, RP).

La duración del derecho de explotación exclusiva que confiere la patente queda limitada en el artículo 58 LP a un periodo máximo de 20 años, que se computa desde la fecha de la solicitud, pero cuyos plenos efectos se despliegan a partir de la fecha de publicación en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial (de aquí en adelante BOPI)¹³.

Además, el derecho que disfruta el titular de una patente tiene carácter territorial, la protección concedida podrá tener un ámbito nacional, europeo, o internacional¹⁴.

Por otra parte, la titularidad sobre una patente se materializa en una serie de facultades, las cuales desde una perspectiva positiva engloban los actos que el titular de la patente puede realizar o autorizar a terceros, y desde un prisma negativo, también denominado *ius prohibendi*, comprende actos que el titular puede prohibir que terceros lleven a cabo sin su autorización (BOTANA AGRA, en FERNÁNDEZ- NOVA, et al. p.165).

La LP concreta los actos que el titular puede prohibir:

(a) actos de explotación directa del producto objeto de la patente, artículo 59.1 LP, (utilización, fabricación, comercialización, importación/posesión con tales fines), así como la utilización del procedimiento objeto de la misma, artículo 59.1.b. Además, el artículo 59.1.c) permite al titular prohibir los actos infractores respecto al producto obtenido mediante el procedimiento cubierto por la patente. En esta línea el Tribunal Supremo determinó en la STS de 18 de julio de julio de 2011 (RJ 5384/2011) que el laboratorio demandado incurrió en actos que violentaban la facultad de exclusión que había sido conferida a las demandantes mediante la concesión de una patente española (que protegía un procedimiento de elaboración de amlodipina base) y una patente europea (que reivindicaba un procedimiento de elaboración de sal de besilato de amlodipina).

¹³ No obstante, durante el periodo de tiempo que transcurre entre la publicación de la solicitud de la patente y la publicación de su concesión, existe una protección provisional que legitima al titular a ser indemnizado por la realización de actos de terceros que serían considerados infractores si la patente llega a concederse (artículos 26 y 68 LP).

¹⁴ (vid. epígrafe 1.2, regímenes de concesión).

En esencia dichos actos consistían en la importación por parte de la demandada de amlodipina base obtenida por otro laboratorio en Hungría a partir del procedimiento patentado, con la intención de introducir y comercializar en España el producto farmacéutico que incluía dicha sustancia. Nuestro Alto Tribunal confirmó la corrección de la condena impuesta a la demandada (cesación en la realización de los actos mencionados, así como la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados).

Así mismo el Tribunal Supremo consideró en la STS de 31 de mayo de 2011 (RJ 3148/2011), que la importación de China de monohidrato de hidrocloreuro de sibutramina y su comercialización en España contravenían la patente en liza (patente europea y su correspondiente validación en España), por lo que se ratificó la condena de la demandada consistente en cesar en la realización de dichos actos, abstenerse de volver a realizarlos, así como el embargo y destrucción de las cantidades del producto en cuestión, y los materiales publicitarios relacionados con el mismo. Además, la sentencia confirmó que, constatada la realización del acto de importación, la obtención de indemnización de daños y perjuicios no está subordinada a la existencia de culpa o negligencia, aunque en relación con los actos de comercialización sí se requiere la concurrencia de culpa.

(b) actos de explotación indirecta, consistentes en impedir que terceros entreguen u ofrezcan entregar medios esenciales (que no sean comunes en el comercio) para la ejecución del objeto de la invención protegida, si saben o deberían saber, que los medios son aptos y están destinados a tal fin. En esta línea, en la STS de 3 de mayo de 2017 (RJ 1653/2017), el Tribunal Supremo determinó que hubo infracción indirecta ya que la demandada comercializaba el producto infractor con todos los elementos necesarios para que terceros ejecutaran la invención protegida.

Además, existirá infracción indirecta incluso si posteriormente no se llega a realizar una infracción directa a pesar de haber entregado dichos medios destinados a la ejecución del objeto patentado, así lo constata la STS de 14 de abril de 2015 (RJ 1703/2015) al no exigir que quienes hayan recibido medios esenciales para la ejecución de la invención hayan llevado a cabo actos de infracción directa, ni que éstos sean inminentes.

Por otra parte, los artículos 28 y 68 de la LP y nuestra jurisprudencia (STS de 7 de noviembre de 2014 (RJ 4845/2014) y STS de 3 de mayo 1653/2017) establecen que los contornos de la protección jurídica que abarca una patente están delimitados por el contenido de las reivindicaciones que se incluyen en la solicitud. No obstante, debemos diferenciar la

protección provisional que se despliega desde la publicación de la solicitud en el BOPI (que consistirá en el contenido de las reivindicaciones incluidas en la solicitud tal y como fue publicada), y la protección definitiva, cuyo alcance estará determinado por las reivindicaciones que aparecen en la patente tal y como es concedida y publicada en el BOPI (con aplicación retroactiva desde la fecha de la solicitud).

Además, si tras la fecha de presentación de la solicitud se realizan modificaciones éstas no podrán exceder el contenido de lo reivindicado en tal fecha (artículo 48.5 LP). Además, tal y como nos recuerda la STS de 3 de julio de 2019 (RJ 2244/2019), la doctrina denominada «*prosecution history estoppel*» establece que al determinar el ámbito de protección que abarca la patente debe tenerse en cuenta el historial de tramitación de la misma (artículo 60 LP y 69 CPE).

La STS 2244/2017 (con referencia a la STS de 29 de abril (RJ 1940/2015) establece que el análisis lógico que debe aplicarse para determinar si se ha infringido una patente se basa en el ámbito de protección que confiere la patente conformado por las reivindicaciones, (artículo 84 CPE y 26 LP), pero para ello también sirve de ayuda la información contenida en la descripción y en los dibujos.

En definitiva, las reivindicaciones constituyen la piedra angular de la solicitud, por tanto, de acuerdo con los artículos 23 y 28 LP, deben incluir la definición del objeto que pretendemos proteger y ser lo suficientemente claras y concisas. Con tal propósito las patentes de productos culinarios pueden incluir tablas y fórmulas de ingredientes. Como por ejemplo la solicitud de patente ES2673670 que reivindica una hamburguesa de pulpo y el método para su elaboración, la cual incluye una lista con los ingredientes (pulpo, sal, gelificante, estabilizante, corrector de acidez, especias, vegetales, aceite vegetal) y los porcentajes en peso de cada uno de ellos.

Por otra parte, en virtud del artículo 7.3 RP, debemos incluir al menos una reivindicación independiente, y si lo consideramos necesario podemos añadir una o más reivindicaciones dependientes. Por ejemplo la solicitud de patente citada anteriormente incluye: (i) reivindicación independiente 1ª: hamburguesa de pulpo, caracterizada por incluir en su composición una cantidad, en peso, superior al 90% de carne de pulpo, sal, etc.; (ii) dos reivindicaciones dependientes, la 2ª indica los rangos de los porcentajes en peso de los ingredientes, y la 3ª lista los porcentajes en peso de tales ingredientes; (iii) la reivindicación

dependiente 4ª describe el método de elaboración de la hamburguesa que se desglosa en diferentes pasos.

En la redacción de las reivindicaciones de una patente gastronómica debemos tener en cuenta que las reivindicaciones independientes son aquellas que consisten en la solución técnica al problema técnico planteado que aporta nuestra invención culinaria y por tanto incluirá los elementos técnicos esenciales que posibiliten su puesta en práctica. En cambio, utilizaremos reivindicaciones dependientes para añadir elementos adicionales que limitan el alcance de la reivindicación independiente. Tal y como señala la STS de 12 de junio de 2013 (RJ 3503/2013) mencionada, aunque el ámbito de protección de la reivindicación principal sea mayor que el de las dependientes, hay que tener cuidado para que dicha amplitud no resulte en la nulidad de la patente debido a falta de novedad o actividad inventiva.

Por otra parte, las reivindicaciones dependientes constituyen limitaciones específicas al ámbito de protección reivindicado (que facilitarán en caso de litigio la constatación ante un juez de que dichos actos atentan contra el objeto protegido).

Se trata de un delicado equilibrio que exige gran pericia en la redacción de las reivindicaciones, lo que puede constatarse en el ámbito de las patentes gastronómicas, por ejemplo, en la patente ES2610970 A1: «Procedimiento de preparación de paellas y fideuás», estructurada en 23 reivindicaciones.

Además, la protección jurídica que otorga la patente no sólo abarca la ejecución de la invención mediante los elementos reivindicados, sino que se extiende a aquellos que puedan considerarse equivalentes, en base al test de la triple identidad (de función, de modus operandi y de resultado). Por lo tanto, como indica la STS de 10 de mayo de 2011 (RJ 4270/2011), una patente infractora puede consistir en variaciones no esenciales de las proporciones.

En el ámbito gastronómico, lo anterior tiene importantes consecuencias, ya que una creación gastronómica que solo se diferenciara de otra protegida por una patente en incluir alteraciones no sustanciales de los porcentajes de los ingredientes reivindicados, podría considerarse infractora.

STS de 3 de julio de 2019 (RJ 2244/2019) cita la sentencia mencionada en el párrafo anterior, y confirma la validez del test de la triple identidad en el ámbito gastronómico, estimando que el procedimiento utilizado por la demandada para la rehidratación de

levaduras activas no reproducía las características esenciales del objeto de la invención protegida por la patente en liza¹⁵ y por tanto no existía infracción.

En definitiva, el test de la triple identidad debería ayudarnos a solucionar el delicado problema existente en las creaciones gastronómicas sobre cómo trazar la línea que distinga cuando variaciones en las proporciones o la sustitución de unos ingredientes por otros son esenciales y cuando no lo son. No existirá actividad inventiva si se puede llegar a la regla técnica que contiene nuestra patente culinaria utilizando medios equivalentes, pero sin que nuestra idea aporte una solución que no existía anteriormente, y únicamente consista en la sustitución de medidas o cantidades por otras, añadir y suprimir ingredientes o pasos en el procedimiento que sean intrascendentes, que supongan la utilización de procedimientos químicos análogos. Un claro ejemplo sería, por ejemplo, sustituir cáscaras de albaricoque por cáscaras de melocotón, cuando la solución que aporta la patente no cambie, por ejemplo, fibra alimentaria de cáscara de fruta con una aportación de glucosa determinada.

1.2 Regímenes de protección

Aunque repasaremos de forma sucinta las diferentes vías que podemos seguir en función del alcance territorial de la protección que deseamos obtener para una creación culinaria, nuestro enfoque se centra en la patente española. La solicitud de patente española debe seguir un procedimiento administrativo que aparece regulado en los artículos 22-44 de la LP y 16-35 RP. En este punto cabe resaltar que la legislación en vigor ha suprimido el procedimiento general sin examen previo que establecía la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes. Por tanto, todas las solicitudes han de superar un examen sustantivo (de novedad y de actividad inventiva), lo cual tal y como señala CASTRO ARAGONÉS, FÁBREGAS SABATÉ 2016, aporta mayor seguridad jurídica.

Por otra parte, existe la posibilidad de proteger una invención culinaria por la vía de la patente europea en virtud del CPE (tratado internacional adoptado en la conferencia diplomática de Múnich el 5 de Octubre de 1973, entrada en vigor para España 1 de Octubre de 1986). La OEP se encarga de la tramitación de las solicitudes para su concesión en los 38 países miembros aplicando unos requisitos de patentabilidad uniformes. Tal y como resalta la OEP en *How to apply for a European Patent*, y la OEPM en *La Patente Europea*, se trata de un

¹⁵ ES2269015 T1 «procedimiento de rehidratación de levaduras secas activas y medio de rehidratación».

procedimiento muy parecido al de la patente nacional, en el que deben designarse los países en que deseamos proteger nuestra invención, ya que la solicitud de patente europea no incluye automáticamente a todos los países miembros del CPE. Para que la patente surta efecto en cada uno de los países designados tendrá que validarse.

Resultan de gran interés las matizaciones reseñadas en «*Solicitudes de patentes europeas que no reivindican una prioridad española: una decisión arriesgada*». BELDA SORIANO, 2019. Dicho autor aconseja, aunque nuestro objetivo sea obtener una patente europea, no solicitarla directamente. Por el contrario, aconseja solicitar primero una patente española y utilizar la fecha de prioridad de la misma en la solicitud de patente europea, ya que presentar solicitudes de patentes europeas directamente conlleva riesgos que deben tenerse en cuenta, en caso de que el informe de búsqueda emitido por la Oficina Europea no sea favorable, el solicitante quedaría sin protección.

Además, podemos utilizar la vía que ofrece el Tratado de Cooperación en materia de patentes (en adelante PCT), para lo cual presentaríamos una única solicitud internacional en la que podemos designar los países que nos interesen entre los 150 estados contratantes (*PCT – El sistema internacional de patentes*, OMPI). Además, podemos realizar una designación a nivel regional: patentes ARIPO (Organización Regional Africana de la Propiedad Industrial), patentes euroasiáticas, patentes europeas, patentes OAPI (Organización Africana de la Propiedad Intelectual). Tras el procedimiento unificado de solicitud, la concesión tiene lugar a nivel nacional.

Por último hay que mencionar una vía adicional que probablemente pueda utilizarse en el futuro, tal y como detalla la OEP en *Unitary Patent & Unified Patent Court*. La patente europea con efecto unitario es consecuencia del denominado paquete de patentes [Reglamento 1257/2012 sobre cooperación reforzada en protección unitaria, y Reglamento 1260/2012 de 17 de diciembre, 2012 sobre las medidas relacionadas con la traducción y la aprobación, el 11 de enero de 2013, del Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes, (en adelante, Acuerdo TUP)]. Se trata de un sistema que permitirá solicitar, tras la concesión de una patente por la OEP, dentro de un plazo de un mes desde la correspondiente publicación en el Boletín Oficial Europeo de Patentes, que la misma tenga efectos unitarios en los 26 países participantes. Como queda expresado en *Dilucidar el sentido de la Patente Unitaria Europea*, OMPI 2014, se trata de un sistema controvertido, y solo después de haber tenido oportunidad de observar su aplicación práctica, podrá constatarse si realmente añade mejoras a lo

existente. Su entrada en vigor, que se preveía para 2019, no se ha materializado (Alan Johnson, Will 2019 be the year of the UPC? 2019).

Lo que sí parece quedar claro es que una vez que comience la vigencia de la patente unitaria europea, si pretendemos obtener una patente en Europa para una creación gastronómica podremos seguir tres vías: la patente unitaria, la europea (con validaciones nacionales en los respectivos países) y las patentes nacionales.

2. Invenciones patentables y su aplicación a la creación culinaria

El artículo 4.1 LP establece que *«son patentables en todos los campos de la tecnología, las invenciones que sean nuevas, impliquen actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial»*. En los apartados siguientes abordaremos los requisitos enumerados que nuestra legislación exige para que una creación innovadora sea patentable y conectaremos la incidencia los mismos con la creación culinaria.

Cuando surge una idea innovadora en el ámbito culinario, nuestro entusiasmo no puede empañar la realización de un riguroso análisis jurídico. Antes de invertir tiempo y recursos para determinar que una creación culinaria cumple con los requisitos de patentabilidad mencionados, deberíamos comenzar asegurándonos que tal creación no está excluida de patentabilidad (por no ser una invención) y que no está incluida en las excepciones a la patentabilidad.

2.1. Exclusiones a la patentabilidad

El primer paso es determinar si el objeto de la creación culinaria puede constituir una invención, es decir, que no está incluida en la lista del artículo 4.4 LP, en virtud del cual no son considerados invenciones: los descubrimientos, métodos matemáticos y teorías científicas; las obras literarias, artísticas o cualquier otra creación estética así como las obras científicas; los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, juegos o actividades económico-comerciales, ni los programas de ordenador.

En primer término, los descubrimientos, constatar la existencia de algo existente previamente en la naturaleza, no pueden constituir una invención. En este sentido, si se descubriera un nuevo ingrediente para creaciones culinarias que se encuentra de forma natural en el mar, por ejemplo, unas algas no conocidas anteriormente, éstas no podrían patentarse al no constituir una invención. Ahora bien, el artículo 4.2 LP establece que sí puede

constituir una invención la materia biológica que haya sido aislada de su entorno, aunque dicha materia existiera previamente de forma natural. Por tanto, si se consigue aislar algas de su hábitat natural y se desarrolla un procedimiento de cultivo de las mismas, dicho procedimiento podría constituir una invención patentable.

Además, podría patentarse una creación culinaria que incluya la utilización de las algas mencionadas, de forma que lo reivindicado sea un procedimiento o producto novedoso, pero las algas en sí mismas (descubrimiento de algo existente en la naturaleza) no serían una invención patentable¹⁶.

El ejemplo de las algas no es casual y la aparente obviedad de que no son patentables elementos existentes en la naturaleza es un punto cuya trascendencia posiblemente aumentará en un futuro, si tenemos en cuenta que nuestra sociedad está dirigiendo sus esfuerzos de investigación tecnológica a recursos marinos que podrían ser la solución para alimentar a la humanidad, tal y como propugna el World Economic Forum (PALLAVI ANA, DANIELA SCHMIDCHT 2017, «*La solución para el hambre en el mundo podría estar en el fondo del océano*»).

En segundo lugar, el objeto de una invención no puede ser métodos matemáticos y teorías científicas, ya que son meras ideas, tienen carácter abstracto y no pueden monopolizarse, en caso contrario el desarrollo y la innovación en nuestra sociedad quedarían paralizados. Ahora bien, tal y como indican las Directrices de Examen de Solicitudes de Patentes (Ley 2015), OEPM, 2019, sí pueden constituir invenciones patentables las aplicaciones prácticas de carácter técnico (objetos o procedimientos) que contengan métodos matemáticos y teorías científicas en sus reivindicaciones.

Respecto a las teorías científicas, podemos citar como ejemplo en el ámbito gastronómico, aquellas que constituyen el fundamento de la denominada cocina molecular («*Historia de la Cocina Molecular*». Ferran Adrià-Cocina Molecular). En este sentido, si se cumplen los requisitos de patentabilidad que expondremos más adelante, quizá pueda protegerse mediante una patente una creación culinaria que reivindique (un procedimiento o

¹⁶ ES2425606 A1: «Mousse de algas frescas».

un producto) que utilice los principios de la cocina molecular, ya que serían aplicaciones prácticas de carácter técnico¹⁷.

En tercer lugar, no pueden constituir objeto de invención las obras literarias, artísticas o cualquier otra creación estética, así como las obras científicas, que constituyen precisamente el objeto de protección de la propiedad intelectual, tal y como dispone el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 12 de abril de 1996 (en adelante LPI). Se trata de creaciones que intentan proteger y estimular el acervo cultural de la sociedad.

Estamos ante dos dimensiones con finalidades distintas, la esfera de lo protegible mediante la propiedad industrial (patente) incluye creaciones de carácter técnico, que proporcionan soluciones técnicas a problemas técnicos. No obstante, un producto o un procedimiento no queda automáticamente excluido por tener un efecto estético o artístico, si va acompañado de elementos que tengan efectos técnicos. Por otra parte, hay que tener en cuenta que el artículo 10 de la LPI no incluye en su listado la obra culinaria y en España al igual que en la mayoría de los países de nuestro entorno, la creación culinaria no está reconocida como obra protegible bajo el régimen jurídico de la propiedad intelectual (MARCO MOLINA 2014, p. 60).

Además, en el contexto de las creaciones culinarias cabe señalar que la receta/s incluidas en un libro en cualquier soporte, podrían ser protegibles como obra literaria (artículo 10.1(a) LPI), o como colecciones (artículo. 12.1 LPI). Por otra parte, hay quienes argumentan que una creación culinaria de carácter efímero, como por ejemplo una escultura de chocolate exhibida en la vitrina de una pastelería, podría constituir una obra artística subsumible en el artículo 12.1 (e) LPI, (ROBERT GUILLÉN, 2017, p. 110). Además, fotografías incluidas en libros de recetas, así como las fotografías de los platos preparados, podrían ser consideradas obras fotográficas encuadrables en el artículo 12.1(h) LPI.

En cuarto lugar, no pueden ser objeto de invención los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, juegos o actividades económico-comerciales, ni los programas de ordenador, ya que tienen carácter abstracto y no técnico. Ahora bien, el análisis de las reivindicaciones de una patente gastronómica puede poner de manifiesto que el objeto

¹⁷ Por ejemplo, la patente ES2704200 A1, que utiliza la técnica de la esferificación, no obstante, los principios científicos de la cocina molecular no constituyen invenciones patentables y podrán seguir siendo utilizados por cualquiera.

protegido es un producto o procedimiento que facilita una solución técnica a un problema técnico y por tanto serían invenciones patentables.

Por ejemplo, un método para aprender a cocinar o para diseñar menús con diferentes tipos de recetas, al ser una solución práctica que soluciona de forma técnica una necesidad de los establecimientos de restauración podrían en principio ser patentables.

No obstante, la OEPM es clara al respecto e indica que los métodos para las ideas de negocio no son considerados invenciones patentables al carecer de aplicación industrial, (*¿Se pueden proteger como patentes las ideas de negocio?* OEPM). Sin embargo, a nivel internacional, los métodos de negocios pueden ser patentables si se cumplen los requisitos establecidos en la legislación aplicable¹⁸.

Resultan de particular interés numerosas patentes concedidas por la USPTO relacionadas con métodos para planificar y organizar la actividad comercial de restaurantes o empresas de la industria alimentaria, como la patente US 20170354294 A1 consistente en un método que planifica el menú semanal, añadiendo y descargando nuevas recetas, que, además, traduce las instrucciones de una receta en instrucciones a los aparatos que intervienen en su preparación.

Sin embargo, a pesar de la utilidad que podría suponer la patentabilidad de métodos como el descrito para la industria alimentaria y de restauración, de momento esta posibilidad está descartada en España.

Finalmente, aunque el artículo 4.4 de la LP excluya como invenciones patentables los programas de ordenador, sí podrían serlo aquellos programas que no reivindiquen exclusivamente un programa como concepto abstracto sin efecto técnico. En el ámbito gastronómico podemos constatar la existencia de patentes en las que uno de los elementos de las reivindicaciones es un programa de ordenador, como un aparato de cocina programable en la patente ES2640788 T3, la cual reivindica un conjunto de robot de cocina y sistema de ordenador que controlan el mecanismo de mezcla y/o el sistema de calentamiento. No obstante, la mera utilización de un programa de ordenador no confiere carácter técnico a la invención, por el contrario, se trata de una solución técnica novedosa mediante una aplicación web que permite la preparación de alimentos.

En definitiva, en virtud del artículo 4.5 LP, aunque una creación culinaria incluya alguno

¹⁸ por ejemplo, en EE. UU, los «*methods for doing business*» (métodos de negocios) pueden ser patentables si se cumplen los requisitos establecidos en la regulación vigente (35 U.S.C. § 100-105).

de los elementos descritos anteriormente como no invenciones, ello no es óbice para que se puedan obtenerse patentes en las que dicho elemento no sea en sí mismo el objeto reivindicado por la creación culinaria que pretendemos proteger.

2.2. Excepciones a la patentabilidad

El artículo 5 LP proporciona una lista de excepciones a la patentabilidad y nos interesa la excepción referida a las invenciones de variedades vegetales debido a su posible incidencia en la creación gastronómica.

La Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 1998 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas y tanto la LP 1986 como la LP 2015, en su artículo 5.2, proscriben patentar invenciones relativas a variedades vegetales. Ahora bien, se permite su patentabilidad cuando la regla técnica de la invención no se limita a una variedad vegetal o una raza animal concreta.

De hecho, existen creaciones culinarias patentadas que incluyen en sus ingredientes variedades vegetales, aunque lo reivindicado no es la variedad vegetal en sí misma, como lo demuestran las patentes ES2681068 A1, ES2715052 A1 y ES2425606 A1 mencionadas en el epígrafe 3.3.7 más adelante, que incluyen algas entre sus ingredientes.

Imaginemos, por ejemplo, que estamos interesados en utilizar algas como ingredientes en creaciones culinarias. Para determinar si las algas en sí mismas pueden ser objeto de protección y mediante qué mecanismo jurídico, habrá que determinar en primer término si se trata de una variedad vegetal.

Como indica la OEPM («Jornadas sobre la Protección de las Variedades Vegetales y otros Derechos de Propiedad Industrial en el Desarrollo de la Agricultura» de 11 de junio de 2015), el concepto de variedad vegetal se define en la legislación sobre obtenciones vegetales. Así el artículo 1vi) del Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales (de aquí en adelante Convenio de la UPOV), incluye una definición al respecto (así como el artículo 2.3 de la Directiva 98/44). Lo decisivo es que una variedad se caracteriza por la totalidad de su genoma, y por tanto un conjunto vegetal caracterizado por la presencia de un gen (pero no todo el genoma), no queda protegido como variedad vegetal y es susceptible de ser patentado.

En consecuencia, si nuestra intención es obtener protección jurídica para una planta, en nuestro caso por ejemplo, un alga que reivindicamos como ingrediente principal de nuestra

creación culinaria, habrá que decantarse por una de las dos vías de protección existentes en España (por el contrario, en otras jurisdicciones como por ejemplo E.E.UU., se puede optar por las dos vías, patentes (35 U.S.C. § 161) y obtenciones vegetales (Convenio de la UPOV).

Por último, en el ámbito de la gastronomía ciertos microorganismos, como los hongos (levaduras), bacterias y algas de carácter unicelular, desempeñan un papel decisivo en una gran parte de las creaciones culinarias. En este sentido el artículo 5.1.3 LP establece que son patentables las invenciones cuyo objeto sea un procedimiento biológico o un producto obtenido mediante procedimientos con empleo de microorganismos¹⁹.

En resumen, tras delimitar los contornos de lo que no constituye una invención en el sentido técnico exigido, así como las excepciones a la patentabilidad descritas, se observa que una creación tecnológica innovadora en el ámbito de la gastronomía, en principio, no se enfrenta a particularidades diferentes o adicionales que las exigidas en otros ámbitos tecnológicos.

2.3 Requisitos de patentabilidad

2.3.1 Novedad:

Como señala VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, 2004, se trata del elemento fundamental del derecho de patentes, un requisito que debe ser delimitado de forma inequívoca por la legislación. En virtud del artículo 6.1 LP, nuestra invención culinaria será nueva si no forma parte del estado de la técnica. Por tanto, la creación que deseamos patentar no debe estar incluida, tal y como indica el artículo 6.2 LP, en lo que con anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud de patente ha sido hecho accesible al público a nivel mundial (tanto en España como en el extranjero), bien oralmente o por escrito, así como mediante su uso, o de cualquier otra forma.

Además, de conformidad con el artículo 6.3 LP, nuestra invención gastronómica no puede ser parte del contenido de las solicitudes españolas de patentes o de modelos de utilidad, de solicitudes de patentes europeas en las que figure España como país designado o de solicitudes internacionales PCT que hayan entrado en fase nacional en España, cuya fecha de presentación sea anterior a la fecha de presentación de nuestra solicitud de patente y que hubieran sido publicadas en español en tal fecha o con posterioridad.

¹⁹ Como podemos observar en la solicitud de patente PCT ES2667433 A2, «cepa de *Sporobolymyces roseus* para la producción de composiciones con propiedades colorantes y antioxidantes».

La finalidad subyacente de lo anterior es impedir que una misma invención pueda ser objeto simultáneamente de dos patentes, tal y como señala nuestra doctrina (ROBERT GUILLÉN 2017), y las Directrices, las cuales nos recuerdan que el artículo 10.3 LP establece que si varias personas crean la misma invención de forma independiente, el derecho a la patente se atribuirá al que haya obtenido una fecha de presentación anterior en España.

Lo anterior consigue evitar el problema potencial de la doble patentabilidad, ya que no sería sorprendente que dos personas inventaran, por ejemplo, una creación culinaria novedosa al mismo tiempo, que llegaran a las mismas conclusiones acerca de los ingredientes, y métodos de elaboración de un producto gastronómico. Por el contrario, dadas las infinitas variables que incluyen la creatividad y originalidad que impregnan el ámbito de la propiedad intelectual, sería prácticamente imposible que una obra protegible mediante el derecho de autor fuera creada al mismo tiempo por dos autores diferentes.

Ahora bien, si queremos que nuestra creación gastronómica cumpla con el requisito de la novedad (de forma que sea concedida y que además evitar en la medida de lo posible que no sea declarada nula posteriormente si dicha novedad es puesta en tela de juicio tras su concesión), los parámetros que nos proporcionan las disposiciones legales no van a evitar que en la práctica su interpretación pueda resultar complicada. Por esta razón debemos buscar respuestas de tipo casuístico (VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, 2004).

En este sentido, resulta ejemplificativa la STS de 3 de mayo de 2017 (RJ 1653/2017), de la cual podemos extraer varios elementos que podemos aplicar al análisis de la novedad de una patente gastronómica. En primer término, deberíamos comparar la creación gastronómica con el estado de la técnica anterior y determinar si las patentes anteriores incluyen de forma explícita el contenido de las reivindicaciones que pretendemos incluir en la patente gastronómica.

Pero también debemos analizar la posibilidad de la existencia de falta de novedad implícita. En esta línea nuestra jurisprudencia en la STS de 12 de julio de 2013 (RJ 4811/2013) y la STS de 27 de abril (RJ 3403/2011) establecen que divulgación implícita consistiría en que la puesta en práctica de las enseñanzas comprendidas en las anterioridades hubiera conducido al experto en la materia de forma inevitable, con toda probabilidad, a la misma solución técnica que la que estamos reivindicando en nuestra patente.

Además, un tercer aspecto que debemos considerar, como nos recuerda la mencionada sentencia STS de 3 de mayo de 2017 (RJ 1653/2017), es que las anterioridades

han de ser analizadas individualmente una por una (en lugar de realizar una evaluación conjunta de su contenido como se haría al analizar la actividad inventiva) y compararlas con nuestra invención culinaria. En esta línea, la STS de 13 de julio de 2017 (RJ 2911/2017) insiste en que debe diferenciarse entre el análisis de la novedad y el de la actividad inventiva (en ésta se trata de determinar si era evidente para el experto deducir la invención posterior que incluye la patente culinaria en base al estado de la técnica anterior)²⁰.

Por tanto, en primer lugar, al analizar la novedad de una patente gastronómica deberíamos considerar si el contenido de sus reivindicaciones se encuentra descrito explícitamente en las anterioridades. Pero no podemos detenernos en ese punto, si la respuesta es negativa, también habría que preguntarse si un experto podría de forma inevitable haber deducido, a partir del contenido de las anterioridades, la solución reivindicada en la patente culinaria que estamos analizando.

Podemos utilizar la patente ES2663220 A1 «composición panificable exenta de gluten» como ejemplo del análisis descrito en los párrafos anteriores. En dicha patente las anterioridades están integradas entre otros, por un estudio publicado en el «*Journal of Food Science & Technology*», varias patentes concedidas anteriormente en España, Francia, a nivel internacional (patentes PCT), un artículo publicado en internet y un artículo publicado en el «*Journal of Cereal Science*». Pero el estado de la técnica divulgado en tales anterioridades no describía de forma explícita ninguna solución a la necesidad de preparar pan sin gluten que tenga el sabor y las propiedades nutritivas que caracterizan al pan con gluten. Hasta la fecha, las anterioridades habían tratado de solucionar el problema planteado utilizando diferentes tipos de harina (de arroz, de altramuz, de maíz, de soja), combinándolas con distintos ingredientes, pero los documentos anteriores no incluían una composición panificable compuesta por harina de arroz glutinoso, hidroxipropilmetilcelulosa, harina de cáscara de psillio y harina de semilla de lino. Por tanto, existe novedad al no haber divulgación explícita. Pero, además, existe novedad implícita, ya que no era inevitable que un experto dedujera del estado de la técnica (las harinas e ingredientes presentes en las anterioridades) la utilización de los ingredientes mencionados en la composición panificable reivindicada.

²⁰ Vid. apartado 2.2.2 en referencia a la actividad inventiva.

A mayor abundamiento, la STS de 3 de julio (RJ 2244/2017) es un ejemplo en el ámbito de la industria alimentaria del reconocimiento de la novedad en una patente, a pesar de la existencia de anterioridades relacionadas con el objeto reivindicado en la misma. La patente en liza protegía un método para la rehidratación de levaduras (así como y un producto y un medio para dicha rehidratación).

Pues bien, en dicha sentencia, en línea con la jurisprudencia marcada por la STS de 3 de mayo de 2017 (RJ 1653/2017) y la STS de 27 de abril de 2011 (RJ 3403/2011), el Tribunal Supremo determinó que, en el caso en cuestión, las anterioridades que conformaban el estado de la técnica a tener en cuenta para analizar el requisito de novedad, eran dos documentos, en particular una resolución de la OIV y un tratado de Enología, y que tales anterioridades no destruían la novedad de la invención cuestionada, ya que por una parte la resolución mencionaba la utilización de cortezas de levadura en el mosto en fermentación, pero no se refería a la rehidratación y por otra el tratado se refería a las cortezas de levadura, pero en relación únicamente con la fermentación y tampoco en conexión con la rehidratación.

Además, el estado de la técnica, en virtud del artículo 7 de la LP, no incluye las denominadas divulgaciones inocuas. En primer lugar, el artículo 7.a) especifica que se consideran divulgaciones inocuas aquellas que ocurran en los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud y que haya sido resultado del abuso evidente sufrido por el solicitante.

Lo anterior quiere decir que no formarían parte del estado de la técnica (y no quedaría destruida la novedad de nuestra invención culinaria), si ésta es divulgada por personas sujetas a una obligación de secreto (por ejemplo, el incumplimiento de un acuerdo de confidencialidad firmado con un trabajador de nuestro restaurante). No obstante, la figura del secreto empresarial queda excluida del objeto de estudio en este trabajo.

En segundo lugar, en virtud del artículo 7.b), también se consideran divulgaciones inocuas aquellas que hayan tenido lugar en los seis meses anteriores a la presentación de nuestra solicitud de patente, siempre y cuando hayan tenido lugar en exhibiciones y exposiciones reconocidas en el Convenio de París de 1928, revisado en 1972.

Por lo tanto, si creamos una invención culinaria y la desvelamos en un evento gastronómico o de otro tipo (que no sean las exhibiciones detalladas en el artículo 7 LP), antes de haber obtenido una fecha de presentación de la solicitud, dicha creación gastronómica podría quedar privada del requisito de novedad y no sería patentable.

Reconociendo la importancia comercial y el prestigio que aporta la participación en eventos gastronómicos, habría que tener un cuidado especial si optamos por exponer la invención (sin haber obtenido una fecha de presentación de la solicitud), de forma que, si deseamos hacer referencias a dicha invención culinaria, éstas deberían ser genéricas y no incluir los aspectos técnicos de la misma. En particular, como señala VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, 2004, hay que evitar realizar actividades de comercialización y de marketing que puedan destruir la novedad, ya que la venta de un solo producto, la distribución de catálogos, los prospectos enviados a clientes pueden ser perjudiciales para nuestra creación culinaria.

Frente al riesgo descrito de pérdida de novedad mediante divulgaciones detectado en nuestra legislación, en otros ordenamientos se ha adoptado una postura más pragmática. Por ejemplo, en EE.UU. se ha articulado un sistema que intenta preservar la novedad mediante la instauración de un periodo de gracia. En este sentido la ley Leahy-Smith America Invents Act de 2011, dispone que durante un periodo de un año desde que se divulga una invención, se puede presentar la solicitud de la correspondiente patente sin que ello destruya la novedad de la misma.

En la práctica, si somos los inventores de una creación culinaria, podemos darla a conocer en publicaciones del sector, o ejecutarla en público en un restaurante o un evento culinario dentro de EE.UU.²¹, siempre que presentemos la solicitud de patente correspondiente ante la USPTO dentro de un periodo de un año desde la fecha de publicación o ejecución²².

No obstante, dado que el ámbito de la gastronomía cada vez adquiere un alcance más internacional, hay que tener muy presente el hecho de que si divulgamos la invención culinaria en EE.UU, al no reconocer la legislación europea ni la española un periodo de gracia, la novedad quedaría destruida en Europa y en España, por lo que no podríamos solicitar la correspondiente patente en dichas jurisdicciones.

Debido a lo anterior, en cada caso concreto sería recomendable diseñar a priori la estrategia de patente a seguir, teniendo en cuenta el periodo de gracia existente en los países que nos interesa considerar, y para ello podemos consultar la información que nos facilita la OMPI en su página web («*Certain aspects of national/regional patent laws*»).

²¹ como podría ser el «*National Restaurant Association Show*»

²² 35 U.S.C. §102.c

2.3.1 *Actividad inventiva:*

Uno de los más complicados retos al que nos enfrentaremos a la hora de patentar nuestra invención culinaria es determinar si la misma implica actividad inventiva. El artículo 8.1 LP establece que existe actividad inventiva si la invención «*no resulta del estado de la técnica de una manera evidente para un experto en la materia*», y así lo confirma nuestra jurisprudencia, por ejemplo, en la STS de 12 de junio de 2013 (RJ 3503/2013).

La finalidad subyacente al intentar establecer un análisis lo más objetivo posible, es fomentar la seguridad jurídica (BOTANA AGRA, en FERNÁNDEZ- NOVA, et al, 2017). En este sentido, tal y como indican las Directrices, una invención gastronómica sería considerada evidente si el día anterior a la fecha en que presentemos la solicitud de patente, un experto hubiera podido cambiar o sustituir de alguna forma los elementos del estado de la técnica en el que se encuadra nuestra invención con probabilidades razonables de éxito, para llegar a las mismas conclusiones que las incluidas en el objeto reivindicado en nuestra invención culinaria.

Además, el análisis no puede realizarse de forma retrospectiva, ya que la invención que reivindicamos todavía no habría pasado a formar parte del estado de la técnica²³.

Por otra parte, el estado de la técnica objeto de análisis en nuestra patente culinaria no incluiría el contenido de solicitudes españolas de patentes (o modelos de utilidad), ni las solicitudes de patentes europeas, ni patentes PCT (a diferencia del estado de la técnica que cimienta la determinación de novedad).

La jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo²⁴, indica que nuestro análisis debería enfocarse en determinar si en base al contenido del estado de la técnica la innovación reivindicada en la patente culinaria que pretendemos obtener hubiera sido obvia, evidente, para la figura hipotética del experto en la materia.

El análisis se apoya en un criterio objetivo, por lo que se trataría de un experto en el ámbito de la tecnología de los alimentos, con unas cualidades y un conocimiento promedio, general en la materia, en el estado de la técnica en el que se subsume la invención gastronómica. En este sentido, la STS de 20 de mayo de 2016, (RJ 2139/2016), profundiza en el concepto del experto hipotético a utilizar como estándar en nuestro análisis de la actividad

²³ Así lo confirma la STS de 10 de mayo de 2017 (RJ 4251/2017).

²⁴ Entre otras, las STS de 3 de mayo de 2017 (RJ 1653/2017) y STS de 18 de mayo de 2017 (RJ 1937/2017).

inventiva de la invención culinaria, y aclara que dicho experto debe contar con un conocimiento a nivel general, pero en relación más bien con el problema que sobre la solución técnica.

Por tanto, para determinar la existencia de actividad inventiva en las patentes culinarias, sería un experto en el problema técnico cuya solución reivindicamos en nuestra patente, por ejemplo, en la tecnología relacionada con la conservación de los alimentos, la reducción de grasas, eliminación del gluten o la lactosa, la sustitución de proteína animal por proteínas de origen vegetal.

El requisito de actividad inventiva en nuestra patente culinaria debería ser analizado sin confundirlo con el requisito de la novedad, y en este sentido tal y como indica VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, 2004, la principal diferencia entre la novedad y la actividad inventiva es la diferencia cualitativa respecto al estado de la técnica al que se refieren.

A mayor abundamiento, el estado de la técnica relevante para analizar la actividad inventiva que implica la invención culinaria sería (al igual que en el análisis de la novedad), el conjunto de las anterioridades, así los conocimientos del experto en la materia en el sector de la invención reivindicada y aquellos sectores relacionados con la misma (BOTANA AGRA, en FERNÁNDEZ- NOVA, et al. p.131). No obstante, como señalan las Directrices y el *Estudio adicional sobre la actividad inventiva (primera parte)*. OMPI 2018, además, deberíamos tener en cuenta el conocimiento general común relacionado con la invención gastronómica. Adicionalmente, el análisis de las anterioridades que conforman el estado de la técnica en el que se encuadra la invención culinaria que pretendemos patentar debe realizarse en conjunto tal y como establece la jurisprudencia consolidada de nuestro Alto Tribunal²⁵.

Por lo tanto, se trata de un análisis diferente al que debemos aplicar en la determinación del requisito de novedad de la invención culinaria, que sería tomando en consideración las anterioridades de forma individual. En esta línea, el informe de la técnica de la patente ES2564739 A1, consideró que, en base al estado de la técnica, la sustitución de gofio (harina obtenida del grano tostado) de maíz por harina de maíz no constituía actividad inventiva, ya que para hubiera sido evidente para un experto en harinas de productos alimenticios realizar dicha sustitución de un ingrediente por otro muy similar.

²⁵ Sentencia STS de 3 de mayo de 2017 (RJ 1653/2017) y sentencias STS de 14 de abril de 2015 (RJ 1703/2015) y de 18 de junio de 2015 (RJ 3194/2015).

Por otra parte, el Tribunal Supremo proporciona una guía útil al respecto al establecer que el método más apropiado para analizar la actividad inventiva es el denominado «análisis problema-solución»²⁶.

De lo anterior se colige que deberíamos determinar el problema técnico que la patente culinaria intenta solucionar, así como la solución técnica que aporta, y en base al estado de la técnica existente en el momento de la solicitud, concluir si tal solución constituye actividad inventiva o no. Podemos aplicar lo anterior a la patente ES2566984 A1, en la que el problema que se pretende solucionar es el sobrepeso y las enfermedades cardiovasculares. La solución es la utilización de una emulsión de aceite que se incorpora como sustituto de la grasa animal, de forma que se obtiene un producto cárnico con menos grasa y colesterol. El experto hipotético que utilizaríamos como estándar sería un experto en la industria del tratamiento de la carne dentro del sector de la tecnología de los alimentos. La existencia de actividad inventiva viene dada porque la solución que aporta esta patente no era evidente para tal experto.

Además, podemos profundizar en el análisis de la patente culinaria aplicando las pautas recogidas en la STS de 14 de abril de 2015 (RJ 1703/2015), que distingue el test «*would could*» (si un experto en la materia, considerando el estado de la técnica como un todo, hubiera intentado la combinación contenida en las reivindicaciones de la patente), así como el «*teaching away*» test (si en el estado de la técnica anterior existía un prejuicio técnico o *teaching away* cuya superación esté contenida en la invención reivindicada).

El último análisis mencionado podría aplicarse, si por ejemplo, intentáramos reivindicar en una patente un procedimiento para producir harinas aprovechando subproductos que normalmente son desechados. La actividad inventiva radicaría en la superación de un prejuicio técnico, consistente en la creencia de que subproductos que normalmente no se utilizan pueden molerse de forma que se consiga una harina con aplicaciones culinarias.

Por su parte la STS de 3 de julio (RJ 2244/2017) nos facilita un ejemplo relacionada con la industria alimentaria. Nuestro Tribunal Supremo consideró que la parte demandante aplicó el análisis para dilucidar la presencia de actividad inventiva forma incorrecta al alegar que existía una patente anterior que demostraba que la patente en liza, un procedimiento para la

²⁶ STS de 12 de junio (RJ 3503/2013) y de 20 de mayo de 2016 (RJ 2139/2016).

rehidratación de levaduras secas, no cumplía con el requisito de actividad inventiva, ya que la patente anterior reivindicaba una solución técnica a un problema técnico que no tenía que ver con la rehidratación (sino con la optimización del momento del procedimiento en que se añadía una determinada vitamina).

En resumen, la clave cuando analicemos la actividad inventiva es intentar adoptar un prisma objetivo, por tanto, no habrá que medir la profundidad del esfuerzo creativo gastronómico, sino determinar si sería razonable deducir que la realización de la aportación que contiene la creación culinaria habría sido evidente para un experto medio en dicho sector, en base al estado de la técnica, a lo que se conoce en ese momento.

De lo anterior se colige que nos encontramos ante un nuevo pliegue de la dicotomía entre propiedad industrial e intelectual, ya que en ésta última se premia la creación original y la creatividad, si bien es cierto que existe una tendencia hacia la objetivación de la originalidad, entendida como novedad objetiva que requiere un mínimo de altura creativa.

Por tanto, en las patentes culinarias el estándar objetivo se fundamentará en un experto promedio razonablemente actualizado en el campo de la industria y la tecnología de los alimentos en general y con conocimientos del área técnica al que se refiera el objeto de la patente (biología molecular, nutrición, biotecnología, etc.). Conocimientos que, en definitiva, le permitan comprender aspectos que en un principio pueden parecer cotidianos, pero no son baladíes si analizamos el alcance de la complejidad técnica inherente en cuestiones como la acción de los microorganismos y bacterias en los alimentos, así como los métodos para la eliminación de gluten, lactosa, por mencionar algunos ejemplos de una amplísima gama de concreción práctica. Además, dicho experto debe haber tenido acceso a documentos de patentes anteriores en dichos campos, tras acotar el campo técnico al que pertenece la invención culinaria.

Dada la dificultad intrínseca que conlleva el análisis de la actividad inventiva, y el interés jurídico subyacente en salvaguardar la seguridad jurídica y teniendo en cuenta que el sector de la industria alimentaria es enormemente competitivo, podemos acudir a la guía que proporcionan los denominados indicios de actividad inventiva.

Entre los anteriores podría mencionarse la importancia de la invención en el contexto pertinente del estado de la técnica, solución técnica a un problema que no había podido ser superado durante un largo periodo de tiempo, éxito comercial del producto en sí mismo (no

fundamentado esencialmente en el esfuerzo de marketing invertido), problema técnico con apariencia de dificultad al que se responde de forma sencilla.

Tal y como indica el documento Estudio Adicional Sobre Actividad Inventiva (Segunda Parte), OMPI 2018: los indicios mencionados no sustituyen el método de análisis técnico, y en Europa se utilizan con carácter auxiliar (no en el examen de los requisitos que precede la concesión, sino en procedimientos posteriores como oposiciones o acciones judiciales de nulidad).

Podemos encontrar indicios de actividad inventiva en diversos hitos que han tenido lugar en el ámbito de las patentes culinarias. En esta línea, se constata la existencia de patentes de platos preparados que introdujeron novedades en la forma en que consumen platos tradicionales de la gastronomía española²⁷. Además, se trata de un sector que no deja de innovar presentando productos tradicionales que se adaptan a nuevas necesidades²⁸.

Asimismo, los avances de la tecnología en el sector de la industria alimentaria se han materializado en la actividad inventiva reflejada en patentes cuyas reivindicaciones han sustituido la harina de trigo utilizada tradicionalmente por otras exentas de gluten. En este sentido, aunque actualmente dicha sustitución por otras harinas sin gluten ya conocidas no constituiría actividad inventiva, sí lo sería la presencia de otros elementos novedosos en composiciones panificables exentas de gluten²⁹.

2.3.2 *Aplicación industrial:*

En virtud del artículo 9 LP «*se considera que una invención es susceptible de aplicación industrial cuando su objeto puede ser fabricado o utilizado en cualquier clase de industria, incluida la agricultura*». Nuestra doctrina considera que es precisamente éste el rasgo definitorio del derecho de patentes (BOTANA AGRA, en FERNÁNDEZ- NOVA, et al. p.135).

Estamos ante un nuevo elemento diferenciador que marca la separación entre la propiedad industrial y la propiedad intelectual. En la primera es un requisito que nuestra invención culinaria sea susceptible de ser llevada a cabo repetidamente por la industria

²⁷ Como lo fue en su momento la patente ES0096851 A1 de fabada en conserva solicitada en 1926.

²⁸ Recientemente la patente ES2092965 A1, en la que el objeto reivindicado es un gazpacho fresco envasado cuyo sabor supera al del gazpacho envasado siguiendo las técnicas conserveras tradicionales.

²⁹ Así la patente ES2675948 A1, que contiene algas de la especie *Himanthalia elongata*, mediante la cual se obtiene pan para celíacos, pero además incrementa las propiedades nutritivas del mismo, debido al contenido de compuestos potencialmente beneficiosos en tales algas como ácidos grasos esenciales y polisacáridos.

alimentaria. Por tanto, para obtener una patente culinaria debemos incluir una descripción suficiente para que un experto promedio la pueda poner en práctica. Por otra parte, la creación culinaria (si fuera considerada como obra protegible bajo el derecho de autor), tendría que ser única, lo cual no es óbice para que fuera ejecutada en más de una ocasión, bien por su creador o por terceros.

Además, las Directrices de Examen de la OEPM, en su apartado G5.1 nos recuerdan que el significado de industria ha de entenderse en un sentido amplio, ya que abarca cualquier actividad de tipo técnico, quedando excluidas las artes estéticas que constituyen el objeto de la propiedad intelectual.

Hay que tener en cuenta que la aplicación industrial significa³⁰, que la invención culinaria ha de ser aplicable en procesos productivos o comerciales, lo cual no quiere decir que la rentabilidad económica se erija como requisito, ni tampoco que sea ejecutable únicamente de forma masiva. De hecho, existen invenciones culinarias que son creaciones muy sofisticadas, no concebidas para su ejecución masiva, sino para la degustación gourmet de unos pocos. Por tanto, es posible patentar una creación culinaria que, debido a su alto precio y/o a la dificultad de la puesta en práctica, no nos reporte beneficios.

Por último, la aplicación industrial es un requisito intrínseco de la invención que pretendemos patentar, conectado de forma lógica con el requisito establecido en el artículo 27 LP, al disponer dicho artículo que la solicitud debe incluir una descripción suficiente de la invención de forma que un experto pueda ejecutarla.

En este sentido, las patentes gastronómicas contribuyen al avance tecnológico del que se beneficia la sociedad en su conjunto, ya que, aunque durante el periodo de protección de la patente el objeto reivindicado en la misma no puede ser puesto en práctica por terceros sin autorización, pasa a formar parte del estado de la técnica, del acervo del conocimiento de la tecnología de los alimentos. Además, una vez que haya transcurrido el periodo de protección, dicha patente podrá ser puesta en práctica libremente.

³⁰ como señala la OMPI («*Preguntas Frecuentes*». OMPI)

3. Alternativas a la hora de patentar una creación culinaria

Antes de embarcarnos en un proyecto que reviste la envergadura del procedimiento de registro de la patente, teniendo en cuenta el tiempo y los recursos que tendremos que invertir para obtener el registro y mantenerlo durante el periodo de su vigencia, es crucial considerar las diferentes opciones disponibles dependiendo del objeto en el que consista la invención y del alcance territorial con que deseamos protegerla.

3.1 Tipos de patente en función del objeto de la invención

3.1.1 Patentes de producto y de procedimiento:

La LP distingue entre las primeras, que reivindican un resultado consistente en un objeto de carácter físico, mientras que en las segundas lo reivindicado es la forma, método o proceso mediante el cual se obtiene un resultado determinado. La jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo confirma lo anterior³¹, al considerar que son patentes de procedimiento las que reivindiquen *«una sucesión de operaciones encaminadas a la obtención de un resultado industrial, lo que viene determinado por tres elementos (las sustancias básicas de las que se parte, los medios de actuación sobre las mismas y el resultado final)»*.

Además, el Tribunal Supremo aclara que una mera enumeración de elementos sin reivindicar un producto final diferenciado obtenido por la unión de tales elementos de acuerdo con un método de ejecución es patente de producto y no de procedimiento³².

Por otra parte, el artículo 69.1 LP extiende la protección jurídica del titular de una patente de procedimiento para fabricar un producto cuando se introduzca en España un producto fabricado mediante dicho procedimiento, ya que dicho producto recibirá la misma protección que si hubiera sido fabricado en España. Además, el artículo 69.2 establece una presunción: cuando una patente consiste en un procedimiento para fabricar productos nuevos, se presume que aquellos que tengan las mismas características, han sido fabricados mediante el procedimiento patentado.

³¹ Como la STS de 28 de octubre de 2005 (RJ 2654/2005).

³² En esta línea la STS de 14 de junio de 2010 (RJ 3063/2010).

La STS de 14 de junio de 2010 (RJ 3063/2010) aclara que la presunción del artículo 61.2 de la LP de 1986 (actualmente en el artículo 69.2 LP) es un «*criterio especial de la carga de la prueba*». Por tanto, el titular de la patente (demandante) tendrá que probar su titularidad sobre la patente de procedimiento para fabricar un producto nuevo y que el producto del demandado es similar, y por su parte el demandado, para demostrar que no ha infringido dicha patente, tendrá que probar que ha fabricado su producto mediante un procedimiento diferente.

En el ámbito de la creación gastronómica podemos constatar la aplicación práctica de lo expuesto anteriormente, así la patente ES2673670 A1 reivindica un producto (hamburguesa de pulpo) y un procedimiento (el método para su elaboración). La patente ES2681068 A1 reivindica un producto (aderezo de vinagre de jerez). Por su parte la patente ES2673171 A1 se refiere a un procedimiento y sistema de envasado al vacío profundo de un producto alimenticio, la patente ES2671140 A1 protege un procedimiento para la esterilización en continuo de un producto líquido y la patente ES2666381 A1 incluye un procedimiento para la obtención de aperitivos crujientes elaborados a partir de frutas o verduras.

Por otra parte, también existen patentes de uso³³, en esta línea el Tribunal Supremo determinó en la STS de 13 de julio de 2017 (RJ 2911/2017) que lo reivindicado en la invención no era un producto, sino un uso y expresó su acuerdo con la sentencia de la audiencia provincial, la cual puso de relieve que el análisis de la solicitud inicial de la patente reflejaba falta de coherencia entre las reivindicaciones (referidas a un uso específico) y la descripción de las anteriores (referidas al producto –un film- y el procedimiento de fabricación del mismo).

La patente se solicitó inicialmente como patente de producto y de procedimiento, pero el examinador consideró que las reivindicaciones no cumplían con los requisitos de novedad y actividad inventiva, como consecuencia, el solicitante sustituyó las reivindicaciones iniciales por otras (referidas a la utilización). Por tanto, la Audiencia Provincial consideró que tal modificación de la solicitud redujo el ámbito de la protección conferida por la patente concedida al uso del producto y no al producto en sí mismo (y además que tal uso carecía de novedad).

³³ Como por ejemplo el ámbito gastronómico la patente ES2663220 A1, «Composición panificable exenta de gluten».

3.1.2. Patente biotecnológica

Si el objeto de la invención culinaria consiste en materia viva, estaremos ante una patente biotecnológica. El artículo 2 del Convenio sobre Diversidad Biológica de 5 de junio, 1992 define la biotecnología como *«toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos»*. La regulación aplicable a la patente biotecnológica está recogida en (i) a nivel internacional, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual (ADPIC), el Convenio sobre Biodiversidad Biológica y el Protocolo de Nagoya; (ii) a nivel comunitario, el Convenio de Múnich sobre Concesión de Patentes Europeas (CPE), el Reglamento de ejecución del Convenio de Concesión de Patentes Europeas, la Directiva 98/44/CE, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, y el Reglamento 511/2014 del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativo a las medidas de cumplimiento de los usuarios del Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización en la Unión.

Por otra parte, a nivel nacional, la LP en su artículo 5.2 establece que *«serán, sin embargo, 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»*. Y el artículo 5.3 añade, que no son patentables *«los procedimientos esencialmente biológicos de obtención de vegetales o de animales»*. A estos efectos, se considerarán esencialmente biológicos aquellos procedimientos exentos de intervención humana. Además, dicho artículo prosigue estableciendo que *«lo dispuesto en el párrafo anterior no afectará a la patentabilidad de las invenciones cuyo objeto sea un procedimiento microbiológico o cualquier otro procedimiento técnico o un producto obtenido por dichos procedimientos»*.

Por tanto, podemos afirmar que nuestra legislación permite que sean objeto de patente invenciones culinarias que se refieran a reglas técnicas aplicables a variedades vegetales (por ejemplo, algas). Además, podrían patentarse métodos de cultivos de las mismas en los que intervenga la acción humana, y también creaciones culinarias que consistan en procedimientos microbiológicos, así como el producto culinario obtenido por dichos procedimientos.

En esta línea también se encuadran las afirmaciones de la OEPM al respecto, en su folleto divulgativo «*Patentar la Vida*», que admite expresamente la patentabilidad de invenciones relacionadas con algas y levadura modificada genéticamente para capturar CO₂ de la atmósfera, así como microorganismos como bacterias para la purificación biológica, así como levadura para producir alimentos.

En el ámbito gastronómico se constata la existencia de multitud de patentes biotecnológicas³⁴.

3.2 Consideraciones Prácticas

Hay una serie de aspectos que deberíamos tener en cuenta para llevar a buen puerto el proyecto que culmine con la obtención del registro de la patente de nuestra creación culinaria. En primer lugar, es aconsejable presentar la solicitud electrónicamente, lo cual permite obtener reducción del 15% del importe de las tasas.

Además, de acuerdo con la Recomendación 2003/361/CE, si somos emprendedores (persona física o PYME) podemos solicitar una reducción del 50% de la tasa de solicitud, de la 3ª, 4ª y 5ª anualidad (no olvidemos que la falta de abono de las anualidades tendrá como consecuencia la caducidad de la patente). Incluso podríamos acogernos al Programa de Concesión Acelerada de Patentes (en adelante, CAP) siempre que no se reivindique una fecha de prioridad anterior a la de la solicitud.

Es muy importante no olvidar que debemos aplicar las precauciones necesarias (incluyendo a nuestros trabajadores y colaboradores), para evitar divulgar la invención culinaria. Debemos ser pacientes y esperar a que hayamos registrado la patente, sin caer en la tentación de comentar el contenido de la misma en eventos, publicaciones, documentación publicitaria, páginas web, etc. No obstante, podemos realizar tal divulgación siempre que sea en el marco de las exhibiciones oficiales reconocidas en virtud del artículo 7 LP, y que no hayan transcurrido más de 6 meses entre la fecha de la exhibición y la fecha de presentación de la solicitud.

³⁴ Como por ejemplo, la patente ES2627728 A1, «procedimiento para la optimización de propiedades organolépticas en productos vegetales que contienen pigmentos clorofílicos», ES2425606 A1 «Mousse de algas frescas», ES2715052 A1, «Método para la fabricación de papel alimenticio a base de algas y papel alimenticio obtenido».

Otro aspecto a tener en cuenta es que si modificamos las reivindicaciones de nuestra solicitud (podemos hacerlo hasta que finalice el plazo de petición del examen sustantivo), para superar objeciones detectadas en el Informe del Estado de la Técnica y en la opinión escrita respecto a la falta de novedad y actividad inventiva, debemos evitar que tales modificaciones añadan elementos no incluidos en la búsqueda, ni ampliar el contenido de las reivindicaciones que aparecen inicialmente en la solicitud.

También deberíamos aplicar especial esmero en la redacción de la solicitud, que como hemos indicado, incluye las reivindicaciones, la descripción de la invención, los dibujos en su caso, y el resumen de la invención. Las reivindicaciones han de ser suficientemente claras y completas, de forma que basándose en ellas un experto pueda ejecutar la invención culinaria.

Al preparar nuestra solicitud debemos atender a la Clasificación Internacional de Patentes (CIP)³⁵. En relación a las invenciones culinarias, las siguientes clasificaciones son las más utilizadas: (i) clase A23L -alimentos o productos alimenticios no cubiertos por otras clases- que a su vez incluye varias subclases, 1/00 (preparación, tratamiento, conservación), 2/00 (bebidas no alcohólicas, composiciones secas o concentrados para fabricarlas), 3/00 (conservación de alimentos o de productos alimenticios, en general, p. ej. pasteurización o esterilización, especialmente adaptada a alimentos o productos alimenticios); (ii) también es frecuente para la conservación de la harina o las masas panificables la clase A21D [4,8].

La amplísima gama de posibilidades y la complejidad a la que nos enfrentamos al patentar invenciones en el ámbito culinario hacen que sea clave la tarea de determinar la clasificación correcta y redactar las reivindicaciones adecuadamente. No olvidemos como hemos visto en el epígrafe 1.1 anteriormente, que debemos lograr un equilibrio e intentar que lo reivindicado sea lo suficientemente amplio como para que podamos comercializar nuestro producto culinario tras lograr que la oficina de patentes correspondiente conceda nuestra solicitud, pero que a la vez sea lo suficientemente detallado para que en un potencial litigio, el juez determine que nuestro competidor ha cometido un acto infractor.

³⁵ Cuya versión actualizada es publicada anualmente por la OEPM y se encuentra disponible en <http://pubcip.oepm.es/classifications/ipc/>.

3.3 Ejemplos de patentes culinarias en España:

3.3.1 Soluciones técnicas para realzar el sabor de los alimentos:

Patente ES2681068 A1: patente solicitada en 10/3/17 -justo antes de la entrada en vigor de la LP 2015- y que fue concedida en febrero de 2019. Se trata de una patente de invención con examen previo (ya que en virtud de la LP 1986 podía optarse por la vía del examen previo). La patente consiste en un «*aderezo de vinagre de jerez aromatizado con algas de estero*». Se trata de una patente de procedimiento y de producto, que reivindica los pasos que hay que seguir para su obtención (maceramiento previo al envasado), e incluye los ingredientes y sus proporciones. Es un interesante ejemplo de una patente que representa la actividad impulsora de la actividad investigadora por parte de los entes universitarios. En este caso la Universidad de Cádiz ha utilizado un elemento autóctono novedoso que se encuadra en la patente biotecnológica, como son las algas de estero (macroalgas, en particular alga verde y alga roja), para unirlo a otro producto tradicional previamente conocido, el vinagre de jerez. El aderezo patentado aporta la novedad al añadir un toque marino al sabor ya conocido del vinagre de jerez, pero además cumple con el loable objetivo de potenciar el desarrollo económico de la bahía de Cádiz en la que se localizan los esteros.

Patente ES2683078 A1: «*Procedimiento de obtención de una salsa picante*». Es otro ejemplo de una patente solicitada en 22/3/2017, justo antes de la entrada en vigor de la actual ley de patentes y que fue concedida en 5/7/2019. Se trata de una salsa caracterizada por su intensidad, en la que el examen previo considera que existe novedad, ya que el estado de la técnica, o sea las salsas divulgadas con anterioridad, no incluyen ciertos ingredientes reivindicados, además, parte de los ingredientes de la salsa en cuestión se encuentran presentes en salsas ya divulgadas, pero con proporciones muy diferentes a las que se reivindican en esta patente. Como resultado se considera que esta salsa contiene reivindicaciones nuevas y se concluye que el procedimiento de obtención y la salsa que incluye doce ingredientes no son obvios para un experto en la materia.

Patente ES2610970: «*Procedimiento de preparación de paellas y fideuás*», solicitada en 16/9/2015 y concedida en 1/02/2018. El problema técnico que viene a solucionar es que se trata de un preparado que consigue una mayor absorción de los sabores y mejor textura en el arroz o la pasta. Lo anterior se consigue mediante la utilización de unos ingredientes cuyas

proporciones se indican, así como los diferentes pasos a seguir en la preparación, lo cual se estructura en 23 reivindicaciones.

3.3.2 Soluciones técnicas para alargar la vida útil de los alimentos:

Patente ES2669429: «*Procedimiento para la conservación de zumo fresco de cítricos y granadas*». También se trata de una patente concedida en virtud de la LP 1986, en la que el examen que se lleva a cabo en la opinión escrita que analiza los requisitos de patentabilidad pone de manifiesto que el procedimiento de conservación reivindicado, consistente en gasificación con dióxido de carbono añadiendo nitrógeno líquido, utiliza el nitrógeno de forma novedosa (no comprendida en el estado de la técnica) y no obvia para un experto, por lo que se cumplen los requisitos de novedad y actividad inventiva.

3.3.3 Soluciones técnicas para una alimentación saludable:

Patente ES2547262 A1: «*Procedimiento de fabricación de un aperitivo (snack) hortofrutícola*». Es una patente solicitada en virtud de la LP 1986 en 14/8/2015, que fue concedida en 5/7/2016.

El problema técnico planteado es el hecho de que la mayor parte de los snacks existentes son fritos, lo cual puede perjudicar nuestra salud, debido a su alto contenido en grasas. La solución técnica aportada es un procedimiento de preparación novedoso consistente en la congelación previa, seguido de fritura al vacío, lo cual permite utilizar menos aceite, por lo que el snack tendrá menos grasa y aportará más vitaminas que un producto frito mediante fritura tradicional, pero conservará su sabor y textura.

Patente ES2564739 A1: «*Composición a base de quínoa y gofio*». También se trata de una patente solicitada en virtud de la LP 1986, en 08/02/2016, que fue concedida en 23/09/2016. Se trata de una composición energética que viene a dar una solución técnica a un problema técnico consistente en el hecho de que normalmente los productos energéticos incluyen ingredientes químicos para aportar proteínas, carbohidratos, vitaminas y minerales, y suelen contener un alto porcentaje de azúcar. La solución novedosa de esta patente viene dada por la utilización de ingredientes naturales de alto contenido nutritivo, como son la quínoa y el gofio, que además no contienen gluten y son aptos para celíacos.

3.3.4 Mayor *facilidad y rapidez en la preparación de los alimentos y productos listos para consumir:*

Un ejemplo de una patente que dio respuesta a la demanda de productos, en este caso, tradicionales de la gastronomía española, que sin perder su sabor estén listos para consumir, fue la patente ES2092965 A1, «*Nuevo Gazpacho Envasado*» de Alimentos del Valle S.A, que fue concedida el 21/5/1997. El problema técnico existente consistía en que hasta la fecha el gazpacho se comercializaba en conserva (botellas de cristal, cartón o tetrapak), utilizando un esterilizado clásico, lo cual afectaba su sabor. Esta patente aportó una solución técnica que permitió la conservación del gazpacho fresco durante 4-8 semanas, si se conservaba a temperaturas inferiores a 4°C y además podía congelarse, lo cual prologaría la vida útil del gazpacho hasta a un año.

Patente ES2331168 A1: «*Procedimiento para la elaboración industrial de tortilla*», solicitada en 19.3.08, y concedida en 8.9.10. Estamos antes una solución novedosa, un procedimiento que permite fabricar un producto precocinado para que el consumidor final prepare rápidamente una tortilla (solo tiene que añadir huevo y freír), con la ventaja no existente previamente en el mercado, de que al no contener huevo, no exige conservación mediante frío o congelación, lo que las hace más fáciles de conservar y transportar además de mejorar su sabor. En las reivindicaciones se detalla el procedimiento que consiste en una serie de fases operativas para la elaboración industrial de la tortilla (tradicional española o variantes añadiendo atún, cebolla, pimiento, champiñones, y otros).

3.3.5 *Alternativas a los productos cárnicos:*

Patente ES2391518 A1: «*Producto alimentario sustitutivo de la carne*». Se trata de una patente de procedimiento concedida en 13/1/2014 para preparar un producto alternativo a la carne, al contener ingredientes de origen vegetal con un alto contenido proteico. Esta patente viene a proporcionar una solución técnica a varios problemas. Por una parte, los efectos potencialmente negativos de la carne en la salud (por su contenido graso y de colesterol) y por otro, el hecho de que el principal sustitutivo de la carne de origen vegetal, el seitán, no es apto para celíacos. Además, supone una ventaja frente a otros productos que proporcionan soluciones técnicas en la actualidad frente a los problemas descritos. Por ejemplo, a la soja texturizada le falta sabor y al tofu le falta consistencia. En esta situación el

producto reivindicado por la patente es un sustituto de la carne de origen vegetal con mejor sabor, color y consistencia, además de ser apto para celíacos que se obtiene mezclando tofu con semillas de chía.

Patente ES2673670 A1: «*hamburguesa de pulpo y método para su elaboración*»: solicitada en 22/12/2016 y concedida en 25/6/2018. La solución técnica aportada consiste en que se utiliza un ingrediente como alternativa a la carne no utilizado previamente en la elaboración de hamburguesas, el pulpo.

3.3.6 Eliminación de gluten y lactosa

Patente ES2663220 A1: «*Composición panificable exenta de gluten*». Solicitada en 11/10/2016 y concedida en 11/4/2018. El problema técnico es que la harina de trigo que es la comúnmente utilizada en el mercado para la preparación de pan contiene gluten. Siendo el pan un alimento básico en nuestra dieta y dado que para los celíacos el gluten es tóxico, se necesitan otras alternativas. Aunque existen harinas en el mercado exentas de gluten, la dificultad todavía no superada era conseguir un sabor, una textura y un nivel nutricional adecuados utilizando harinas sin gluten. Estamos ante una patente de producto, de uso y de procedimiento que proporciona una solución a dichas necesidades, al tratarse de una composición (de arroz glutinoso, harina de semilla de lino, etc.) que permite preparar panes y productos de panadería, sin necesidad de realizar un proceso de fermentación, consiguiendo como resultado productos de sabor similar a los preparados con harina de trigo.

Patente ES2675948 A1: «*Pan sin gluten que contiene algas de la especie Himanthalia elongata y procedimiento de fabricación de dicho pan*». Esta patente fue solicitada por la Universidad de León en febrero de 2018 (en virtud de la LP 2015) y fue concedida el 6 de marzo de 2019. La solución técnica que aporta es un pan apto para celíacos sin la textura gomosa que suele estar presente en el pan exento de gluten, además contiene fibra, de la que suele carecer el pan sin gluten. Por otra parte, está elaborado a partir de masa madre lo que conlleva una mejora de las propiedades organolépticas del pan y facilita su digestión.

Adicionalmente, la utilización de las algas introduce beneficios añadidos por la presencia de polisacáridos, proteínas de buena calidad y ácidos grasos esenciales, resaltando el hecho de que se ha demostrado que los compuestos biológicamente activos presentes en las algas pueden contribuir a la prevención de enfermedades como el cáncer, la artritis, diabetes y la hipertensión.

Patente ES2657508 A1: «*Proceso de fabricación de productos lácteos de origen vegetal*», solicitada en 04/07/2017 y concedida en 08/05/2019 (en virtud de la LP 2015). El problema técnico al que da respuesta esta patente es la necesidad de alternativas a los productos lácteos para las personas intolerantes a la lactosa. Se trata de un procedimiento de fabricación que permite que dichas personas puedan consumir quesos (y yogures) de origen vegetal que no contienen leche, frente al estado de la técnica existente en el que las alternativas a los productos lácteos de origen vegetal no incluían quesos. Es una invención que consigue adaptar el procedimiento utilizado para preparar queso de origen animal a ingredientes vegetales, siendo el resultado comparable al queso tradicional en sabor y propiedades nutricionales.

3.3.7 *Productos gourmet*

Patente ES2715052 A1: «*Método para la fabricación de papel alimenticio a base de algas y papel alimenticio obtenido*». Solicitada bajo el régimen de la LP 2015 en 30.11.2017 y concedida en 30/09/2019. Es una patente de procedimiento y de producto, que aporta una solución técnica al problema consistente en la extracción de fibras de algas, lo cual se consigue de forma que se obtiene un producto muy moldeable y buen sabor con múltiples aplicaciones en la gastronomía.

Patente ES2425606 A1: «*Mousse de algas frescas*», concedida en 29/01/2014. Se trata de un producto que aporta una solución técnica innovadora consistente en una combinación de sabor y textura peculiar y diferente en el ámbito de la gastronomía. La innovación que contiene la patente es por una parte la materia base de la elaboración, las algas y también la preparación para conseguir la textura de mousse.

Patente ES2543644 A1: «*Procedimiento para la elaboración de bombones con relleno de hierbas aromáticas*», concedida en 03/03/2016. Se trata de un procedimiento que utiliza de forma novedosa hierbas típicas como tomillo, anís, etc., consiguiendo un producto de chocolate muy diferente a los existentes.

Patente ES2716851 A1: «*Método e instalación para fabricar bizcocho de múltiples capas, así como el bizcocho obtenido*». La solicitud se presentó en diciembre de 2017 y fue concedida en diciembre de 2019 (en virtud de la LP 2015). Aunque el estado de la técnica relevante incluye métodos de elaboración de bizcochos en capas, no existe ningún método que permita la obtención a partir de la misma masa bizcocho con diferentes capas cada una con sabores,

colores y aromas distintos mediante un procedimiento continuo. Las reivindicaciones describen las diferentes fases que integran un complejo proceso de elaboración incluyendo tiempos de cocción, temperatura, etc.

Patente ES2582683 A1: «*Método de preparación de un milhojas de patata envasado, y milhojas de patata obtenidos*». La solicitud fue presentada en marzo de 2015 y fue concedida en julio de 2017. El método de preparación de milhojas de patata preelaborado y envasado se comercializa refrigerado o congelado para su posterior cocinado por el consumidor final. Soluciona de forma técnica el problema consistente en la dificultad y el tiempo que normalmente se necesitaría para cortar las patatas de forma correcta para la elaboración de recetas que utilizan milhojas de patatas. Además, el procedimiento de elaboración incluye un tratamiento térmico que evita el desarrollo de bacterias.

V. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA CREACIÓN CULINARIA EN ESPAÑA BAJO EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL MODELO DE UTILIDAD

1. Introducción

El primer paso para analizar la protección jurídica que proporciona el modelo de utilidad a una creación culinaria requiere atender a la definición del mismo que aparece en la LP, título XIII, art. 137.1, «*invenciones industrialmente aplicables que [...] consisten en dar a un objeto o producto una configuración, estructura o composición de la que resulte una ventaja prácticamente apreciable para su uso o fabricación*».

En segundo lugar, el régimen jurídico del modelo de utilidad, tal y como establece el art. 150 LP, es la regulación aplicable a la patente, en ausencia de disposiciones expresamente aplicables a los modelos de utilidad y en tanto en cuanto no sea contraria a las características especiales de los mismos.

En tercer lugar, respecto a su contenido, el modelo de utilidad, al igual que el art 59.1 LP establece en relación con la patente, confiere a su titular un conjunto de facultades denominado *ius prohibendi*, que se materializa en el derecho exclusivo de prohibir la fabricación, el ofrecimiento para la venta, la introducción en el comercio, así como la utilización, importación o posesión para los fines mencionados del objeto protegido³⁶.

2. Objeto de Protección

2.1 Modelo de Utilidad v. Diseño Industrial

Con el propósito de determinar si una creación culinaria puede ser protegida mediante el modelo de utilidad, es necesario clarificar en primer término que si dicha creación es protegible mediante el diseño industrial quedaría fuera del ámbito de protección del modelo de utilidad³⁷.

Por una parte, el diseño industrial es una creación estética de forma original, cuyo

³⁶ Así lo confirma la STS de 4 de septiembre de 2006 (RJ 5222/2006), al constatar que fabricar y comercializar productos amparados por un modelo de utilidad sin contar con la autorización del titular contraviene el *ius prohibendi* reconocido por la LP.

³⁷ Tal y como establece la Audiencia Provincial de la Rioja, Sección 1ª, Sentencia 295/2019 de 4 de julio de 2019, Rec. 198/2018 y la STS de 5 de noviembre de 2012 (RJ 9149/2012).

elemento diferenciador es su diseño decorativo, el cual tiene trascendencia comercial³⁸. En este sentido el diseño industrial protege una innovación formal que se refiere a las características de apariencia del producto o su ornamentación.

Si en el modelo de utilidad la innovación formal consiste en formas que desempeñan una función técnicamente necesaria, por el contrario, en el diseño industrial lo protegible es la apariencia del objeto, que ha de ser visible (de forma total o parcial, en relación con la configuración, color, textura, materiales, ornamentación) y que se traduce en valor comercial. Además, dicha apariencia no puede cumplir únicamente una función técnica³⁹.

En la industria culinaria existen múltiples ejemplos de modelos industriales registrados que protegen la forma, la apariencia externa de productos gastronómicos, la cual tiene una finalidad puramente estética y no técnica. Podemos constatar la utilización del diseño industrial en productos alimenticios muy extendidos en el mercado, tales como helados, galletas y pizzas. Son casos en los que la forma, el diseño de la creación culinaria, es el valor añadido mediante el cual las empresas de la industria alimentaria intentan diferenciar unos productos, que son muy comunes, frente a los productos de sus competidores, pero dicha forma no desempeña una función técnica⁴⁰.

2.2 Modelo de utilidad v Patente

En primer lugar, las principales diferencias entre ambas figuras consisten en su vigencia, mientras que en la patente es 20 años improrrogables (artículo 148.2 LP), en el modelo de utilidad es de 10 años improrrogables (artículo 148.2 LP).

Además, su procedimiento de concesión difiere, ya que, en las patentes, se realiza un informe sobre el estado de la técnica y un examen sustantivo, mientras que en el modelo de utilidad existe un procedimiento con oposiciones a la solicitud.

Sin embargo, para seleccionar de forma razonada, la mejor opción que otorgue protección

³⁸ Así lo establece la STS de 30 de abril de 2014 (RJ 1766), referida al modelo comunitario registrado Nº 000721543-001 consistente en un contenedor con forma de caramelo de palo gigante.

³⁹ Juzgado de lo Mercantil nº1 de Valencia, Sentencia 456/2016 de 7 de diciembre de 2016, Rec. 337/2016.

⁴⁰ Por ejemplo, el modelo industrial I0139530 registrado por helados Royne S.A., que protege un dulce comestible helado con una forma rectangular recubierta de una cobertura de afiligranado. También el modelo industrial I0113778 registrado por Cuétara S.A. consistente en una galleta con forma de rectángulo de gran longitud, o el modelo industrial I0130610 consistente en una base de pizza de forma circular con cuatro salientes semicirculares. También el modelo industrial I0153140 consistente en un aperitivo con forma de bumerang.

jurídica a una creación culinaria es fundamental entender un aspecto clave que diferencia a ambas figuras, la ventaja técnica que se protege mediante cada una de ellas. Por tanto, dedicaremos especial atención a este punto.

Como señalamos *ut supra*⁴¹, por una parte, la invención en la patente contiene una regla técnica que trae consigo la solución a un problema técnico, por el contrario, lo relevante en el modelo de utilidad es que incluya una regla técnica consistente en la forma de un objeto o producto que no tenía anteriormente (OTERO LASTRES, en FERNÁNDEZ- NOVA, et al, P. 277), pero además dicha forma ha de traer consigo una ventaja respecto al uso y fabricación del objeto, y así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia⁴².

Por otra parte, los modelos de utilidad pueden existir en otros ámbitos que no sean el sector de la mecánica, siempre que las ventajas en el uso o en la fabricación del objeto (como el ahorro de tiempo) estén presentes⁴³.

En base a lo expuesto anteriormente se colige que, en principio, nada impide que una creación culinaria sea protegible bajo la figura del modelo de utilidad, si incluye una forma que se traduce en que el objeto o producto reivindicado sea superior, sea mejorado respecto a lo existente anteriormente, y que ello sea apreciable de forma práctica en el uso y/o fabricación de tal producto.

Lo anterior puede observarse en creaciones gastronómicas consistentes en composiciones deshidratadas o composiciones en polvo cuya preparación y conservación resulten más sencillas⁴⁴.

Aunque la ley no determina el alcance de dicha ventaja, nuestra doctrina aporta luz al respecto (BOTANA AGRA, en FERNÁNDEZ- NOVA, et al p. 279) y mantiene que la ley parece exigir que sea una ventaja razonable, ya que la actividad inventiva exigida (artículo 140 LP) en el modelo de utilidad es que la invención no debe resultar del estado de la técnica de una manera muy evidente para el experto en la materia⁴⁵.

⁴¹ (Epígrafe IV.2.3).

⁴² La STS de 5 de noviembre de 2012 (RJ 9149/2012) nos recuerda que el modelo de utilidad protege la forma externa, o la forma interna o la materia de un objeto.

⁴³ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia 623/2017 de 13 de septiembre de 1998, Rec. 735/2015.

⁴⁴ Como las composiciones reivindicadas en los modelos de utilidad ES1219489_U («composición vegana en forma de polvo»), ES1216385_U («salmorejo natural de preparación instantánea»).

⁴⁵ (Vid. epígrafe 2.2.2 más adelante).

Por lo tanto, el estándar exigido no es una ventaja sustancial, y es precisamente por esta razón por lo que se considera que el modelo de utilidad es un invento menor que añade un paso hacia adelante y que conlleva algún tipo de mejora que se añade a los objetos preexistentes⁴⁶.

Por tanto, existe una gran variedad de objetos sobre los cuales nuestra jurisprudencia ha considerado que existe suficiente ventaja técnica⁴⁷. Dichos objetos incluyen elementos ya presentes en objetos anteriores, ya que la esencia de la figura del modelo de utilidad es incentivar el desarrollo de los nuevos avances que vienen de la mano de las mejoras añadidas a lo existente anteriormente, lo cual constituye precisamente el objeto de la protección⁴⁸.

En el ámbito de la gastronomía puede constatarse la existencia de modelos de utilidad concedidos suponen mejoras que añaden avances a productos muy comunes y extendidos entre los consumidores, pero cuya fabricación y uso es más fácil que en el caso de sus predecesores, al no necesitar refrigeración ni pasteurización, lo cual simplifica su almacenamiento y comercialización⁴⁹.

Aparte de lo mencionado anteriormente existen dos aspectos adicionales que diferencian a los modelos de utilidad de las patentes. En primer lugar, los modelos de utilidad no pueden incluir invenciones de procedimiento, materia biológica y composiciones farmacéuticas (artículos 5, 59, 137 LP).

Como señala nuestra doctrina (OTERO LASTRES, en FERNÁNDEZ-NOVOA et al., p. 281), lo anterior tiene una explicación lógica si tenemos en cuenta que la característica que define al modelo de utilidad radica en que protege la regla técnica consistente en la forma de un objeto. En este sentido, si bien es cierto que tanto la patente como el modelo de utilidad protegen una invención, la diferencia es el soporte material al que se incorporan, que en el

⁴⁶ Audiencia Provincial de la Rioja, sección 1ª, Sentencia 295/2019 de 4 de julio de 2019, Rec. 198/2018, recoge el concepto de invento menor y plasma la doctrina establecida en STS de 21 de julio de 2000 (RJ 6150/2000), STS de 18 de noviembre de 1991 (RJ 6375), STS de 31 de mayo de 1994 (ROJ 4224), STS de 30 de enero de 1996 (RJ 508/1996), y STS de 15 de enero de 1999 (RJ 69/1999).

⁴⁷ Por ejemplo, un moño postizo perfeccionado (Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª, Sentencia 133/2001 de 3 marzo 2004, Rec. 952/2003), un dispositivo de apertura para sobres de solapa (TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, Sentencia 1037/2005 de 29 de septiembre, Rec. 80/2002). Dentro del ámbito de la gastronomía, un soporte de galletas para helados (TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Sentencia 352/2001 de 6 marzo de 2001, Rec. 2298/1998).

⁴⁸ Así lo establece el TSJM, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, Sentencia 623/2017 de 13 de septiembre, Rec. 735/2015.

⁴⁹ Como por ejemplo el modelo de utilidad ES1216385_U («salmorejo natural de preparación instantánea») o el modelo de utilidad ES1216790_U («gazpacho natural de preparación instantánea»).

caso de la patente puede ser mucho más amplio (aparatos, sustancias, procedimientos), pero en el modelo de utilidad solo puede ser la forma de un objeto o producto. Por tanto, nuestro legislador ha decidido que procedimientos⁵⁰ y materias sin forma estable, tales como la materia biológica⁵¹ y las sustancias y composiciones farmacéuticas, no puedan protegerse como modelo de utilidad.

No obstante, en virtud del artículo 137.1 LP el modelo de utilidad puede otorgar cobertura a creaciones culinarias que consistan en composiciones no farmacéuticas, siempre y cuando no se reivindique el procedimiento, sino los ingredientes, las cantidades y los pasos que hay que realizara para obtener un determinado producto⁵², siempre teniendo en cuenta que dichos elementos reivindicados han de constituir una mejora razonable, una ventaja para el uso o fabricación del producto.

En segundo lugar, los modelos de utilidad no pueden proteger variedades vegetales. La LP 2015 guarda silencio al respecto, pero el artículo 5.2 de la Ley 3/2000 de 7 de enero de Régimen jurídico de la Protección de las Obtenciones Vegetales indica que las variedades vegetales podrán ser objeto de protección en el modelo de utilidad si la viabilidad técnica de la invención no se limita a una variedad vegetal determinada⁵³.

En el ámbito de la gastronomía lo anterior abre la puerta a la utilización, por ejemplo, de algas en la lista de ingredientes incluidos en modelos de utilidad, siempre que no se reivindiquen las algas en sí mismas.

3. Requisitos

Únicamente nos referiremos a la novedad y la actividad inventiva, al ser extrapolable lo expuesto anteriormente respecto a la aplicabilidad industrial en sede de patentes.

⁵⁰ La Audiencia Provincial de la Rioja, sección 1ª, Sentencia 295/2019 de 4 de julio de 2019, Rec. 198/2018, y la STS 649/2012 de 5 de noviembre (RJ 9149/2012) confirman que nuestra jurisprudencia ratifica que las invenciones de procedimiento quedan al margen de protección del modelo de utilidad.

⁵¹ Aunque en el epígrafe V.5. más adelante se analiza el modelo de utilidad ES1219985_U que incluye materia biológica entre los ingredientes del producto reivindicado.

⁵² Un ejemplo lo constituye la composición vegana en forma de polvo protegida bajo el modelo de utilidad ES1 219489_U descrito en el epígrafe V.5. más adelante.

⁵³ Audiencia Provincial de la Rioja, sección 1ª, Sentencia 295/2019 de 4 de julio de 2019, Rec. 198/2018 y STS 649/2012 DE 5 de noviembre (RJ 9149/2012) confirman que las variedades vegetales quedan al margen de protección del modelo de utilidad.

3.1 Novedad:

El artículo 137.1 LP no define la novedad exigida (será la misma que en patentes) pero sí la actividad inventiva. Por lo que resulta de aplicación el artículo 6.1 LP y será nuevo el modelo de utilidad no incluido en el estado de la técnica, el cual a su vez queda delimitado en el art 139 de la LP, el cual dispone que el estado de la técnica a considerar en el modelo de utilidad es el mismo que en las patentes. En base a lo anterior, en la creación culinaria el estado de la técnica se encuadraría en lo existente en el ámbito de la tecnología de los alimentos en general y en particular en el sector al que se adscriba la invención⁵⁴.

En definitiva, tal y como señala nuestra doctrina (OTERO LASTRES en FERNÁNDEZ-NOVOA et al. p. 288) y confirma nuestra jurisprudencia⁵⁵, el modelo de utilidad exige la convergencia de novedad formal y novedad funcional. Ello se debe a que de la nueva forma de la que se dota al objeto, debe resultar una ventaja prácticamente apreciable para su uso o fabricación, y al tratarse de una ventaja, quiere decir que no existía anteriormente⁵⁶.

Además, al igual que en la patente, la novedad del modelo de utilidad tiene ámbito mundial, ya que el art. 139 LP remite al artículo 6.1 LP, por lo que el estado de la técnica incluye el contenido de lo que se ha hecho accesible al público en el momento de la presentación de la solicitud tanto en España como en el extranjero (a diferencia de la LP 1986, en la que la novedad quedaba circunscrita al ámbito nacional).

Por último, el análisis para determinar la existencia de novedad debe realizarse comparando las reglas técnicas una por una y de forma separada, contrastando el modelo cuya novedad intentamos determinar con las reglas técnicas incluidas en el estado de la técnica. Así lo indica nuestra doctrina (OTERO LASTRES en FERNÁNDEZ-NOVOA et al., p. 289), explicando que se trata de verificar si dichas reglas técnicas son esencialmente iguales o si incluyen solo variaciones no significativas. También en esta línea nuestra jurisprudencia⁵⁷.

⁵⁴ Por ejemplo, el sector especializado en alimentación vegetariana en los modelos de utilidad ES1219489_U «Composición vegana en forma de polvo») y ES1187234_U «preparado vegetal sustitutivo de la carne», o el sector de la repostería en el modelo de utilidad ES1225766_U «producto de repostería dulce marino».

⁵⁵ Audiencia Provincial de la Rioja, sección 1ª, Sentencia 295/2019 de 4 de julio de 2019, Rec. 198/2018.

⁵⁶ Ejemplos de innovaciones formales que se traducen en ventajas de uso y fabricación en los modelos de utilidad concedidos en la gastronomía lo constituyen incluir formas que se pueden colorear en piruletas (modelo de utilidad ES1079015_U, «golosina con asidero»), presentar un mejillón en forma deshidratada y salada (modelo de utilidad ES1218517_U «mejillón deshidratado»).

⁵⁷ Así el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Valencia, Sentencia 456/2016 de 7 de diciembre de 2016, Rec. 337/2016.

3.2 Actividad Inventiva:

El grado de actividad inventiva es menor en el modelo de utilidad, ya que el artículo 8.1 LP exige que lo reivindicado en la patente sea evidente para el experto en la materia, en contraposición al artículo 139.1 LP, en virtud del cual el objeto protegido en el modelo de utilidad ha de ser muy evidente.

Nuestra doctrina clarifica el significado del estándar de novedad exigido en el modelo de utilidad, que explica la razón por la cual el modelo de utilidad es considerado como un invento menor. Así OTERO LASTRES en FERNÁNDEZ-NOVOA et al., p. 290 explica que no ser muy evidente significa algo que resulta de obvio de manera clara y directa, lo cual implica una mínima actividad de creación para el experto en la materia.

En esta línea también nuestra jurisprudencia reconoce el carácter del modelo de utilidad como un invento menor⁵⁸.

Además, en el proceso de análisis debemos tomar en consideración el estado de la técnica en su conjunto, como lo demuestra el análisis realizado por la Audiencia Provincial de la Rioja recientemente⁵⁹, mediante el cual determina que el objeto reivindicado en el modelo de utilidad en liza, unas butacas, (y la ventaja técnica que resolvía los problemas de uso de las butacas anteriores mediante un respaldo multifunción) no estaba presente en el estado de la técnica considerado como un todo.

Por tanto, al analizar si la creación culinaria que pretendemos proteger mediante un modelo de utilidad está incluida en el estado de la técnica preexistente, habría que tomar en consideración las anterioridades en su conjunto, y determinar si en base a las mismas, la ventaja técnica que aporta dicha creación debería ser muy evidente para un experto en la materia⁶⁰.

Por otra parte, en el análisis de la protección jurídica que puede conferir el modelo de utilidad a las creaciones culinarias es útil reflexionar sobre la teoría de los equivalentes. Si bien

⁵⁸ Por ejemplo, la Audiencia Provincial de la Rioja, sección 1ª, Sentencia 295/2019 de 4 de julio de 2019, Rec. 198/2018. Juzgado de lo Mercantil nº1 de Valencia, Sentencia 456/2016 de 7 de diciembre de 2016, Rec. 337/2016. Así como la STS 23 noviembre 1992 (RJ 8613/1992), STS de 15 de enero de 1999 (RJ 69/1999) y STS de 22 de abril de 2002 (RJ 2840).

⁵⁹ Audiencia Provincial de la Rioja, sección 1ª, Sentencia 295/2019 de 4 de julio de 2019, Rec. 198/2018.

⁶⁰ Por ejemplo, en el estado de la técnica integrado por los productos vegetarianos, la adición de harina de arroz glutinoso a los texturizados de proteína vegetal (modelo de utilidad ES1187234_U, «Preparado vegetal sustitutivo de la carne»), o en el campo de los productos probióticos, la utilización de fibra vegetal en forma de mermelada (modelo de utilidad ES1219985_U, «Producto lácteo fermentado fuente de fibra y probióticos con mermelada vegetal»).

es cierto que podemos obtener la concesión para nuestra creación sin pasar el filtro del análisis de los requisitos de novedad y actividad inventiva por parte de la OEPM, es importante considerar a priori si el modelo de utilidad obtenido podría superar oposiciones de terceros en caso de que éstas ocurran o las posibilidades de éxito en el supuesto de una demanda judicial que alegue infracción de un modelo de utilidad o patente anteriores.

La teoría de los equivalentes nos ayudará a determinar si la sustitución de unos ingredientes por otros (equivalentes) en la creación gastronómica es lo suficientemente significativa como para constituir actividad inventiva, o si es meramente una combinación de ingredientes que copia lo ya existente en el acervo del conocimiento general común⁶¹.

3. Procedimiento de concesión

Lo más resaltable del procedimiento administrativo de concesión es que, en virtud de los artículos 141-147 LP, no se exige examen de fondo, por tanto, la OEPM no analiza la existencia de los requisitos de novedad y actividad inventiva (a diferencia de las patentes en las que se realiza un informe del estado de la técnica y una opinión escrita).

No obstante, en la fase de oposiciones, en el plazo de dos meses a partir de la publicación de la solicitud del modelo de utilidad (artículo 144 LP), terceros pueden alegar la falta de novedad y actividad inventiva, así como el requisito de la aplicación industrial o la insuficiencia de la descripción. Si transcurrida la fase de oposiciones, éstas no se han presentado, la OEPM procederá a la concesión del modelo de utilidad (artículo 145.2 LP).

Un aspecto práctico que debemos tener en cuenta es que debemos prestar especial cuidado si modificamos las reivindicaciones en contestación a una oposición para no aumentar el ámbito de la invención que se incluye en las mismas, lo que conduciría a que la OEPM denegase nuestra solicitud⁶².

Ahora bien, hay que tener en cuenta que, aunque no se exige el informe del estado de la técnica para la obtención de un modelo de utilidad, en virtud del art. 148.3 LP el ejercicio de las acciones para hacer valer los derechos exclusivos que otorgan los modelos de utilidad

⁶¹ En este sentido la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Sentencia 281/2005 de 7 de junio, Rec. 80/2003 indica que la doctrina de los equivalentes consiste en determinar si las modificaciones que introduce un modelo de utilidad infringen anterioridades protegidas mediante patente o modelos de utilidad anteriores por ser equivalentes o irrelevantes y no lo suficientemente significativas.

⁶² Así lo reconoce la propia OEPM en su página web https://www.oepm.es/es/informacion_tecnologica/.

si requiere que se haya solicitado u obtenido el informe del estado de la técnica al que se refiere el art. 36.1 LP para las patentes.

Lo que si queda claro es que es muy aconsejable solicitar un Informe de Vigilancia Tecnológica a la OEPM antes de proceder a presentar la solicitud para obtener la concesión de un modelo de utilidad para una creación culinaria. A pesar de no ser preceptivo y de que no exista una absoluta seguridad de que dicho informe refleje todas las invenciones existentes relacionadas con la creación gastronómica en cuestión⁶³, sobre todo teniendo en cuenta que la OEPM no realiza un examen sustantivo de la invención solicitada, es buena idea solicitar dicho informe para evitar la obtención de un modelo de utilidad débil (que sea objeto de oposiciones insuperables o que constituya una infracción de anterioridades).

4. Ejemplos de modelos de utilidad concedidos en el ámbito alimentario

ES1219489_U: «*Composición vegana en forma de polvo*». Se trata de un modelo de utilidad que fue solicitado en octubre de 2018 y fue concedido en enero de 2019. El objeto reivindicado es una composición deshidratada en polvo que será utilizada como bebida añadiendo agua o leche de soja. Las anterioridades incluyen bebidas veganas aptas para celíacos e intolerantes a la lactosa, pero la ventaja técnica que aporta este modelo de utilidad es el hecho de que al presentarse en forma de polvo, su preparación es más fácil, cómoda y rápida, ya que se elabora de forma instantánea para ser consumida. Las reivindicaciones incluyen los porcentajes de proteína, frutas y verduras y aditivos, todo ello en forma de polvo.

ES1216790_U: «*Gazpacho natural de preparación instantánea*», que fue solicitado en agosto de 2018 y concedido en noviembre del mismo año. Las reivindicaciones incluyen los ingredientes y sus porcentajes, así como las etapas de su preparación. Si bien es cierto que en las reivindicaciones de este modelo de utilidad se utiliza la palabra «procedimiento», debemos recordar que en virtud del artículo 137.2 las invenciones de procedimiento no pueden protegerse mediante el modelo de utilidad.

En este caso lo reivindicado no es un procedimiento, sino los ingredientes, las cantidades y los dos pasos que hay que realizar para obtener este producto en la forma reivindicada (composición deshidratada). En el primer paso se elabora la mezcla deshidratada

⁶³ Como nos recuerda la OEPM en el «Manual Informativo para los solicitantes del modelo de utilidad», p. 16.

que contiene el producto que se comercializa en esta forma en el mercado. El segundo paso consiste en la puesta a punto en la que el consumidor final agrega agua hirviendo y agua fría, con lo que se consigue un gazpacho que pasa a tener forma líquida y así queda listo para ser consumido.

En la solicitud del modelo de utilidad se incluye un análisis de las anterioridades incluidas en el estado de la técnica. En primer lugar, se menciona la patente ES2471979 A1, la ventaja que presenta el modelo de utilidad en cuestión frente a dicha patente es el ser una mezcla deshidratada que simplifica la conservación y la comercialización, por lo que supone una ventaja de uso frente a la forma de mezcla viscosa en la que se presenta tal patente.

En segundo lugar, se compara el modelo de utilidad con la patente ES2092964 A1, que reivindica un producto que mezcla ingredientes en forma sólida con ingredientes en forma líquida que se pasteuriza y se empaqueta en frío. Por tanto, el modelo de utilidad en cuestión que se comercializa en forma de mezcla deshidratada representa una ventaja de uso y de elaboración, ya que no necesita pasteurización y no tiene que conservarse en frío lo que facilita su comercialización.

ES1216385_U: «*Salmorejo natural de preparación instantánea*». Se trata de un modelo de utilidad solicitado en agosto de 2018 y concedido en octubre del mismo año. La ventaja que aporta frente a los productos comprendidos en el estado de la técnica es que se trata de un salmorejo natural deshidratado que incluye todos los ingredientes, por lo que simplifica la conservación al no necesitar refrigeración, además facilita la preparación que solo requiere añadir agua y adicionalmente evita desperdicios ya que se puede preparar únicamente la cantidad que se vaya a consumir.

La solicitud menciona que en el estado de la técnica existe un producto parecido con fases de preparación similares (patente ES2471979 A1), pero cuya presentación es en forma de mezcla viscosa que se envasa al vacío.

Al igual que en el modelo de utilidad analizado previamente, no se trata de un procedimiento, por el contrario, las reivindicaciones consisten en los ingredientes, sus porcentajes y dos etapas, una primera que comprende la elaboración industrial del producto y una segunda fase que requiere la adición de agua y posibilita el consumo del salmorejo.

ES1235764_U: «*Mezcla de flor de sal con copos de oro comestible*». Se trata de un modelo de utilidad solicitado en octubre de 2018 que parece estar incurso en un procedimiento de oposiciones. Lo importante es analizar el objeto reivindicado que consiste

en una composición integrada por flor de sal y copos de oro comestible y las proporciones, cuya mejora o ventaja en el ámbito de la alimentación es la de proporcionar un condimento alimentario mediante una forma que aporta un elemento decorativo.

ES1187234_U: «*Preparado vegetal sustitutivo de la carne*». Es un modelo de utilidad que fue solicitado en junio de 2017 y fue concedido en septiembre del mismo año. Se trata de un producto que supone una ventaja frente al estado de la técnica en el que se viene utilizando texturizados de proteínas vegetales para sustituir la carne, pero dichos productos se caracterizan por su alto grado de porosidad, lo cual hace que cuando se hidratan se conviertan en una masa que no se parece a la textura de la carne y cuyo sabor tras cocinarlos tampoco es similar al de los productos cárnicos.

En cambio, el producto reivindicado en el modelo de utilidad en cuestión representa una ventaja en el uso del producto al añadir harina de arroz glutinoso al texturizado de proteína vegetal, con lo que se consigue mejorar la textura y el sabor del producto final y que además éste sea apto para celíacos.

ES1219985_U: «*Producto lácteo fermentado fuente de fibra y probióticos con mermelada vegetal*». Es un modelo de utilidad solicitado en noviembre de 2018 que fue concedido en enero de 2019. Resulta interesante el hecho de que se trata de una invención biotecnológica ya que incluye materia viva, en particular probióticos, los cuales son microorganismos vivos (bacterias). En este modelo de utilidad se incluyen como ingredientes bacterias del género *Lactobacillus* y *Bifidobacterium*.

Sin embargo, el art. 137.2 LP especifica que quedan excluidas de protección bajo la figura del modelo de utilidad aquellas invenciones «que recaigan sobre materia biológica». Dicha expresión, tal y como se destacó en las «XXXII Jornadas de Estudio sobre la Propiedad Industrial e Intelectual» podría ser objeto de varias interpretaciones, en el sentido de que se prohíben productos que contengan materia biológica, o productos que consistan en materia biológica. En dichas jornadas se menciona el hecho de que en Alemania el modelo de utilidad solo excluye los productos que consistan en materia biológica, por lo que es frecuente la utilización de dicha figura para productos que contienen materia biológica.

Por tanto, si en España se acepta la interpretación descrita del modelo de utilidad en Alemania, el hecho de que se trate de un producto que incluya entre sus ingredientes materia viva (bacterias consistentes en probióticos) no impediría su cobertura bajo el régimen de protección jurídica del modelo de utilidad.

Volviendo al análisis del modelo de utilidad en cuestión, los probióticos ya estaban presentes en el estado de la técnica anterior, pero la ventaja práctica en el uso de este producto radica en que incluye entre sus ingredientes fibra vegetal en forma de mermelada. Por tanto, es un producto lácteo que aporta fibra, incluye probióticos con propiedades beneficiosas para la salud y que además tiene un sabor dulce (a pesar de su bajo índice glucémico). Además, el proceso de fabricación incluye la utilización de subproductos de frutas y hortalizas que normalmente no se utilizan. Todas las características mencionadas suponen una mejora en el uso de este producto frente a los productos lácteos anteriores y también añaden una mejora en su proceso de fabricación, al aprovechar subproductos de frutas y hortalizas lo cual contribuye a la sostenibilidad y abarata costes al utilizar subproductos que de otra forma serían desechados.

ES1225766_U: «*Producto de repostería dulce marino*». Es un modelo de utilidad que fue solicitado en marzo de 2019 y fue concedido en mayo del mismo año. Se trata de una masa de galleta que se fabrica con proteína marina. El estado de la técnica incluye innumerables productos de repostería, no obstante, la solicitud indica que ninguno de ellos utiliza pescado como uno de sus ingredientes. La ventaja técnica que aporta la utilización de dicho ingrediente es que son galletas más saludables y con un mayor aporte nutritivo que las ya existentes.

ES2712993 A1: «*Composición aromatizante de uso alimentario pulverizable y procedimiento de uso*». Estamos ante lo que inicialmente fue una solicitud de patente, que fue modificada a la modalidad del modelo de utilidad, como resultado de las objeciones a la concesión de la solicitud de patente.

Dichas objeciones están comprendidas en el examen sustantivo que emitió la OEPM en relación con la solicitud de patente, en el que considera que, de las tres reivindicaciones, la primera y la segunda carecen de novedad y actividad inventiva. En primer lugar, la falta de novedad viene dada, en opinión de la OEPM, debido a que no puede caracterizarse un producto mediante sus propiedades a menos que no sea posible definir la invención de otra forma y que las propiedades descritas en las reivindicaciones 1 y 2 ya están comprendidas en el estado de la técnica.

En segundo lugar, el informe llega a la conclusión de que las reivindicaciones no implican actividad inventiva por resultar de forma evidente para un experto en base al estado de la técnica. En particular se considera que sería evidente para un experto la utilización de alcohol etílico como solvente que facilite la eliminación de dicho solvente por evaporación.

Pero lo anterior no es óbice para que el modelo de utilidad pueda concederse ya que para ello la OEPM no realiza un examen del cumplimiento de los requisitos de novedad y actividad inventiva. Si bien es cierto que, tras su concesión, el modelo de utilidad podría ser objeto de oposiciones por parte de terceros. No obstante, existe la posibilidad de superar dichas oposiciones si en las reivindicaciones 1 y 2 se incluye una mejor definición del producto. Además, el estándar que se utiliza en el análisis de la actividad inventiva de los modelos de utilidad es menos estricto que en las patentes y podría ser que se considere que la utilización del alcohol etílico como solvente no sería muy evidente para un experto en la materia. Más difícil de superar sería la objeción de que los modelos de utilidad no pueden utilizarse para proteger procedimientos, por tanto, lo más probable es que no se puedan reivindicar las referencias relacionadas con el procedimiento.

ES1079015_U: «*Golosina con asidero*». Es un modelo de utilidad que fue solicitado en abril de 2013 y concedido en julio del mismo año. La ventaja o mejora que aporta es que en el estado de la técnica anterior no existen golosinas de caramelo con asidero y con formas que permitan que el consumidor las pueda colorear con tinta comestible, la anterioridad descrita es el modelo de utilidad ES1078604_U consistente en una piruleta decorada, pero que no permite que el consumidor pueda modificar su aspecto.

ES1119860_U: «*Caramelo*». Se trata de un modelo de utilidad solicitado en julio de 2014 y concedido en noviembre del mismo año. La mejora que aporta esta invención es el hecho de que al caramelo se le añade aroma y ornamentación en forma de polvo o limadura que contiene hierbas aromáticas, especias, frutas y otros productos en forma sólida liofilizada o deshidratada. Lo anterior supone una ventaja en su uso (mejor sabor), o en su aspecto decorativo. Se trata de una mejora que no existía en el estado de la técnica en el campo de la confitería y la elaboración de caramelos.

ES1221232_U: «*Colorante alimentario natural*». Es un modelo de utilidad que fue solicitado en noviembre de 2018 y concedido en febrero de 2019. La ventaja técnica que aporta consiste en que se trata de un colorante que se presenta en forma de polvo con un color amarillento (atractivo para el consumidor, que evoca al curry) parecido al azafrán, pero es más barato, sus ingredientes (licopeno y vitamina B2) son naturales y beneficiosos para la salud y proporciona una apariencia visual atractiva sin modificar las propiedades organolépticas de los alimentos, lo que para algunos consumidores es preferible a los condimentos como el azafrán o la cúrcuma que sí modifican el sabor.

La solicitud argumenta que el estado de la técnica incluye alternativas al azafrán y a la cúrcuma, pero son condimentos artificiales elaborados con tartracina (derivado del petróleo) una sustancia que es perjudicial para la salud. Por otra parte, la solicitud se refiere a una anterioridad, la patente ES2176219T3, un colorante que utiliza licopeno pero aporta un color rojo, no amarillo, el cual en el modelo de utilidad solicitado se consigue añadiendo vitamina B2.

ES1196458_U: «*Bebida energética de aloe vera*». Modelo de utilidad solicitado en octubre de 2017 y concedido en enero de 2018. La solicitud indica que, en el campo de la técnica relevante, las bebidas sin alcohol en general y en particular las bebidas energéticas con frutas, no existe la ventaja técnica que aporta esta invención. Dicha ventaja consiste en incluir entre sus ingredientes aloe vera canario de origen orgánico, además de extractos de Guaraná y Ginseng. Sus reivindicaciones incluyen la lista de ingredientes y sus proporciones, pero no detallan el procedimiento de elaboración, que sí se describe en la descripción de la invención cuando se explica cómo ponerla en práctica.

ES1218517_U: «*Mejillón deshidratado*». En este caso la solicitud de modelo de utilidad fue presentada en abril de 2018 pero no fue concedido hasta diciembre del mismo año. La razón principal de que su concesión tardara ocho meses en lugar de los tres meses que suele demorarse es que la solicitud de reducción de tasas se hizo de forma defectuosa, y a ello hay que añadir la detección por parte de la OEPM en su examen de oficio de defectos tales como que el título no coincidía con el encabezado de la descripción y de las reivindicaciones. Además, las reivindicaciones no incluían características técnicas y estaban mal relacionadas.

La ventaja técnica que la solicitud describe en este modelo de utilidad es que el producto se presenta en forma deshidratada, salada y crujiente, lo cual confiere unas propiedades organolépticas y una textura que abren nuevas posibilidades de utilización en su consumo. Aunque la invención se describe como un nuevo proceso para deshidratar y salar en salmuera el mejillón, las reivindicaciones no incluyen un procedimiento para deshidratar y salar, lo que el modelo de utilidad reivindica es el producto que se consigue tras cocinar el mejillón, limpiarlo, salarlo y deshidratarlo.

A lo largo de este trabajo, hemos indicado que los procedimientos no pueden ser objeto de protección mediante el modelo de utilidad sino bajo el régimen jurídico de la patente. En el modelo de utilidad descrito observamos que no se reivindica un procedimiento sino un producto con la ventaja técnica detallada. Podemos comparar lo anterior con la

patente ES2533609 A1 que reivindica un «proceso de elaboración de pasta de puré de mejillón deshidratado».

Si contrastamos las reivindicaciones que incluyen ambas solicitudes puede constatarse que en la patente dichas reivindicaciones detallan el proceso para elaborar la pasta de mejillón, consistente en amasarla, laminarla, cortarla, secarla y enfriarla, especificando los actos que integran cada una de ellas, así como los ingredientes, tiempos y temperatura necesarios para su realización. Por el contrario, la referencia al proceso de elaboración del producto que se reivindica en el modelo de utilidad solo incluye una referencia genérica a limpiar, cocinar, deshidratar y salar el mejillón en salmuera.

VI. CONCLUSIONES

I. La creación culinaria en España puede protegerse mediante patente y modelo de utilidad, derechos exclusivos que protegen las creaciones industriales y que se encuadran en los derechos de propiedad industrial. El objetivo de los derechos de exclusiva que protegen la innovación es impulsar y materializar la actividad investigadora, lo cual redundará en beneficio de la sociedad en conjunto.

II. La concesión de una patente o un modelo de utilidad otorga a su titular un derecho exclusivo de explotación con una duración limitada en el tiempo, de lo cual se derivan varias consecuencias. En primer lugar, los inventores idealmente recibirán la recompensa económica por sus esfuerzos. Asimismo, las invenciones objeto de patentes o modelos de utilidad también beneficiarán a los usuarios y consumidores de los productos que las incorporen.

III. El desarrollo de la investigación y la innovación en la tecnología de los alimentos han tenido como consecuencia que tengamos acceso a productos que nuestra sociedad demanda. La popularización de la alta cocina que tiene lugar actualmente mediante los medios de difusión influencia nuestros hábitos de forma que se ha despertado nuestro interés en productos culinarios de mayor sofisticación. Por todo ello, crece la preocupación de proteger jurídicamente las creaciones culinarias novedosas.

IV. El legislador español ha establecido los requisitos que debe cumplir la patente y el modelo de utilidad. La esencia de dichos requisitos es que la invención aportada por cada una de ellas ha de consistir en una regla técnica. Por una parte, en la patente dicha regla técnica debe consistir en una solución técnica a un problema técnico, mientras que, en el modelo de utilidad, la regla técnica ha de incluir una mejora o ventaja técnica respecto al estado de la técnica existente.

V. En los diferentes ejemplos de las patentes y los modelos de utilidad concedidos en España descritos en este trabajo hemos tenido la oportunidad de analizar el contenido de las reglas técnicas objeto de invención. Así, entre las soluciones aportadas por las patentes analizadas, hemos visto procedimientos de fabricación de aperitivos hortofrutícolas y composiciones de cereales que vienen a dar respuestas a la necesidad de productos saludables. Asimismo, hemos constatado la existencia de patentes que dan respuesta a las demandas de productos que aporten rapidez a la preparación de los alimentos. También

patentes que constituyen alternativas vegetarianas a la carne. Por otra parte, hemos analizado invenciones que consiguen eliminar el gluten y la lactosa. También hemos visto invenciones que dan respuesta a la demanda de productos gourmet y otras que contribuyen a alargar la vida útil de los alimentos.

VI. Asimismo, hemos tenido oportunidad de constatar la existencia de modelos de utilidad cuyas reglas técnicas aportan ventajas o mejoras que se añaden a lo anterior, como composiciones deshidratadas que facilitan la preparación, la conservación y la comercialización de los productos, composiciones que suponen una mejora en sabor y textura, productos lácteos con probióticos que incluyen la ventaja añadida de ser dulces y aportar fibra, productos de repostería más saludables que los previamente existentes.

VII. Las reglas técnicas incluidas en las patentes y modelos de utilidad deben ser analizadas teniendo en cuenta el estado de la técnica, el cual se erige como sustrato en el que se apoyan ambas figuras. La clave es determinar si tales reglas técnicas ya existían anteriormente en el estado de la técnica (requisito de novedad) y, en segundo lugar, si las mismas podrían haber sido deducidas por un experto en la materia (de forma evidente en el caso de las patentes y de forma muy evidente en los modelos de utilidad) en base al estado de la técnica (requisito de actividad inventiva).

VIII. En este sentido, el estado de la técnica está integrado por el contenido del conocimiento divulgado con anterioridad a la solicitud. En el ámbito de la gastronomía el estado de la técnica comprendería el sector agroalimentario en general (alimentos y bebidas), así como las diferentes áreas relacionadas con la tecnología de los alimentos, como la conservación de los mismos, biotecnología aplicada al sector agroalimentario, nutrición, tecnología de nuevos productos, etc. Sin embargo, el estado de la técnica no incluye únicamente el contenido de las patentes y modelos de utilidad anteriores, también incluiría documentos, tratados o publicaciones de cualquier otro tipo que contengan referencias de forma oral o escrita a invenciones culinarias.

IX. Ahora bien, desde el momento en el que se publica una solicitud de patente o modelo de utilidad, el contenido de la misma pasa a formar parte del estado de la técnica. Por tanto, dicho contenido pasa a formar parte del acervo de conocimiento tecnológico que podrá ser utilizado en investigaciones culinarias posteriores. El hecho de que en la solicitud de patente o modelo de utilidad de creaciones culinarias se divulguen sus ingredientes, porcentajes, modo de preparación (recordemos que la invención ha de ser descrita de forma

suficiente que permita su puesta en práctica) se traduce en que dicho conocimiento queda a disposición del público y es una fuente de información que puede ser utilizada por cualquiera.

X. Lo anterior no quiere decir que si se ha obtenido una patente o modelo de utilidad se pueda copiar dicha información para llevar a cabo actos infractores como fabricar productos idénticos o esencialmente equivalentes, ya que ello supondría una vulneración de los derechos exclusivos concedidos a sus titulares. Por el contrario, significa que a partir de tal conocimiento se puede seguir investigando y llegar a otras invenciones novedosas si éstas no hubieran sido evidentes o muy evidentes para un experto. En base a lo anterior podemos afirmar que la protección jurídica que otorgan las patentes y modelos de utilidad a las creaciones culinarias beneficia a la sociedad en su conjunto al promover la investigación y el desarrollo de la tecnología relacionada con una de las necesidades básicas del ser humano, la alimentación.

XI. La decisión de patentar o no una creación culinaria debe ser el resultado de un análisis riguroso en un intento de determinar, en primer lugar, si podemos patentar y en segundo si debemos hacerlo. Por lo tanto, es necesario analizar si dicha creación cumple con los requisitos establecidos en la ley: que sea una invención, no esté excluida de patentabilidad y que cumpla con los requisitos de novedad, actividad inventiva y aplicación industrial, teniendo en cuenta que el requisito de la actividad inventiva tiene un carácter atenuado en el modelo de utilidad en comparación con la patente y también que a pesar de cumplir con los requisitos enumerados, no puede optarse por la vía del modelo de utilidad si la creación culinaria consiste en un procedimiento o en una invención biotecnológica.

XII. El estado de la técnica en que se encuadra la idea culinaria ha de ser concretado ya que puede ocurrir que dicha creación ya haya sido inventada. Con este propósito es preceptivo realizar búsquedas en las bases de datos. No podemos olvidar que lo que impediría que pudiéramos patentar una creación culinaria es que ya hubiera sido ideada anteriormente, lo cual no quiere decir que haya sido patentada, por lo que también habría que consultar documentación técnica relacionada con el campo al que se refiere la invención.

XIII. La concesión de protección para nuestra invención gastronómica por la vía de la patente significaría que la duración de la misma sería 20 años en comparación a los 10 en el modelo de utilidad. Además, la patente representa una opción que aporta más seguridad y por tanto una disminución del riesgo de nuestra inversión, ya que será concedida si supera un examen sustantivo que realiza la OEPM sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos. Por

tanto, una vez obtenida la patente, la protección de nuestra creación culinaria tendrá más solidez que en el caso del modelo de utilidad, en el que no se exige tal examen sustantivo y se concede si no hay oposiciones de terceros, o si éstas son superadas en nuestras contestaciones a las mismas. Además, debemos tener en cuenta que obtener una patente resulta más caro que obtener un modelo de utilidad. También el tiempo que se demora la obtención de la concesión varía, siendo mucho más rápido en el modelo de utilidad (un promedio de tres meses), que en la patente (que puede llegar a tardar casi dos años).

XIV. Cuando consideramos si debemos patentar una creación culinaria, puede ocurrir que la anterior cumpla con los requisitos exigidos, pero puede darse el caso que, en base a los aspectos enumerados como el tiempo y los costes, obtener una patente o modelo de utilidad podría no ser la mejor decisión en virtud de las circunstancias y al plan de negocio en el que se circunscribe dicha creación. La decisión sobre si debemos patentar una creación culinaria y que vía elegir, ha de ser filtrada teniendo en cuenta el tipo de producto culinario de que se trata (producto fresco, con conservación prolongada, para celíacos o intolerantes a la lactosa, etc.), si va dirigido a fabricantes, a consumidores finales, si es un mercado generalista o un mercado selecto de tipo gourmet, entre otros aspectos. También habría que considerar objetivos a corto, medio o largo plazo, así como los recursos de financiación.

XV. Para productos en sectores sometidos a una evolución tecnológica muy rápida sería más razonable conseguir un modelo de utilidad que una patente, ya que existiría una gran probabilidad de que para cuando la patente sea concedida, ya no sea novedoso o no resulte útil. En esta línea, el sector alimentario es enormemente competitivo y además requiere un seguimiento actualizado de la evolución de las necesidades de una sociedad que cada vez es más exigente. Asimismo, es necesario mantenerse al tanto del desarrollo tecnológico de las investigaciones en los diferentes campos conectados con la alimentación. Por ejemplo, si el estado de la técnica relacionado con la celiaquía indica que una cura para la intolerancia al gluten no va a existir en muchos años, la patente resultaría una alternativa más adecuada para una creación culinaria exenta de gluten, pero si el estado de la técnica sugiere que en la próxima década se habrá desarrollado un medicamento que permita la ingesta de gluten, el modelo de utilidad se adaptaría mejor a dichas circunstancias.

XVI. La protección que otorga la patente a las creaciones culinarias adquiere mayor relevancia en un contexto de globalización que se refleja en la internacionalización empresarial y el comercio online. Incluso si nuestra intención fuera expandir el proyecto

relacionado con la creación culinaria y obtener protección para ésta a nivel internacional, resultaría útil, comenzar con la solicitud de una patente nacional en virtud del derecho de prioridad tenemos 12 meses para solicitar una patente europea o PCT. Por otra parte, si nuestro proyecto se circunscribe al territorio español, tanto la patente nacional como el modelo de utilidad podrían ser soluciones adecuadas.

XVII. La patente (o el modelo de utilidad) pueden constituir un valor añadido que refuerce el prestigio y la posición de mercado de una empresa y sus productos, puede ser un aspecto que ayude a diferenciar los productos de una empresa frente a sus competidores. Lo anterior puede permitir una mayor tranquilidad y menor riesgo, siendo conscientes de que el producto patentado no puede ser elaborado y comercializado sin la autorización del titular de la patente/modelo de utilidad (lo cual se extiende a productos esencialmente equivalentes). Adicionalmente el hecho de ser el primer producto patentado con unas determinadas características e ingredientes tiene valor en sí mismo, aunque los competidores lancen al mercado posteriormente productos similares inspirados en la patente, la reputación, la imagen de la empresa resultan reforzadas en la mente de los consumidores.

XVIII. Por otra parte, el valor de la patente/modelo de utilidad en el ámbito de la alimentación puede objetarse alegando que en gastronomía es muy sencillo copiar sustituyendo unos ingredientes por otros. En este sentido podría aducirse que divulgar los ingredientes, porcentajes, forma de preparación de la creación culinaria siempre es contraproducente, ya que los competidores no tardarán en lanzar al mercado productos parecidos que incluso sin infringir la patente/modelo de utilidad en el que se inspiran, sean sustitutivos del producto que constituye el objeto de la patente. Sin embargo, incluso en esas circunstancias, la empresa se podría beneficiar de haber sido la primera en patentar y lanzar el producto, y éste podría ser considerado por los consumidores como el auténtico, el genuino, aunque lo sigan otros productos similares, que probablemente sean más baratos si se tiene en cuenta que se han beneficiado de la investigación tecnológica realizada para el desarrollo del producto patentado.

XIX. Respecto al grado de utilización de la patente y el modelo de utilidad en España de forma general, la OEPM en su página web, «Presentación de las Cifras OEPM 2018 de un vistazo» muestra que, en el año 2018 de las 4.278 invenciones solicitadas, 1.578 fueron patentes y 2.700 modelos de utilidad. Además, se observa un incremento en las solicitudes de un 13% respecto al año anterior (por el aumento de las solicitudes de modelos de utilidad, ya

que el porcentaje de las solicitudes de patentes se mantuvo igual). Hay que tener en cuenta que el periodo analizado es de abril a diciembre (recordemos que la LP 2015 entró en vigor en abril de 2017), y que hubo un gran aumento de las solicitudes de patentes antes de dicha fecha al instaurar la nueva ley el requisito del examen sustantivo en las mismas. Lo anterior confirma la relevancia del modelo de utilidad en la economía española, ya que se erige como una figura clave para la economía española cuyo tejido empresarial está conformado en gran medida por pymes.

XX. Nuestra opinión es que debería incrementarse la concienciación sobre los beneficios que puede reportar la inversión en activos intangibles como las patentes y los modelos de utilidad. Lo anterior es aplicable en general y también en concreto a las creaciones culinarias. En esta línea, ostentar la titularidad de una patente/modelo de utilidad también puede ayudar a conseguir financiación, así podríamos convencer a inversores potenciales para que apoyen un proyecto basado en una creación culinaria cubierta por dichas figuras, ya que ello tendría como consecuencia que la percepción del riesgo en la inversión sea menor.

XXI. Entre los mayores solicitantes de patentes se observa, tal y como indica la página web de la OEPM anteriormente mencionada, la presencia de universidades (como la Universidad Politécnica de Valencia y la de Madrid) y organismos públicos (como la agencia estatal CSIC), pero para que aumente la concienciación sobre el valor de las patentes/modelos de utilidad, y éstas generen riqueza, sería necesario una vez que se ha obtenido protección jurídica mediante patentes/modelos de utilidad para las creaciones culinarias, que tenga lugar la transferencia de tecnología que permita la aplicación práctica de dichas figuras en la economía. Dicho proceso de transferencia tecnológica (mediante cesiones, licencias) necesita apoyo por parte de las administraciones, sobre todo en el ámbito de la tecnología de los alimentos en la que se encuadran las creaciones gastronómicas, y ello es particularmente relevante en un país, como España, en el que la gastronomía tiene un impacto significativo en la economía.

XXII. La tecnología de los alimentos es un sector en auge y existe un gran potencial de desarrollo en el sector agroalimentario. Por tanto, las patentes y/o los modelos de utilidad pueden desempeñar un papel relevante proporcionando protección jurídica a toda una serie de soluciones técnicas consistentes en procedimientos físicos y químicos, procedimientos biológicos, biotecnología y tecnología de nuevos productos de los que se beneficiarán los consumidores y la sociedad en su conjunto.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARONS, M. P. «A Chef's guide to Patent Protection Available for Cooking Techniques and Recipes in the Era of Postmodern Cuisine and Molecular Gastronomy». *Journal of Business and Tech Law* (2015). Fecha de última consulta 4 de Julio de 2019 11:00. Disponible en:
<https://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1238&context=jbtI>
- BELDA SORIANO, L. «Solicitudes de patentes europeas que no reivindican una prioridad española: una decisión arriesgada». *Patentes y Marcas, Blog sobre Propiedad Industrial*. Fecha de última consulta 1 de agosto, 2019, 10:40. Disponible en:
<http://www.madrimasd.org/blogs/patentesymarcas/2019/solicitudes-de-patente-europeas-que-no-reivindican-una-prioridad-espanola-una-decision-arriesgada/>
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. «Introducción a la propiedad intelectual». 19-49. En: BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. *Manual de Propiedad Intelectual*. 8ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2018.
- «Boletines de Información Tecnológica. Sector Agroalimentario». *Oficina Española de Patentes y Marcas*. Fecha de última consulta 5 de enero, 2020, 16:30. Disponible en:
https://www.oepm.es/es/informacion_tecnologica/informacion_gratuita/boletines_de_vigilancia_tecnologica/boletines_oepm_opti/biotecnologia_agroalimentario/index.html
- «Business Methods». *United States Patent and Trademark Office*. Fecha de última consulta 4 de diciembre, 2019. Disponible en:
<https://www.uspto.gov/patents-getting-started/patent-basics/types-patent-applications/utility-patent/patent-business>
- CASTRO ARAGONÉS, J.M., FÁBREGAS SABATÉ, X. «Nueva Ley de patentes». *Diario La Ley*, N.º 8675, 5 de enero de 2016, Ref. D-5.
- DESANTES REAL, M. «La patente europea con efecto unitario, bendecida por el Tribunal de Justicia. Reflexión sobre alguna de las consecuencias para el Derecho de la UE de las Sentencias de 5 de mayo de 2015 (C-146/13 y C-147/13)». *La Ley Unión Europea*, N.º 28, 28 de Julio de 2015. LA LEY 4707/2015.
- «Directrices de Examen de Solicitudes de Patentes (Ley 24/2015). Departamento de patentes e información tecnológica. Oficina Española de Patentes y Marcas, enero 2019». *Oficina Española de Patentes y Marcas*. Fecha de última consulta 3 de julio, 2019, 18:30. Disponible en:
http://www.oepm.es/export/sites/oepm/comun/documentos_relacionados/Inventiones_Ley_24_2015/2019_02_07_Directrices_Examen_Patentes.pdf

- «España se coloca entre los 10 países más vegetarianos del mundo». Fecha de última consulta 28 de enero, 2020, 12:42. Disponible en: <https://www.larazon.es/familia/espana-se-coloca-entre-los-10-paises-mas-vegetarianos-del-mundo-LG24555187/>
- «Estudio adicional sobre la actividad inventiva (primera parte)». *OMPI, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*. Fecha de última consulta 10 de agosto, 2019, 12:08. Disponible en: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/es/scp_28/scp_28_4.pdf
- «Estudio adicional sobre la actividad inventiva (segunda parte)». *OMPI, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*. Fecha de última consulta 10 de agosto, 2019, 13:04. Disponible en: https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=420570
- «Estudio de Intolerancia a la lactosa. 2017». Fecha de última consulta 1 de julio de 2019 10:40. Disponible en: <https://www.quepuedocomer.es/wp-content/uploads/2017/04/Estudio-Intolerancia-a-la-Lactosa-2017.pdf>
- FERNÁNDEZ-NOVOA, C. OTERO LASTRES, JM. BOTANA AGRA, M. *Manual de la Propiedad Industrial*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons. 2017.
- «Historia de la Cocina Molecular». *Ferran Adrià Cocina Molecular*. Fecha de última consulta 12 de junio, 2019, 10:30. Disponible en: <https://sites.google.com/site/ferranadriacocinamolecular/historia-de-la-cocina-molecular>
- «How to apply for a European Patent». *European Patent Office*. Fecha de última consulta 16 de agosto, 2019, 19:15. Disponible en: <https://www.epo.org/applying/basics.html>
- ÍÑIGUEZ ORTEGA, P. «Comentario a la decisión de la cámara de recursos de la oficina europea de patentes de 4 de febrero de 2014. caso t-2221/2010)». *La Ley Mercantil, Sección Propiedad Intelectual e Industrial* N.º 7, octubre de 2014. LA LEY 7848/2014.
- JOHNSON, A. «Will 2019 be the year of the UPC? ». *Bristows*. Fecha de última consulta 19 de agosto, 2019, 15:15. Disponible en: <https://www.bristowsupc.com/commentary/will-2019-be-the-year-of-the-upc/>
- «Jornada, la Protección de las Variedades Vegetales y Otros Derechos de Propiedad Industrial en el desarrollo de la Agricultura, 11 de junio 2015». Oficina Española de Patentes y Marcas. Fecha de última consulta 20 de julio 2019, 10:30. Disponible en: http://www.oepm.es/export/sites/oepm/comun/documentos_relacionados/Ponencias/86_00_Ponencias_Jornada_Varietades_Vegetales.pdf
- «XXXII Jornadas de Estudio sobre la Propiedad Industrial e Intelectual». Publicación nº51 del Grupo Español de la AIPP, 2017.

- «La batalla de los gazpachos envasados». Fecha de última consulta 8 de agosto 2019 11:30. Disponible en: https://sevilla.abc.es/economia/sevi-batalla-gazpachos-ensados-201605272129_noticia.html
- «La gastronomía en la economía española. Impacto económico de los sectores asociados». KPMG, 2019. Fecha de última consulta 2 de junio, 2019 11:50. Disponible en: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/es/pdf/2019/01/gastronomia-en-economia-espanola.pdf>
- «La Patente Europea, si tienes una invención, una marca o un diseño, regístralo», *Oficina Española de Patentes y Marcas*. Fecha de última consulta 10 de julio 2019 12:30. Disponible en: http://www.oepm.es/export/sites/oepm/comun/documentos_relacionados/Publicacion/es/Folletos/La_Patente_Europea.pdf
- «La situación de las personas con enfermedad celiaca en España». Fecha de última consulta 3 de julio, 2019 12:35. Disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2017/04/Celiaquia_2017-1.pdf
- «Manual Informativo para los solicitantes del modelo de utilidad». Fecha de última consulta 10 de enero, 2019 9:30. Disponible en: http://www.oepm.es/export/sites/oepm/comun/documentos_relacionados/Invenciones/Manual_Solic_Modelos_de_Utilidad.pdf
- «OMPI Revista, Dilucidar el sentido de la Patente Unitaria Europea». *OMPI, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*. Fecha de última consulta 18 de agosto, 2019, 17:40. Disponible en: https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2014/03/article_0003.html
- «PCT – El sistema internacional de patentes». *OMPI, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*. Fecha de última consulta 6 de junio, 2019, 18:50. Disponible en: <https://www.wipo.int/pct/es/>
- “Presentación de las Cifras OEPM 2018 de un vistazo”. Fecha de última consulta 6 de febrero 2020 16:10. Disponible en: http://www.oepm.gob.es/es/sobre_oepm/noticias/2019/2019_04_02_PresentacionCifrasOEPM2018vistazo.html. 1
- «Preguntas más frecuentes». *OMPI, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*. Fecha de última consulta 12 de agosto, 2019, 16:30. Disponible en: <https://www.wipo.int/sme/es/faq/index.htm>

- «Preguntas más frecuentes, ¿Se pueden proteger como patentes las ideas de negocio?». *Oficina Española de Patentes y Marcas*. Fecha de última consulta 10 de junio, 2019, 10:30. Disponible en: https://www.oepm.es/es/propiedad_industrial/preguntas_frecuentes/FaqCuestiones06.html?modalidadFaq=noSel
- «Protección provisional en España de una solicitud de patente europea». *Oficina Española de Patentes y Marcas*. Fecha de última consulta 18 de agosto, 2019 17:10. Disponible en: https://www.oepm.es/export/sites/oepm/comun/documentos_relacionados/varios_todas_modalidades/Folleto_explicativo_Proteccion_provisional_en_espaniol.pdf
- ROBERT GUILLÉN, S. *Alta cocina y derecho de autor*. 1ª ed. Madrid: Reus, 2017
- «Unitary Patent & Unified Patent Court». *European Patent Office*. Fecha de última consulta 19 de agosto, 2019, 19:10. Disponible en: <https://www.epo.org/law-practice/unitary.html>
- «Unitary Patent Guide». *European Patent Office*. Fecha de última consulta 19 de agosto, 2019, 20:05. Disponible en: https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/upg/e/uppg_a_v_2.html
- VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, M. *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad, el alcance y la violación del derecho de patente*. 1ª ed. JM Bosh Editor S.A. 2005.
- «Validaciones de patentes europeas». *Oficina Española de Patentes y Marcas*. Fecha de última consulta 18 de agosto, 2019, 18:35. Disponible en: https://www.oepm.es/export/sites/oepm/comun/documentos_relacionados/varios_todas_modalidades/Folleto_explicativo_Proteccion_Definitiva_en_espaniol.pdf

VIII. ANEXOS

1. Fuentes normativas

De ámbito internacional

- Protocolo por el que se modifica el Convenio firmado en París el 22 de noviembre de 1928, relativo a las Exposiciones Internacionales, un Apéndice, una Recomendación y ocho Declaraciones, hecho en París el 30 de noviembre de 1972. *Boletín Oficial de Estado* de 13 de abril de 1981, núm. 88, p. 7984.
- Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT) de 19 de junio 1970, enmendado el 2 de octubre de 1979 y modificado el 3 de febrero de 1984. Instrumento de Adhesión, *Boletín Oficial del Estado* de 7 de noviembre de 1989, núm. 267, p. 34846.
- Convenio de Múnich sobre Concesión de Patente Europea de 5 de octubre de 1973. Instrumento de Adhesión de 10 de Julio de 1986, *Boletín Oficial del Estado* de 30 de septiembre de 1986, núm. 234, p. 33353.
- Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, hecho en París el 2 de diciembre de 1961 y el acta adicional, hecha en Ginebra el 10 de noviembre de 1972. Instrumento de Adhesión de 21 de marzo de 1989. *Boletín Oficial del Estado* del 9 de junio de 1989, núm. 138, p. 12612.
- Convenio sobre la Diversidad Biológica, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992. Instrumento de Ratificación. *Boletín Oficial del Estado* de 1 de febrero de 1994, núm. 27, p. 3113.
- Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), de 15 de abril de 1994. Instrumento de Ratificación. *Boletín Oficial del Estado* de 24 de enero de 1995, p. 341.
- Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica, hecho en Nagoya el 29 de octubre de 2010. Instrumento de Ratificación. *Boletín Oficial del Estado* de 20 de agosto de 2014, núm. 20, p. 65825.

De ámbito comunitario

- Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 1998 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. *Diario Oficial de la Comunidad Europea* de 30 de julio de 1998, núm. 213, p. 13.

- Recomendación 2003/361/CE, de la Comisión de 6 de mayo de 2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas. *Diario Oficial de la Unión Europea* de 20 de mayo de 2003.
- Reglamento (UE) Nº 1257/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2012 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente. *Diario Oficial de la Unión Europea* de 31 de diciembre de 2012, núm. 361, p. 1.
- Reglamento (UE) Nº 1260/2012 del Consejo de 17 de diciembre de 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente en lo que atañe a las disposiciones sobre traducción. *Diario Oficial de la Unión Europea* de 31 de diciembre de 2012, núm. 361, p. 89.
- Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes, *Diario Oficial de la Unión Europea* de 20 de junio de 2013 núm. 175, p. 1.
- Reglamento 511/2014 del Consejo, de 16 de abril de 2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las medidas de cumplimiento de los usuarios del Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización en la Unión. *Diario Oficial de la Unión Europea* de 20 de mayo de 2014.

De ámbito nacional

1. Legislación española

- Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes. *Boletín Oficial del Estado* de 26 de marzo de 1986, núm. 73, p. 11188.
- 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. *Boletín Oficial del Estado* de 22 de abril de 1996, núm. 97.
- Ley 3/2000 de 7 de enero de Régimen jurídico de la Protección de las Obtenciones Vegetales. *Boletín Oficial del Estado* de 10 de enero de 2000, núm. 8, p. 885.
- Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. *Boletín Oficial del Estado* de 24 de julio de 2015, núm. 177, p. 62765.
- Real Decreto 316/2017 de 31 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 23/2015, de 24 de julio, de patentes. *Boletín Oficial del Estado*, de 1 de abril de 2017, núm. 78, p. 25281.

2. Legislación de EE.UU

- 125 Stat. 284 Leahy-Smith America Invents Act (2011). Disponible en:
<https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-125/pdf/STATUTE-125-Pg284.pdf>
- Title 35 United States Code § 100-105 (2012). Disponible en:
<https://uscode.house.gov/download/download.shtml>

2. Fuentes jurisprudenciales

- STS de 3 de julio de 2019 (RJ 2244/2019).
- STS de 13 de julio de 2017 (RJ 2911/2017).
- STS de 18 de mayo de 2017 (RJ 1937/2017).
- STS de 10 de mayo de 2017 (RJ 4251/2017).
- STS de 3 de mayo de 2017 (RJ 1653/2017).
- STS de 20 de mayo de 2016 (RJ 2139/2016).
- STS de 18 de junio de 2015 (RJ 3194/2015).
- STS de 29 de abril de 2015 (RJ 1940/2015).
- STS de 14 de abril de 2015 (RJ 1703/2015).
- STS de 7 de noviembre de 2014 (RJ 4845/2014).
- STS de 30 de abril de 2014 (RJ 1766/2014).
- STS de 12 de julio de 2013 (RJ 4811/2013).
- STS de 12 de junio de 2013 (RJ 3503/2013).
- STS de 5 de noviembre de 2012 (RJ 9149/2012).
- STS de 18 de julio de julio de 2011 (RJ 5384/2011).
- STS de 31 de mayo de 2011 (RJ 3148/2011).
- STS de 10 de mayo de 2011 (RJ 4270/2011).
- STS de 27 de abril de 2001 (RJ 3403/2011).
- STS de 14 de junio de 2010 (RJ 3063/2010).
- STS de 4 de septiembre de 2006 (RJ 5222/2006).
- STS de 28 de octubre de 2005 (RJ 2654/2005).
- STS de 22 de abril de 2002 (RJ 2840/2002).
- STS de 21 de julio de 2000 (RJ 6150/2000).
- STS de 15 de enero de 1999 (RJ 69/1999).
- STS de 30 de enero de 1996 (RJ 508/1996).
- STS de 31 de mayo de 1994 (RJ 4224/1994).
- STS de 18 de noviembre de 1991 (RJ 6375/1991).
- Audiencia Provincial de la Rioja, sección 1ª, Sentencia 295/2019 de 4 de julio de 2019, Rec. 198/2018.

- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Sentencia 281/2005 de 7 de junio, Rec. 80/2003.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia 623/2017 de 13 de septiembre, Rec. 735/2015.
- Juzgado de lo Mercantil nº1 de Valencia, Sentencia 456/2016 de 7 de diciembre de 2016, Rec. 337/2016.

3. Índice de patentes

- AIRES VIRGEN EXTRA, S.L. *Producto de repostería dulce marino*. España. ES1225766_U.16/05/2019.
- ALBA CAÑETE, FRANCISCO. *Procedimiento de obtención de una salsa picante y producto obtenido*. España. ES2683078A1. 05/07/2019.
- ALCAZAR LIDUEÑA, EUSEBIO. *Mejillón deshidratado*. España. ES1218517_U. 19/12(2018).
- ALFONSO GARCÍA LÓPEZ, S.A. *Proceso de elaboración de pasta de puré de mejillón deshidratado*. España. ES2533609 A1.15/01/2016.
- ALIMENTOS DEL VALLE, S.A. *Nuevo gazpacho envasado*. España. ES2092965 A1. 21/5/1997.
- BALAZANT MEIRAS, MARÍA TERESA. *Caramelo mejorado con elementos vegetales naturales en su interior*. España. ES1078604_U. 06/05/2003.
- BIOINCA, S.L. *Composición a base de quínoa y gofio, así como otros componentes como cacao y harina de arroz*. España. ES2564739 A1. 23/09/2016.
- CASANOVA BLANES, ESTHER. *Procedimiento para la elaboración de bombones con relleno de hierbas aromáticas*. España. ES2543644 A1. 03/03/2016.
- CHAMORRO RÓDRIGUEZ, DAVID. *Proceso de fabricación de productos lácteos de origen vegetal*. España. ES2657508 A1. 08/05/2019.
- CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS (CSIC). *Procedimiento para la optimización de propiedades organolépticas en productos vegetales que contienen pigmentos clorofílicos*. España. ES2627728 A1. 03/05/2018.
- CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS. *Producto lácteo fermentado fuente de fibra y probióticos con mermelada vegetal*. España. ES1219985_U. 21/01/2019.
- DELICATOP S.L. *Hamburguesa de pulpo y método para su elaboración*. España. ES2673670 A1. 25/6/2018.
- DEPROVE S.L. *Composición panificable exenta de gluten*. España. ES2663220 A1. 18/01/2019.
- DESARROLLOS Y PROMOCIONES VEGETARIANAS, S.L. *Composición panificable exenta de gluten*. España. ES26632220 A1. 11/04/2018.
- DESARROLLOS Y PROMOCIONES VEGETARIANAS, S.L. *Preparado vegetal sustitutivo de la carne*. España. ES1219489_U. 25/09/2017.

- DULCESA, S.L.U. *Método e instalación para fabricar bizcocho de múltiples capas, así como el bizcocho obtenido*. España. ES2716851 A1. 26/11/2019.
- EL POZO ALIMENTACIÓN. *Producto alimenticio en base a carne con propiedades nutricionales mejoradas*. España. ES2566984 A1. 07/02/2017.
- FOODTERAPIA, S.L. *Composición vegana en forma de polvo*. España. ES1219489_U. 09/01/2019.
- FOODTERAPIA,S.L. *Composición vegana en forma de polvo*. España. 09/01/2019.
- FUNDACIÓN TECNALIA RESEARCH & INNOVATION, CENTRO NACIONAL DE TECNOLOGÍA Y SEGURIDAD ALIMENTARIA Y CENTRO TECNOLÓGICO AGROALIMENTARIO EXTREMADURA. *Una cepa de sporobolomyces roseus para la producción de composiciones con propiedades colorantes y antioxidantes*. ES2667433 A2 (fase nacional de Solicitud PCT, 28/07/2016).
- GEMITI, FRANCESCO. *Bebida energética de aloe vera*. España. ES1196458_U. 23/01/2018.
- GÓNZALEZ Y VAQUERO. *El producto alimenticio fabada en conserva*. España. ES0096851 A1. Fecha de solicitud 08/02/1926, no se ha podido constatar la fecha de concesión.
- GRANIZADOS MARESME, S.L.L. *Composición aromatizante de uso alimentario pulverizable y procedimiento de uso*. España. ES2712993 A1. Pendiente de concesión.
- GRUPO TRUSANTO S.L. *Procedimiento de preparación de paellas y fideuás*. España. ES2610970 A1. 1/02/2018.
- HAASE, CORINNA. *Conjunto con un robot de cocina y un sistema de ordenador*. ES2640788T3 (traducción de patente europea EP2874031. Alemania. 16/08/2017).
- IDOETA LARREA, GAIZKA. *Método para la obtención de aperitivos crujientes elaborados a partir de frutas o verduras*. España. ES2666381 A1. 13/02/2019.
- INDUSTRIAS DEL BIERZO, S.A. *Procedimiento industrial para la elaboración de tortilla*. España. ES2331168 A1. 08/09/2010.
- INDUSTRIAS DEL BIERZO, S.A. *Procedimiento para la elaboración industrial de tortilla*. España. ES2331168 A1. 08/09/2010.
- INSTITUTO TECNOLÓGICO AGRARIO DE CASTILLA Y LEÓN (ITACYL). *Procedimiento de fabricación de un aperitivo (snack) hortofrutícula*. España. ES2547262 A1. 05/07/2016.
- LALLEMAN S.A.S. *Procedimiento de rehidratación de levaduras secas activas y medio de rehidratación*. ES2269015 T1 (traducción de patente europea EP1395649 A0, Francia. 22/10/2008).

- LIQUATS VEGETALS S.A. *Procedimiento de esterilización en continuo de un producto líquido*. ES2671140 T3 (Traducción de patente europea, España, 28/02/2018).
- LYCORED NATURAL PRODUCTS INDUSTRIES LTD. *Productos colorantes naturales*. ES2176219 T3 (traducción de patente europea. 15/05/2002).
- MARÍN GALVÍN, MARÍA DOLORES. *Procedimiento de obtención de concentrados alimenticios y productos obtenidos*. España. ES2471979 A1. 31/03/2015.
- MONTOYA SACRISTAN, BRIAN. *Esferificación de crustáceos y moluscos*. España. ES2704200A1. Pendiente de concesión.
- PERADEJORDI CANTALLOPS, ENRIC. *Golosina con asidero*. España. ES1079015_U. 003/07/2013.
- RODRÍGUEZ-PINA HIGUERAS, RAFAEL. *Gazpacho natural de preparación instantánea*. España. ES1216790_U.08/11/2018.
- RODRÍGUEZ-PINA HIGUERAS, RAFAEL. *Salmorejo natural de preparación instantánea*. España. ES1216385_U. 23/10/2018
- ROSALES GALIÑANES, EULOGIO. *Método para la fabricación de papel alimenticio a base de algas y papel alimenticio obtenido*. ES2715052 A1. 30/09/2019.
- SÁNCHEZ ABAD, LUZ DIVINA. *Caramelo*. España. ES1119860_U. 11/11/2014.
- SODOTECH. *Procedimiento y sistema de envasado a vacío profundo de un producto alimenticio sin líquido de cobertura*. ES2673171 T3 (traducción de patente europea, Francia, 03/14/2018).
- SORIA NATURAL, S.A. *Producto alimentario sustitutivo de la carne*. España. ES2391518 A1. 03/01/2014.
- TINARS, S.L. *Método de preparación de un milhojas de patata envasado, y milhojas de patata obtenidos*. España. ES2582683 A1. 03/07/2017.
- TROPICANA AL VALLE, S.L. *Procedimiento para la preparación de un nuevo gazpacho envasado*. España. ES2092964 A1. 21/05/1997.
- UBEDA RODRÍGUEZ, MARÍA DE LA O. *Mezcla de flor de sal con copos de oro comestibles. Usos y utilidades*. España. ES1235764_U. Pendiente de concesión.
- UNIVERSIDAD DE CÁDIZ. *Aderezo de vinagre de jerez aderezado con algas de estero y procedimiento de obtención*. España. ES2681068. 20/02/2019.
- UNIVERSIDAD DE CÁDIZ. *Mousse de algas frescas*. España. ES2425606 A1. 29/01/2014.

- UNIVERSIDAD DE LEÓN. *Pan sin gluten que contiene algas de la especie Himanthalia elongata*. España. ES2675948 A1. 06/03/2019.
- VERDÚ CANTÓ SAFFRON SPAIN, S.L. *Colorante alimentario natural*. España. ES1221232_U. 14/02/2019.
- VINAY SHIVAIAH. *Automatización de cocina accionada por receta de preparación de alimentos*. EE.UU. US 20170354294 A1. 23/04/2019.
- XEXPRIMIR, S.L. *Procedimiento para la conservación de zumo fresco de cítricos y granadas*. España. ES2669429 A1. 14/03/2019.