

**UN «SABOR» ES SUSCEPTIBLE DE SER OBJETO DE PROTECCIÓN POR  
EL DERECHO DE AUTOR (COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL  
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 13 DE NOVIEMBRE  
DE 2018)**

A "FLAVOR" COULD BE PROTECTED BY COPYRIGHT (COMMENTARY TO THE  
JUDGMENT OF THE EUROPEAN UNION COURT OF JUSTICE OF 13TH OF  
NOVEMBER 2018)

**RESUMEN**

En el presente artículo analizamos la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 13 de noviembre de 2018, que por primera vez ha tratado la cuestión de la protección de un «sabor» por el Derecho de autor.

**Palabras clave:** Propiedad intelectual, sabor, obra culinaria, flavor.

**ABSTRACT**

In this article we analyze the judgement of the European Union Court of Justice of 13th of November 2018, which for the first time has addressed the issue of the protection of a "flavor" by copyright.

**Keywords:** Intellectual property, taste, culinary work, flavour.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: ANTECEDENTES DE HECHO.- II. FONDO DEL ASUNTO: IMPRECISIONES CONCEPTUALES Y CONTRADICCIONES DE LA SENTENCIA QUE PONEN DE MANIFIESTO UNA DECISIÓN JUDICIAL PRECIPITADA.- III. LA «FORMA GUSTATIVA» Y SU INADECUADA ASIMILACIÓN A LA «FORMA OLFATIVA» DE UN PERFUME. UNA OBRA CULINARIA NO ES SOLO UNA FORMA GUSTATIVA.- IV. LA INCLUSIÓN DE

LAS FORMAS GUSTATIVAS EN LA DEMARCACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR.- V. CONCLUSIÓN.

**SUMMARY:** I. INTRODUCTION: FACTUAL BACKGROUND.- II. MERITS OF THE CASE: INACCURACIES AND CONTRADICTIONS IN JUDGMENT WHICH REVEAL A HASTY JUDICIAL DECISION.- III. THE «GUSTATORY FORM» AND ITS INAPPROPRIATE ASSIMILATION TO THE «OLFACTORY FORM» OF A PARFUM. A CULINARY WORK IS NOT ONLY A GUSTATORY FORM.- IV. INCLUSION OF GUSTATORY FORMS IN THE BOUNDARY OF COPYRIGHT.- V. CONCLUSION.

## **I. INTRODUCCIÓN: ANTECEDENTES DE HECHO**

La sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 2018, dictada en el asunto C-310/17, resuelve una petición de decisión prejudicial interesada por el Tribunal de Apelación de *Atnhem-Leuwarda (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden)* de los Países Bajos entorno a la admisión de las creaciones destinadas a ser percibidas por el sentido del *gusto* en el marco del Derecho de autor continental.

La petición de decisión de prejudicial se presentó por el referido tribunal en el marco de un litigio entre las empresas *Levola Hengelo B.V.*, quien comercializa el denominado «Heksenkaas», y *Smilde Foods B.V.*, quien fabrica, desde el año 2014, el «Witte Wievenkaas», ambos productos consistentes en salsas de queso con hierbas aromáticas.

En el año 2007, el cocinero Sr. Denis Voerman creó la crema de queso que denominó «heksenkaas» y que comercializó con gran éxito, inicialmente en su tienda de *Haaksbergen* y, posteriormente, a través de la empresa productora y distribuidora de productos lácticos *Zuivelhoeve*, filial holandesa de *Levola Hengelo B.V.*, cediéndole a esta sus derechos de propiedad intelectual sobre el «heksenkaas» mediante contrato de fecha 21 de junio de 2011.

En el año 2015, *Levola Hengelo B.V.* interpuso demanda contra *Smilde Foods B.V.* por considerar que el «sabor» («*smaak*») del «Witte Wievenkaas» era una reproducción no autorizada del «sabor» de su «Heksenkaas», y solicitó al Tribunal de

Primera Instancia de Gelderland (*Rechtbank Gelderland*) que declarara que el «sabor» del «Heksenkaas» era una creación original protegible por el Derecho de autor y que «Witte Wievenkaas» infringía sus derechos de propiedad intelectual.

Si bien el Tribunal en su sentencia no se opuso a que un «sabor» pudiera ser considerado una obra protegible por el Derecho de autor, consideró que no era posible en aquel caso pronunciarse sobre el particular toda vez que la demanda no describía el supuesto objeto del que se pretendía su protección, más allá de la mención de los ingredientes que componían el «Heksenkaas». A más abundamiento, según el Tribunal, una *descripción objetiva* de un «sabor» no le parecía posible al entender que su percepción resulta variable de una persona a otra. En su demanda, *Levola Hegelo B.V.* señaló que pretendía la protección del «sabor» de su producto, y que definía como la «*impresión de conjunto producida por el consumo de un alimento en los órganos sensoriales del gusto, incluida la sensación bucal percibida a través del tacto*», pero ni explicaba ni describía el supuesto «sabor»<sup>1</sup>.

Cabe destacar que también en el año 2014 *Levola Hegelo B.V.* había interpuesto idéntica demanda contra la empresa *European Food Company B.V.*, quien fabrica la crema de queso para untar denominada «Magic Cheese». En este caso, y a diferencia del anterior, *Levola Hegelo B.V.* solicitó la adopción de medidas cautelares ante el *Rechtbank Den Haag* (Tribunal de Primera Instancia de la Haya), y que fueron admitidas por el Juez instructor en base a su propia degustación de los productos y que conformó su parecer acerca de que el «sabor» de ambos era muy similar. Asimismo, dicha percepción fue completada por el convencimiento que le brindaron los informes de expertos y otra documentación aportada por *Levola Hegelo B.V.* acerca de la existencia de la *originalidad* del «Heksenkaas», revelándose, según el parecer del Juez, *elecciones creativas personales* y la no constancia de una *creación similar anterior*. Asimismo, para la adopción de las medidas cautelares solicitadas, invocó la doctrina del Tribunal Supremo de los Países Bajos (*Hoge Raad der Nederlanden*) contenida en la sentencia *Kecofa / Lancôme* del año 2006 (LJN AU8940), que había admitido la protección de la *forma olfativa* de un perfume por el Derecho de autor<sup>2</sup>. A pesar de todo

---

<sup>1</sup> *Vid.* apartado núm. 4.6 de la sentencia del *Rechtbank Gelderland* de 10 de junio de 2015 (C/05/272772 / HA ZA 14-603).

<sup>2</sup> Auto del *Rechtbank Den Haag* de 13 de enero de 2015 (KG RK 14-2549).

ello, el *Rechtbank Den Haag* desestimó finalmente la demanda por sentencia de fecha 3 de mayo de 2017<sup>3</sup>. El pronunciamiento judicial señaló que ni la demanda ni el informe del experto aportado a las actuaciones judiciales describían, ni siquiera mínimamente, el «sabor» del que se pretendía la protección. Según el Tribunal, a dichos efectos, era «*posible cualquier forma de descripción*» («*Zoals hiervoor is gebleken is (enige vorm van) omschrijving wel degelijk mogelijk*»), sin embargo, *Levola Hegelo B.V.* no aportó descripción alguna<sup>4</sup>. Por otra parte, según la sentencia, de la lista de ingredientes tampoco pueden dar una indicación del «sabor». El argumento de la empresa para justificar su negativa fue que no existe requisito legal alguno que exija aportar una *descripción* de la obra a los efectos de confirmar la existencia de una creación merecedora de protección por el Derecho de autor. El Tribunal no negó que un «sabor» pudiera ser objeto del Derecho de autor, pero *Levola Hegelo B.V.* no había cumplido con una mínima «prueba de trabajo» («*werktoets*») a los efectos de acreditar aquellos elementos que deben protegerse por el Derecho de autor y, en consecuencia, no podía acceder a su petición.

De forma similar, y por los mismos motivos alegados ante el *Rechtbank Den Haag*, en las actuaciones seguidas ante el *Rechtbank Gelderland* tampoco *Levola Hegelo B.V.* había descrito en su demanda, ni siquiera someramente, el «sabor» del que solicitaba la protección, y tampoco solicitó medidas cautelares ni el examen *organoléptico* del producto por el Tribunal, si bien la evaluación de las características organolépticas a través de la *degustación* o por otras vías (v.gr. sobre la base de una descripción de la composición físico-química si la misma puede ser relevante a los efectos de explicar o describir el «*sabor, el olor y la apariencia*» de un producto), es una facultad del Juez admitida por el Tribunal Supremo de los Países Bajos en su sentencia de 19 de septiembre de 2014<sup>5</sup>.

Contra la sentencia desestimatoria del *Rechtbank Gelderland*, el demandante *Levola Hegelo B.V.* apeló ante el *Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden*, quien suspendió el procedimiento judicial y planteó al TJUE diversas cuestiones prejudiciales respecto de

---

<sup>3</sup> Sentencia del *Rechtbank Den Haag* de 3 de mayo de 2017 (C/09/486237 / HA ZA 15-428).

<sup>4</sup> Apartados 4.18 y 4.19 de la referida sentencia del *Rechtbank Den Haag* de 3 de mayo de 2017 (C/09/486237 / HA ZA 15-428).

<sup>5</sup> *Vid.*, entre otras, la sentencia del *Hoge Raad der Nederlanden* de 19 de septiembre de 2014 (12/05326–ECLI:NL:HR: 2014:2708).

las que el Tribunal de Justicia únicamente respondió a la primera, y en concreto y fundamentalmente, a la cuestión: «¿Se opone el Derecho de la Unión a que el sabor de un alimento, como creación intelectual propia de su autor, quede protegido por el derecho de autor?».

## II. FONDO DEL ASUNTO: IMPRECISIONES Y CONTRADICCIONES DE LA SENTENCIA QUE PONEN DE MANIFIESTO UNA DECISIÓN JUDICIAL PRECIPITADA

La cuestión planteada por el *Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden* ante el TJUE se centra en la interpretación de los artículos 2 a 5 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, y dilucidar si, como expresa el *Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden*, un «sabor» («*smaak*») puede ser considerado una «obra» en el sentido de los referidos artículos.

Una primera cuestión que debe destacarse es que ni el *Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden* en el planteamiento de sus cuestiones prejudiciales, ni el TJUE, ni el Abogado General Sr. Wathelet en sus conclusiones, concretan, explican o describen qué deben entenderse por el vocablo «sabor» que reiteran, a los efectos de delimitar dicho concepto precisamente en aras a determinar su inclusión o no en el otro concepto *meta-jurídico* que es el de *obra* o creación protegible por el Derecho de autor.

La sentencia del TJUE, siguiendo el sentir del Abogado General, parece equiparar el concepto de «sabor» con el de «olor», y en su apartado 24 afirma que la *Cour de Cassation* en Francia había desestimado «*categóricamente, en particular, en su sentencia de 10 de diciembre de 2013 (FR:CCASS:2013:CO01205), la posibilidad de que la protección de los derechos de autor se extienda a un olor*». Dicha afirmación contiene varias imprecisiones relevantes que conviene apuntar.

Es conocida la reiterada doctrina de los tribunales menores franceses, y también la del Tribunal Supremo de los Países Bajos, acerca de la protección de lo que se denomina la «forma olfativa» de un perfume y su distinción del concepto de «olor», definiendo aquella como la sucesión e interacción de «olores» en una combinación

creativa de dichas distintas esencias aromáticas<sup>6</sup>. Es conocido también el cambio de criterio de la *Cour de Cassation* francesa respecto de sus propias sentencias anteriores y que precisamente acaece en la sentencia de 10 de diciembre de 2013 invocada por el TJUE, en el sentido de establecer, en contra del criterio sostenido hasta entonces, que «no puede negarse de forma general y abstracta» que la forma olfativa de un perfume pueda considerarse una obra protegible por el Derecho de autor: «[...] *l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle protège toutes les oeuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination; que la fragrance d'un parfum est ainsi susceptible de constituer une oeuvre de l'esprit protégeable au titre du Livre I du Code de la propriété intellectuelle dès lors que, révélant l'apport créatif de son auteur, il est original; qu'en retenant de façon générale et abstraite que la fragrance d'un parfum procéderait de la mise en oeuvre d'un savoir-faire et ne constituerait pas la création d'une forme d'expression pouvant bénéficier de la protection des oeuvres de l'esprit par le droit d'auteur, la Cour d'appel, qui, sans même s'interroger sur l'originalité du parfum TRESOR en litige, a ainsi refusé, par principe, toute protection au titre des droits d'auteur à la fragrance d'un parfum, a violé ensemble les articles L. 112-1 et L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle*»<sup>7</sup>.

Por lo tanto, lo que establece la sentencia del TJUE en su apartado núm. 24 en relación con la sentencia de la *Cour de Cassation* de 10 de diciembre de 2013 dista muy significativamente del verdadero contenido de la misma, pues esta no rechaza que una «forma olfativa» pueda llegar a erigirse en una obra protegible por el Derecho de autor. Y en relación con ello, tampoco es cierta la siguiente afirmación que contiene el referido apartado 24 de la sentencia del TJUE cuando indica que «*la jurisprudencia de los tribunales supremos nacionales en la Unión Europea discrepa en lo que respecta a la cuestión —análoga a la del asunto principal— de si un olor queda protegido por el*

---

<sup>6</sup> A título de ejemplo en la sentencia de la *Cour d'Appel d'Aix en Provence* de 10 de diciembre de 2010 (09/04467): «...[...] *si la création d'un parfum nécessite à l'évidence un savoir-faire, elle ne se limite pas à une opération purement technique, qu'elle exige en effet, une recherche dans la succession et les interactions des odeurs, une conjugaison des éléments volatiles et persistants et une conjugaison des diverses essences dans des proportions permettant de dégager une forme olfactive caractéristique qui traduit la personnalité, la sensibilité et l'imagination de son auteur et consitue à condition d'être originale, une création artistique susceptible de bénéficier de la protection du droit d'auteur [...]*»; Y en el mismo sentido, es destacable la sentencia del *Hoge Raad* de los Países Bajos de 16 de junio de 2006, antes mencionada.

<sup>7</sup> Sentencia de la *Cour de Cassation* de 10 de diciembre de 2013 (11-19872).

*derecho de autor*», puesto que tanto la referida sentencia de la *Cour de Cassation* como la sentencia del *Hoge Raad der Nederlanden* de 16 de junio de 2006 antemencionada, que hasta la fecha son los únicos pronunciamientos judiciales de tribunales supremos nacionales en la Unión Europea sobre la protección de la forma olfativa de un perfume, coinciden en lo mismo: no puede negarse de forma general y abstracta, rechazando por principio, que una forma olfativa pueda ser considerada una creación susceptible de protección por el Derecho de autor.

Cuestión distinta a las anteriores es la relativa al hecho de que, en un caso concreto, pueda o no ofrecerse al tribunal una *descripción* de una forma olfativa que el juzgador considere *suficiente* a los efectos de acreditar las características relevantes de aquella forma de expresión, lo que en todo caso dependerá de los recursos técnicos a los que el interesado pueda acceder y disponer. Pero esta cuestión no puede confundirse con la anterior que es la admisión o no, en general, en el marco del Derecho de autor, de las formas de expresión perceptibles por los sentidos denominados químicos que revelen una actividad creativa de su autor. Y es además destacable que en ningún momento el Tribunal pone en duda o cuestiona que un «sabor» pueda ser el resultado de un proceso creativo que refleje una creación propia de su autor.

El TJUE, sin concretar el contenido del reiterado vocablo «sabor», niega, por principio, que un «sabor» pueda ser calificado como «obra» en el sentido de la Directiva 2001/29 porque, según el tribunal, «*no hay posibilidad de identificación precisa y objetiva del sabor de un alimento*» (apartado 42 de la sentencia). Pero sin embargo afirma, a continuación, en su apartado 43, que ello «*no es posible mediante los recursos técnicos disponibles en la fase actual del desarrollo científico*»<sup>8</sup>. Se evidencia entonces la importante contradicción en la sentencia: si en su fallo se rechaza categóricamente que «*el sabor de un alimento quede protegido por el derecho de autor*», y tal conclusión trae causa, en definitiva, del hecho que, según el tribunal, los «*recursos técnicos disponibles en la fase actual del desarrollo científico*» no permiten aquella suficiente descripción, resulta notorio que, siguiendo su propio razonamiento, cuando

---

<sup>8</sup> El propio Abogado General afirma en sus conclusiones que: «*No descarto que en el futuro las técnicas para la identificación precisa y objetiva de un sabor o de un olor puedan evolucionar, lo que podría llevar al legislador a intervenir y protegerlos mediante los derechos de autor o por otros medios*» (apartado 57). Por otra parte, el TJUE no concreta a qué recursos técnicos se refiere ni cómo llega a la conclusión de que actualmente no permiten actualmente una descripción suficiente.

dichos «recursos técnicos» lo permitan (lo que es algo que el tribunal ya intuye como posible), aquella negación rotunda de que un «sabor» pueda ser objeto del Derecho de autor carece de justificación alguna. Ahí radica la incongruencia de la sentencia y su anunciada caducidad.

### III. LA «FORMA GUSTATIVA» Y SU INADECUADA ASIMILACIÓN A LA «FORMA OLFATIVA» DE UN PERFUME. UNA OBRA CULINARIA NO ES SOLO UNA FORMA GUSTATIVA

Como se ha advertido anteriormente, ni el *Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden* ni el TJUE, ni el Abogado General en sus conclusiones, han concretado en forma alguna a qué se refieren con el vocablo «sabor», si bien se trata de una delimitación conceptual que resulta necesaria a los efectos de poder dilucidar si puede ser objeto del Derecho de autor.

El TJUE, remitiéndose a la jurisprudencia francesa sobre la protección de los perfumes, parece equiparar el concepto de «sabor», que no define, con la idea de «olor». Los tribunales franceses, tal como hemos indicado en los apartados precedentes, han forjado en sus numerosas sentencias el concepto de «forma olfativa» distinguiéndolo del de «olor» así como del de «sustancia» y de «fórmula». Con la expresión «forma olfativa» han identificado una *forma sensible*, perceptible como tal, identificable, discernible y susceptible de ser reproducida, que es la combinación de diversas esencias aromáticas, compuestas según determinadas notas de dinámica, continuidad, desarrollo, intensidad y duración, que puede ser el resultado de la actividad creativa de un autor<sup>9</sup>.

La noción de «sabor» apunta a la impresión simultánea del gusto y el olor a través de la boca<sup>10</sup>. Pero la percepción de una «forma gustativa» no se limita a la idea de «sabor», a los estímulos olfato-gustativos, sino que abarca también a las percepciones somatosensoriales, táctiles y térmicas, que se suceden en la *degustación* y que se

---

<sup>9</sup> GALAN, D. (2008), páginas 336 y siguientes; *Vid.* por ejemplo, las sentencias de la *Cour d'Appel* de París, de 14 de febrero y 13 de septiembre de 2007 (05/23579): «*l'existence de familles de parfums n'exclut pas que les fragrances qui s'y rattachent par l'emprunt de leurs composants dominants, soient protégeables, dès lors qu'elles sont le fruit d'une combinaison inédite d'essences dans des proportions telles que leurs effluves, par les notes olfactives finales qui s'en dégagent, traduisent l'apport créatif de l'auteur*»; y sentencias de la *Cour d'Appel d'Aix en Provence*, de 10 de diciembre de 2010 (09/04467) y la sentencia del Tribunal Supremo holandés (*Hoge Raad*) de 16 de junio de 2006 (LJN AU8940).

<sup>10</sup> SANCHO VALLS, J.; BOTA PRIETO, E.; DE CASTRO MARTÍN, J.J. (1999), pág. 99.



reciben a través de los denominados sentidos *somestésicos*, y que evidentemente adquieren una obvia principalidad en la degustación. Estas percepciones proporcionan una información en clave *temporal*, sobre el *lapso de tiempo* en el que se desarrolla la degustación, y también de tipo *espacial*, permitiendo identificar y describir si lo que se degusta es sólido o duro, o sólo es *duro* inicialmente y blando después o líquido, caliente, pegajoso, etc. Es decir, estas percepciones posibilitan describir el tamaño, la forma, la resistencia (dureza), liquidez, granularidad, astringencia, untuosidad, el picante, entre muchas otras características o elementos y, además, su evolución de estos elementos durante la degustación. Lógicamente todos estos elementos intervienen en la creación de una *forma gustativa*, como hemos descrito en otra ocasión<sup>11</sup>. Sin duda, estas percepciones somatosensoriales pueden ser objeto de una descripción de la que se admita su suficiencia u objetividad y que pueden ser comunicadas y compartidas<sup>12</sup>.

También la información recibida de la percepción de los cinco *sabores básicos* reconocidos (dulce, salado, ácido, amargo y umami) puede describirse, funcionando aquellos a modo de sistema de coordenadas de referencia, de forma objetiva y ser comunicada y compartida, pues las diferencias en la percepción de los *sabores básicos* únicamente se han revelado significativas en núcleos de población de una edad avanzada, o cuando determinadas enfermedades afectan a los órganos sensoriales, lo que no es distinto de lo que sucede con los denominados sentidos mecánicos (vista y el oído)<sup>13</sup>.

La descripción obtenida del referido análisis sensorial permite obtener una información sobre la *forma gustativa* que posibilita identificarla y discernirla, y es una

---

<sup>11</sup> ROBERT GUILLÉN, S. (2017), pág. 68: «La creación de la «forma gustativa» asevera, aún más si cabe, que el proceso creativo culinario es una actividad mental y creadora en la que convergen imaginación, intuición e inteligencia. Imaginación que la asemeja con la creación de otras formas mentales imaginativas, como lo son las musicales: en la libre elección de notas específicas de sabor y aromáticas, pero también táctiles y quinesísticas; en su sucesión y orden en una estructuración armónica propia, con un ritmo y una dinámica basados en las relaciones de intensidad y duración o volatilidad. Como afirmaba el chef Roger Vergé, «faire la cuisine, c'est faire oeuvre créatrice, c'est marier des mets comme le poète des mots, c'est plaquer des accords de saveurs, c'est inventer des harmonies nouvelles et subtiles». E inteligencia e intuición, porque al contrario de lo que podría inicialmente parecer, una forma gustativa no se crea con la lengua y la nariz, sino fundamentalmente con el cerebro, con el «paladar mental», la «capacidad relacionada con el análisis gustativo y que consiste en imaginar el sabor y la armonía de un plato tan sólo viéndolo o escuchando su nombre». Esta capacidad, adquirida y perfeccionada con la práctica y la experiencia, se entrega enteramente a la creatividad, pues la forma gustativa, expresión de una concepción original del autor, es producto de su imaginación y fantasía».

<sup>12</sup> Y, por ejemplo, normas como la ISO 5492 tienen por objeto lograr normalizar la medida de la *textura* de los alimentos.

<sup>13</sup> ROBERT GUILLÉN, S. (2017), pág. 129.

descripción de la que puede predicarse un carácter objetivo, en términos mucho más amplios que una forma olfativa o un mero «sabor». Sin perjuicio de que el resultado de los referidos análisis sensoriales puede completarse también con los recursos técnicos para el examen de sabores y aromas (v.gr. la cromatografía de gases y espectrometría de masas), así como con las denominadas *lenguas y narices electrónicas*, cada vez más perfeccionadas<sup>14</sup>.

Por otra parte, la información sobre una *forma gustativa* proviene también de los *sentidos mecánicos*, de las referencias que se obtienen por los sentidos de la vista (v. gr. tamaños, formas, texturas, colores de lo que se va a degustar) y del oído (v.gr. lo crujiente)<sup>15</sup>.

Todo ello diferencia significativamente una forma gustativa de una forma olfativa de un perfume. Y esto nos conduce a otra consideración en relación con lo que hemos denominado las *creaciones u obras culinarias*, es decir, aquellas formas creativas resultantes de «*la selección, preparación y presentación de los alimentos, expresadas por cualquier medio o soporte, por ejemplo, en su forma sensible característica, destinada a percibirse con todos los sentidos, y/o bajo una forma representativa*»<sup>16</sup>. Por ejemplo, el «Gol de Messi», del chef Jordi Roca. La originalidad de esta celebrada obra culinaria parece fuera de toda duda y así ha sido valorada por los expertos legitimados del sector para dicha valoración<sup>17</sup>. De la percepción de dicha obra culinaria se constata visiblemente que la misma no es sólo una «forma gustativa». Como ha destacado el filósofo JEAN-PAUL JOUARY, una obra culinaria puede describirse como «*una melodía de sabores sobre un fondo de arte plástico*»<sup>18</sup>. Su creatividad y originalidad deriva del conjunto visual y gustativo, así como de los elementos que configuran la *arquitectura interior*, pues, como señala BAYLOS, «*toda obra tiene una arquitectura interior, de la que emanan una serie de elementos*

---

<sup>14</sup> A título de ejemplo, y entre otros logros que se suceden, cabe destacar la lengua y nariz electrónica desarrollada por la *Thai National Innovation Agency* (NIA), capaz de detectar, con un margen de error inferior al 10%, la comida tailandesa elaborada con ingredientes y técnicas de la zona, de posibles imitaciones (vid. ROBERT GUILLÉN, S. (2017), pág. 213, nota 616).

<sup>15</sup> ROBERT GUILLÉN, S. (2017), pág. 115.

<sup>16</sup> ROBERT GUILLÉN, S. (2017), pág. 60.

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ GUADAÑO, M. (2012), pág. 77; La expresión «obra culinaria» es utilizada también por reconocidos autores como el crítico gastronómico Philippe Regol o el chef Sánchez Romera. Vid. REGOL, P. (2010), <https://observaciongastronomica.com/2010/12/19/pequenas-reflexiones-sobre-la-creatividad-culinaria/>; SÁNCHEZ ROMERA, M. (2006), pág. 84.

<sup>18</sup> JOUARY, J-P. (2012), pág. 34.

*normativos internos y también ellos identifican la obra» y «esos elementos ordenadores no pueden menos que reflejar lo que ella tiene de esencial»<sup>19</sup>. El objeto de la protección es la obra culinaria, que no es solamente una forma gustativa. A modo de ejemplo, el *Tribunal de Grande Instance* de Laval ha protegido unos bombones por el Derecho de autor<sup>20</sup>, como también el *Rechtbank* de Amsterdam<sup>21</sup>, y el *Gerechtshof* de Amsterdam ha apreciado la originalidad de unos pasteles de mazapán<sup>22</sup>, y en estos procedimientos judiciales no se pretendía la protección de la forma gustativa como tal y al margen del conjunto que conforma la obra culinaria.*

Por otra parte, si bien una *forma olfativa* puede plasmarse en soportes varios y de distinta naturaleza y sigue siendo bien identificable y discernible por el destinatario, la reproducción de una *forma gustativa* resulta difícilmente imaginable sin, a su vez, la reproducción de la *forma visual* o *externa* de la obra culinaria, pues es innegable su interdependencia, como se ha expuesto anteriormente. Pero es factible que, por ejemplo, por medios fotográficos, se reproduzca la *forma visual* de la obra culinaria sin la reproducción simultánea de su forma gustativa, y debe protegerse al autor de la obra culinaria contra una reproducción in consentida de dicha forma visual original, pues si tal y como establece el art. 17 TRLPI corresponde al autor el ejercicio de las facultades de explotación de su creación «en cualquier forma», deberá protegerse *cualquier forma* de explotación de su obra.

En todo caso, es también destacable que, en relación con creaciones culinarias, los supuestos en los que se ha pretendido la protección de exclusivamente su forma gustativa son ciertamente infrecuentes y se circunscriben al queso «Heksenkaas» o a creaciones como las vitivinícolas, por sus propias características<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> BAYLOS, H. (1988), pág. 73.

<sup>20</sup> Sentencia de 16 de febrero de 2009 (*JurisData* núm. 2009-003926).

<sup>21</sup> Sentencia de 9 de agosto de 2001 (IER 8782 / LJN AK4545).

<sup>22</sup> Sentencia núm.1081/98, de fecha 11 de noviembre de 1999.

<sup>23</sup> PIÑOL ESPASA, J. (2011), págs. 509-517; ROBERT GUILLÉN, S. (2017), pág. 129.

#### IV. LA INCLUSIÓN DE LAS FORMAS GUSTATIVAS EN LA DEMARCACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR

Como se ha indicado, el TJUE no niega en ningún momento que un «sabor» pueda ser el resultado de una actividad creativa en el que pueda valorarse su originalidad. Que un «sabor» es una *forma compleja* que puede transmitir *información cultural* parece fuera de toda duda y numerosos estudios así lo ratifican<sup>24</sup>. Y ello no resulta controvertido en la sentencia.

La OMPI ha señalado que la referencia del art. 2.1 del Convenio de Berna a «todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión» es una «*expresión general que, a los efectos de la protección del derecho de autor, ha de entenderse que comprende toda obra original de un autor, cualquiera que sea su valor literario o artístico y aun a pesar de que no se trate de una obra de carácter estrictamente artístico o literario*»<sup>25</sup>, y el propio TJUE ha reiterado que son protegibles las creaciones *propias* de un autor sin que sea exigible «ningún otro criterio para determinar su derecho a la protección»<sup>26</sup>. La *función social* que debe cumplir el Derecho de autor impone que sean protegibles cualesquiera creaciones propias de un autor sin que pueda impedirse el acceso a dicha protección en atención a su *género, tipo, destino, mérito, modo o forma de expresión*. Y tampoco la referida normativa contiene exclusión alguna de las formas de expresión destinadas a ser percibidas por los sentidos del gusto, del olfato y del tacto. Y en el mismo sentido, la lista *ejemplificativa* del art. 2.1 del Convenio no posibilita una exclusión *a priori* de las creaciones perceptibles por los *sentidos químicos*: el *sentido* llamado a la percepción de una expresión creativa no puede condicionar el acceso de esta a su protección por el Derecho de autor.

Una forma *sensible* perceptible por los sentidos del gusto o del olfato es bien identificable y discernible directamente por un sujeto sin que este tenga que recurrir a una *fórmula* o una *receta*. Y dicha forma sensible puede ser reproducida y comparada

---

<sup>24</sup> Por todos, KORSMEYER, C. (2002), pág. 160 y siguientes; Por la limitación de la extensión del presente artículo, en aras de la brevedad nos remitimos a lo que, en relación, expusimos en ROBERT GUILLÉN, S. (2017), pág. 117 y siguientes.

<sup>25</sup> OMPI (1980), 148.

<sup>26</sup> Sentencia del TJUE de 18 de julio de 2009 (asunto C-5/08).

en unidad de acto con otras formas sensibles de la misma naturaleza. El cumplimiento de este requisito de *perceptibilidad* confirma que la misma ya sea susceptible de protección por el Derecho de autor<sup>27</sup>. La percepción de cualquier creación del intelecto es subjetiva. Ni una partitura ni un espectrograma pueden representar la impresión auditiva del oyente y que naturalmente variará en cada persona. Representan el *componente o constituyente*, pero no el *sonido* propiamente dicho<sup>28</sup>. En un plano teórico puede discutirse, como sucede también con las *formas sonoras*, qué es *forma* y qué *contenido*, si bien, y en paralelismo con lo admitido en la música<sup>29</sup>, en las *gustativas* su *contenido* se corresponde con los distintos sabores y texturas, que se *expresan* según un desarrollo, una continuidad, dinámica, duración e intensidad, una *forma* que surge también de elecciones creativas personales del autor.

La exigencia de una *descripción objetiva* para el acceso a la protección por el Derecho de autor no tiene base legal alguna. Cuestión distinta es que en un juicio deba ofrecerse por el interesado evidencia de la existencia y características de la forma sensible de la que pretende una protección, y ello dependerá de los recursos técnicos disponibles, pero no puede implicar que ante la no posibilidad, en aquel caso, de ofrecer una descripción que el tribunal considere, a su entender, *suficiente*, se niegue, por este motivo, categóricamente, excluyendo por principio, que cualesquiera creaciones perceptibles por los sentidos del gusto y del olfato no pueden ser objeto del Derecho de autor. Por otra parte, se ha observado al presentar el concepto de *forma gustativa* que esta es identificable y discernible y admite una descripción suficiente, una caracterización, que puede calificarse de objetiva, especialmente en relación con lo percibido por los sentidos *somáticos*, pero también con los *sabores básicos*. Constatación esta que, entendemos, que el tribunal debía haber abordado con rigor al tener ahora una valiosa oportunidad de hacerlo.

En la decisión del TJUE parece que subyace un recelo a admitir la protección de nuevas formas de expresión creativa distintas de las *tradicionales*, y a pesar de que la sociedad reconoce que la creatividad y la originalidad puede encontrarse en *formas*

---

<sup>27</sup> M. VIVANT, M.; BRUGUIÈRE, J-M. (2015), pág. 144: «*Les notes olfactives de Chanel n°5 ou d'Eau sauvage sont tout autant identifiables et précises que celles d'une musique; [...] Ou tout aussi peu identifiables pour qui n'a pas d'oreille our de nez...Est-ce là qui inquiète, semble-t-il si fort, nos Hauts Magistrats?*».

<sup>28</sup> ROBERT GUILLÉN, S. (2017), pág. 214 y ss.

<sup>29</sup> GAULDIN, R. (2009), pág. 377 y siguiente.

destinadas a ser percibidas por los sentidos del gusto, del olfato y del tacto. Si el *temor* está en un eventual abuso de los derechos de propiedad intelectual, existen mecanismos efectivos que crean *seguridad jurídica* como, por ejemplo, los articulados en los artículos 2.2 y 62.4. *d)* la Ley de Defensa de la Competencia, de conformidad con el art. 8.2 ADPIC, y que la sentencia desatiende.

## V. CONCLUSIÓN

El Derecho de autor debe cumplir con su *función social* y albergar en su seno las creaciones propias de un autor con independencia de su género o tipo, destino, mérito, forma o modo de expresión, pues en caso contrario no cumplirá con aquella función fundamental y se estarán negando los derechos legítimos que ostentan los creadores en relación con *su creación*. Naturalmente, la percepción de una forma gustativa u olfativa no es la misma que la de una *forma visual* y, por ello, no deben equipararse como pretende en su sentencia el TJUE. La creatividad y originalidad de estas formas de expresión perceptibles por los sentidos del gusto, del olfato y del tacto debe ser valorada por los sujetos que están legítimamente autorizados para emitir dicha valoración en el campo o sector concreto en el que dichas formas creativas se integraran, y según los parámetros propios de dicho ámbito. Sin embargo, la conclusión del TJUE es tajante: un «sabor» no puede ser objeto del Derecho de autor porque no es identificable con precisión y objetividad. No obstante, este rotundo veredicto se revela erróneo cuando el propio tribunal afirma que posiblemente en un futuro pueda lograrse identificar con precisión y objetividad un «sabor», algo que ya advirtió en sus conclusiones el Abogado General, lo que pone claramente en entredicho el fallo: si puede conferirse la protección si se identifica un «sabor» con suficiente precisión y objetividad, no puede negarse, con carácter general y abstracto, rechazando por principio, que un «sabor» pueda ser objeto del Derecho de autor. Como ya advirtieron los tribunales supremos de Francia y Países Bajos, tal negación con carácter general y abstracto es contraria al derecho de la Unión y a los principios fundamentales que sustentan el Derecho de autor toda vez que este está destinado a proteger las creaciones propias de un autor no a excluir algunas creaciones por su pertenencia a un determinado género o tipo o por su forma o modo de expresión, destino, finalidad o mérito. El fallo de la sentencia del TJUE, en tal sentido,

constituye un ejemplo de discriminación entre autores por el tipo de creación o forma de expresión de la misma.

## BIBLIOGRAFIA

BAYLOS, H. (1988), «Disquisiciones sobre el plagio», en VV.AA., *Ley de Propiedad Intelectual, Rev. República de las Letras*, núm. 20, Asociación Colegial de Escritores de España, Madrid.

FERNÁNDEZ GUADAÑO, M., (2012), *Reinventores: Descubra creatividad y nuevos modelos de negocio con los mejores cocineros*, Penguin Random House Grupo Editorial, Barcelona.

GALAN, D. (2008), *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, Tesis Doctoral, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, Avignon.

GAULDIN, R. (2009), *La práctica armónica en la música tonal*, Akal Música, Madrid.

JOUARY, J-P. (2012), *Ferran Adrià, ¿Cocinero o artista? Un filósofo en El Bulli*, Alianza Editorial, Madrid.

KORSMEYER, C. (2002), *El sentido del gusto. Comida, estética y filosofía*, Paidós, Barcelona.

OMPI (1980), *Glosario de derecho de autor y derechos conexos*, OMPI, Ginebra.

ROBERT GUILLÉN, S. (2017), *Alta cocina y derecho de autor*, Ed. Reus, Madrid.

PIÑOL ESPASA, J. (2011), *Vinos de autor y propiedad intelectual, Cuadernos de Cultura Comarcal*, núm. 26, Ed. Oleana, Requena.

SÁNCHEZ ROMERA, M. (2006), *Total Cooking. Cocinando con la nariz. I Construccionismo Culinario*, ed. Akal, Madrid.

SANCHO VALLS, J.; BOTA PRIETO, E.; DE CASTRO MARTÍN, J.J. (1999), *Introducción al análisis sensorial de los alimentos*, Edicions Universitat de Barcelona, Barcelona.

VIVANT, M. ; BRUGUIÈRE, J-M. (2015), *Droit d'auteur et droits voisins*, 3a ed., ed. Dalloz, París.