



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MELCHIOR WATHELET
presentadas el 25 de julio de 2018¹

Asunto C-310/17

**Levola Hengelo BV
contra
Smilde Foods BV**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (Tribunal de Apelación de Arnhem-Leeuwarden, Países Bajos)]

«Procedimiento prejudicial — Directiva 2001/29/CE — Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor — Concepto de “obra” — Sabor de un alimento»

1. La presente petición de decisión prejudicial de 23 de mayo de 2017, presentada en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 29 de mayo de 2017 por el gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (Tribunal de Apelación de Arnhem-Leeuwarden, Países Bajos), versa sobre 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.²
2. Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre la sociedad Levola Hengelo BV. (en lo sucesivo, «Levola») y la sociedad Smilde Foods BV (en lo sucesivo, «Smilde»), dos empresas productoras de alimentos, en relación con la supuesta infracción por Smilde del derecho de autor de Levola sobre el sabor de un queso untable a base de nata fresca y finas hierbas, denominado «Heksenkaas» o «Heks'nkaas» (en lo sucesivo, «Heksenkaas»).
3. El órgano jurisdiccional remitente considera que, para resolver el litigio que se le plantea, es necesario discernir, en particular, si el Derecho de la Unión —y, más concretamente, la Directiva 2001/29— se opone a que el sabor de un alimento esté protegido por los derechos de autor.

¹ Lengua original: francés.

² DO 2001, L 167, p. 10.

³ En español, «queso de brujas».

I. Marco jurídico

A. *Derecho internacional*

1. *Convenio de Berna*

4. El artículo 2 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, firmado en Berna el 9 de septiembre de 1886 (Acta de París de 24 de julio de 1971), en su versión modificada de 28 de septiembre de 1979 (en lo sucesivo, «Convenio de Berna»), estipula:

«1. Los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.

2. Sin embargo, queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer que las obras literarias y artísticas o algunos de sus géneros no estarán protegidos mientras no hayan sido fijados en un soporte material.

[...]

5. Las colecciones de obras literarias o artísticas tales como las enciclopedias y antologías que, por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales estarán protegidas como tales, sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras que forman parte de estas colecciones.

6. Las obras antes mencionadas gozarán de protección en todos los países de la Unión. Esta protección beneficiará al autor y a sus derechohabientes.

[...]»

5. Según el artículo 9, apartado 1, del Convenio de Berna:

«Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.»

2. *Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor*

6. El 20 de diciembre de 1996, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) adoptó en Ginebra el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (en lo sucesivo, «Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor»), que entró en vigor el 6 de marzo de 2002 y fue aprobado en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2000/278/CE.⁴

⁴ Decisión del Consejo, de 16 de marzo de 2000, relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y del Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas (DO 2000, L 89, p. 6).

7. De conformidad con el artículo 1, apartado 4, del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, que lleva por título «Relación con el Convenio de Berna»:

«Las Partes Contratantes darán cumplimiento a lo dispuesto en los Artículos 1 a 21 y en el Anexo del Convenio de Berna.»

8. El artículo 2 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, rubricado «Ámbito de la protección del derecho de autor» dispone:

«La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí.»

9. El artículo 4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, bajo el epígrafe «Programas de ordenador», prevé:

«Los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el Artículo 2 del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera que sea su modo o forma de expresión.»

10. A tenor del artículo 5 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, que lleva por título: «Compilaciones de datos (bases de datos)»:

«Las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales. Esa protección no abarca los datos o materiales en sí mismos y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación.»

3. Acuerdos OMC y ADPIC

11. El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), de 15 de abril de 1994 (DO 1994, L 336, p. 214; en lo sucesivo, «Acuerdo ADPIC»), que constituye el Anexo 1 C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC) (DO 1994, L 336, p. 3; en lo sucesivo, «Acuerdo OMC»), fue aprobado por la Decisión 94/800/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994).⁵

12. El artículo 9 del Acuerdo ADPIC, bajo el epígrafe «Relación con el Convenio de Berna», establece:

«1. Los Miembros [de la OMC] observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo [...].

2. La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí.»

13. El artículo 10 del Acuerdo ADPIC, que lleva por título «Programas de ordenador y compilaciones de datos», dispone:

«1. Los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna (1971).

⁵ DO 1994, L 336, p. 1.

2. Las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, serán protegidas como tales. Esa protección, que no abarcará los datos o materiales en sí mismos, se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales en sí mismos.»

B. Derecho de la Unión

14. El artículo 2 de la Directiva 2001/29, rubricado «Derecho de reproducción», dispone:

«Los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte:

a) a los autores, de sus obras;

[...]».

15. El artículo 3 de la Directiva 2001/29, titulado «Derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas», establece:

«1. Los Estados miembros establecerán en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

[...]»

16. El artículo 4 de la Directiva 2001/29, rubricado «Derecho de distribución», señala:

«1. Los Estados miembros establecerán en favor de los autores, respecto del original de sus obras o copias de ellas, el derecho exclusivo de autorizar o prohibir toda forma de distribución al público, ya sea mediante venta o por cualquier otro medio.

[...]»

C. Derecho neerlandés

17. El artículo 1 de la Auteurswet (Ley neerlandesa sobre el derecho de autor; en lo sucesivo, «Ley sobre el Derecho de Autor») dispone:

«El derecho de autor es el derecho exclusivo del autor de una obra literaria, científica o artística, o de sus causahabientes, a publicar dicha obra y a reproducirla, sin perjuicio de las limitaciones establecidas en la ley.»

18. El artículo 10 de la Ley sobre el Derecho de Autor establece lo siguiente:

«1. A efectos de la presente ley se entenderá por obras literarias, científicas o artísticas:

1) libros, folletos, periódicos, revistas y otros escritos;

2) obras dramáticas o dramático-musicales;

- 3) conferencias y alocuciones;
- 4) obras coreográficas y pantomimas;
- 5) composiciones musicales con y sin letra;
- 6) obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, litografía, grabado y otras obras sobre placa de metal;
- 7) mapas;
- 8) planos, croquis y obras plásticas relativos a la arquitectura, a la geografía, a la topografía o a otras ciencias;
- 9) obras fotográficas;
- 10) obras cinematográficas;
- 11) obras de artes aplicadas y dibujos y modelos industriales;
- 12) programas de ordenador y su material preparatorio;

y, en general, todas las producciones en el campo literario, científico o artístico, cualquiera que sea el modo o la forma de expresión.»

II. Litigio principal y cuestiones prejudiciales

19. El Heksenkaas es un queso untable a base de nata fresca y finas hierbas. Lo creó un comerciante holandés de verduras y productos frescos en 2007. Mediante un contrato celebrado en 2011, el creador de este producto cedió a Levola sus derechos de propiedad intelectual, acordando como contrapartida una remuneración en función del volumen de ventas.

20. El 10 de julio de 2012, se concedió una patente para el método de producción del Heksenkaas y, a mediados de 2010, se registró la marca denominativa «Heksenkaas».

21. Desde enero de 2014, Smilde fabrica un producto denominado «Witte Wievenkaas» para una cadena de supermercados en los Países Bajos.

22. Al considerar que la producción y venta de Witte Wievenkaas infringía sus derechos de autor sobre el «sabor» del Heksenkaas, Levola presentó una demanda contra Smilde ante el rechtbank Gelderland (Tribunal de Primera Instancia de Gelderland, Países Bajos). Levola ha definido el derecho de autor sobre un sabor como la «impresión de conjunto causada por el consumo de un alimento en los órganos sensoriales del gusto, lo cual incluye la sensación en la boca percibida mediante el sentido del tacto».

23. Levola solicitó al rechtbank Gelderland (Tribunal de Primera Instancia de Gelderland) que declarase, por un lado, que el sabor del Heksenkaas constituye una creación intelectual propia de su fabricante y, por lo tanto, se beneficia de la protección de los derechos de autor en calidad de «obra», en el sentido del artículo 1 de la Ley sobre el Derecho de Autor, y, por otro lado, que el sabor del producto fabricado por Smilde constituye una reproducción de dicha «obra». También solicitó al mismo órgano jurisdiccional que ordenase a Smilde el cese y la prohibición de toda violación de su derecho de autor, incluida la producción, compra, venta y cualquier otra comercialización del producto denominado «Witte Wievenkaas».

24. Mediante sentencia de 10 de junio de 2015, el rechtbank Gelderland (Tribunal de Primera Instancia de Gelderland) consideró que, sin que fuera necesario decidir si el sabor del Heksenkaas estaba protegido por los derechos de autor, las pretensiones de Levola debían, en todo caso, ser desestimadas, ya que esta última no había indicado qué materiales o combinación de materiales del sabor del Heksenkaas le conferían un carácter propio original y un sello personal.

25. Levola interpuso un recurso de apelación contra dicha sentencia ante el órgano jurisdiccional remitente.

26. El órgano jurisdiccional remitente afirma que la cuestión central planteada en el asunto es si el sabor de un alimento puede estar protegido por los derechos de autor. Añade que las partes del litigio de que conoce defienden posiciones diametralmente opuestas sobre dicha cuestión.

27. Según Levola, el sabor de un alimento puede calificarse de obra literaria, científica o artística protegida por los derechos de autor. Levola apoya su afirmación, en particular, en la sentencia de 16 de junio de 2006 del Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos), Lancôme (ECLI:NL:HR:2006:AU8940), en la que este último órgano jurisdiccional admitió, en principio, la posibilidad de reconocer un derecho de autor sobre el olor de un perfume.

28. Por el contrario, a juicio de Smilde, la protección de los sabores no se ajusta al régimen de los derechos de autor, que comprende únicamente las creaciones visuales y auditivas. Por otra parte, la inestabilidad de un alimento y el carácter subjetivo de su percepción gustativa impiden considerar el sabor de un alimento como una obra protegida por los derechos de autor. Además, los derechos exclusivos del autor de una obra de propiedad intelectual y sus limitaciones son virtualmente inaplicables a los sabores.

29. El órgano jurisdiccional remitente señala que la Cour de cassation (Tribunal de Casación, Francia) desestimó categóricamente, en particular, en su sentencia de 10 de diciembre de 2013,⁶ la posibilidad de que la protección de los derechos de autor tuviese por objeto un olor. Por lo tanto, la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales nacionales superiores en la Unión Europea no es unánime en lo que respecta a la cuestión —similar a la del asunto de que conoce el órgano jurisdiccional remitente— de que un olor esté protegido por los derechos de autor.

30. Así pues, el gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (Tribunal de Apelación de Arnhem-Leeuwarden) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) a) ¿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? En particular:
 - b) ¿Se opone a la protección por el derecho de autor el hecho de que el concepto de “obras literarias y artísticas” contenido en el artículo 2, apartado 1, del Convenio de Berna, que es vinculante para todos los Estados miembros de la Unión, comprenda “todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión”, pero que los ejemplos citados en dicha disposición solo hagan referencia a creaciones que puedan percibirse visualmente o de manera auditiva?
 - c) ¿Se opone la inestabilidad (potencial) de un alimento y/o el carácter subjetivo de la percepción gustativa a que el sabor de un alimento tenga la consideración de obra protegida por el derecho de autor?

⁶ Cour de cassation, chambre commerciale, 10 de diciembre de 2013, n.º 11-19.872, no publicada en el boletín (ECLI:FR:CCASS:2013:CO01205).

- d) ¿Se opone el régimen de derechos exclusivos y excepciones, establecido en los artículos 2 a 5 de la Directiva 2001/29, a que el sabor de un alimento esté protegido por el derecho de autor?
- 2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, letra a):
- a) ¿Qué requisitos deben cumplirse para poder proteger el sabor de un alimento mediante el derecho de autor?
- b) La protección de un sabor mediante el derecho de autor ¿se refiere únicamente al sabor como tal o (también) a la receta del alimento de que se trate?
- c) ¿Qué debe alegar la parte que, en el marco de un procedimiento (de infracción), pretende haber creado el sabor de un alimento protegido por el derecho de autor? ¿Resulta suficiente que, durante dicho procedimiento, dicha parte presente el alimento al juez nacional para que el propio juez aprecie, tras olerlo y probarlo, si el sabor del alimento cumple los requisitos para obtener la protección del derecho de autor? ¿O debe la parte demandante facilitar (también) una descripción de las decisiones creativas adoptadas en el marco de la composición del sabor y/o de la receta que permiten considerar que el sabor constituye una creación intelectual propia de su autor?
- d) En el marco de un procedimiento por infracción, ¿cómo debe constatar el juez nacional si el sabor de un alimento de la parte demandada coincide con el sabor del alimento de la parte demandante de forma tal que se dé una violación de los derechos de autor? A tal efecto, ¿resulta (también) determinante el hecho de que las impresiones de conjunto de ambos sabores sean similares?»

III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

31. Levola, Smilde, los Gobiernos francés, italiano y del Reino Unido, así como la Comisión Europea, presentaron observaciones escritas. Levola, Smilde, los Gobiernos holandés, francés y del Reino Unido, así como la Comisión Europea, formularon observaciones orales en la vista celebrada el 4 de junio de 2018.

IV. Análisis

32. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el sabor de un alimento constituye una «obra» y puede ser objeto de la protección conferida a los derechos de autor por la Directiva 2001/29.⁷

A. Sobre la admisibilidad

33. Smilde alega que la presente petición de decisión prejudicial es inadmisibile. Considera que, además del hecho de que Levola no ha cumplido su obligación de alegación y prueba en el asunto principal, este también puede archivers sobre la base de que el sabor del producto Heksenkaas no es original.

⁷ Según Levola, «la cuestión fundamental en el litigio [...] entre Levola y Smilde es si el sabor del Heksenkaas *como tal* puede estar protegido por los derechos de autor. Se trata de la impresión sensorial al experimentar dicho sabor *como tal*, y no de los medios por los que se crea esta impresión. Por lo tanto, no solicitamos la protección de una sustancia concreta o de una lista de ingredientes. La obra para la que se solicita la protección es el sabor en sí mismo y no su soporte» (punto 9 de sus observaciones). Levola añade que «es posible reproducir el sabor mediante otro soporte, de la misma forma que la imagen creada por el artista con la pintura al óleo puede imitarse y reproducirse sobre un soporte distinto. Una obra protegida por el derecho de autor está, de hecho, constituida por la expresión inmaterial y no por el soporte físico que sostiene dicha expresión» (punto 86 de sus observaciones).

34. En mi opinión, la excepción de inadmisibilidad formulada por Smilde no puede admitirse por las siguientes razones.

35. Corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales que conocen del asunto y que han de asumir la responsabilidad de la decisión judicial que debe adoptarse apreciar, a la luz de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantean al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse. Se deduce que las cuestiones relativas al Derecho de la Unión disfrutan de una presunción de pertinencia. La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional solo es posible, pues, cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas.⁸

36. Conviene destacar que la presente petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación del Derecho de la Unión y, más concretamente, sobre la interpretación de los artículos 2 a 5 de la Directiva 2001/29. A falta de algún indicio, o incluso de una alegación, de que la interpretación del Derecho de la Unión que se solicita no guarda ninguna relación con la realidad o el objeto del litigio principal o que el problema es de naturaleza hipotética, considero que las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente relativas a la interpretación de dicha Directiva y al concepto de «obra» no pueden considerarse inadmisibles por el mero hecho de que una de las partes en el litigio principal estime que este debe dirimirse sobre la base de otros motivos y alegaciones.

B. Sobre el fondo

1. Concepto de «obra» — concepto «uniforme y autónomo del Derecho de la Unión»

37. El concepto de «obra» en el sentido del artículo 2, letra a), del artículo 3, apartado 1, y del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2001/29 no se define en la propia Directiva.⁹ Además, sus disposiciones no remiten al Derecho nacional en lo que respecta al concepto de «obra».¹⁰

⁸ Véase la sentencia de 1 de julio de 2010, Sbarigia (C-393/08, EU:C:2010:388), apartados 19 y 20 y jurisprudencia citada.

⁹ La legislación de la Unión tampoco regula de forma específica la protección del sabor de un alimento mediante los derechos de autor.

¹⁰ Según Levola, «si el Derecho de la Unión comprende un concepto de “obra” uniforme y autónomo que impide a los Estados miembros establecer con libertad a nivel nacional requisitos adicionales para conceder una protección en virtud de los derechos de autor [...], también corresponde al Derecho de la Unión determinar si los Estados miembros deben conceder dicha protección a las creaciones originales que se perciben de otra forma que no sea mediante la vista o el oído, como un sabor o un olor, o si *no pueden* conceder una protección en virtud de los derechos de autor a tales creaciones de sabor o de olor, incluso en los casos en que dicho sabor u olor es el resultado de un trabajo intelectual creativo gracias al cual el autor ha expresado su creatividad personal» (punto 41 de sus observaciones). «No obstante, si el Tribunal de Justicia únicamente tiene la intención de establecer un mínimo cualitativo a los efectos de la protección de los derechos de autor a través de un requisito de “creación intelectual propia” —como admite, por ejemplo, la jurisprudencia alemana—, resulta, por tanto, evidente que los Estados miembros son libres de conceder o no la protección de los derechos de autor a una obra consistente en el sabor de una creación culinaria, siempre que dicho sabor pueda, al menos, considerarse una creación intelectual propia de su autor. De hecho, el mínimo cualitativo fijado de “creación intelectual propia” no excluye necesariamente ninguno de los sentidos humanos, de modo que la determinación de la pertinencia de la forma sensorial en que se percibe una creación intelectual propia se dejaría a la discreción de los Estados miembros» (punto 42 de sus observaciones).

38. Dadas las circunstancias, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, se desprende de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar.¹¹

39. De dicha jurisprudencia se desprende que el término «obra» debe considerarse un concepto autónomo del Derecho de la Unión, cuyo sentido y alcance debe ser idéntico en todos los Estados miembros. En consecuencia, corresponde al Tribunal de Justicia dotar a dicho término de una interpretación uniforme en el ordenamiento jurídico de la Unión.¹²

40. De ello se deduce que el concepto de «obra», como concepto autónomo del Derecho de la Unión, no permite a los Estados miembros establecer normas diferentes o suplementarias en esta materia. Por consiguiente, el Derecho de la Unión se opone a una normativa nacional que, más allá del marco previsto por la Directiva 2001/29,¹³ prevea la posibilidad de proteger los sabores de los alimentos mediante los derechos de autor.¹⁴

2. Concepto de «obra» y exigencia de una creación intelectual

41. El Gobierno francés considera que, para determinar si un sabor alimenticio puede beneficiarse de la protección otorgada a los derechos de autor por la Directiva 2001/29, procede determinar si este puede considerarse una obra, es decir, un objeto que es original en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor.

42. El Tribunal de Justicia señaló en el apartado 34 de la sentencia de 16 de julio de 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465) que, «como se desprende de la estructura general del Convenio de Berna, especialmente de su artículo 2, párrafos quinto y octavo, la protección de las obras literarias o artísticas presupone que constituyan una creación intelectual».¹⁵ Además, el Tribunal de Justicia estimó que el derecho de autor a los efectos del artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29 solo se aplica a las obras que constituyen creaciones intelectuales originales atribuidas a este.¹⁶

43. En el apartado 88 de la sentencia de 1 de diciembre de 2011, Painer (C-145/10, EU:C:2011:798), el Tribunal de Justicia estableció que una creación intelectual se atribuye a su autor cuando refleja su personalidad. Según el apartado 39 de la sentencia de 1 de marzo de 2012, Football Dataco y otros (C-604/10, EU:C:2012:115), el criterio de originalidad no se cumple cuando la constitución de la base de datos es dictada por consideraciones técnicas, reglas o exigencias que no dejan lugar a la libertad creativa. Además, en el apartado 42 de la sentencia citada el Tribunal de Justicia estimó que el hecho de que la constitución de la base de datos haya exigido, al margen de la creación de los datos que contiene, un considerable trabajo y pericia de su autor no puede, en sí mismo, justificar su protección por el derecho de autor si ese trabajo y esa pericia no expresan ninguna originalidad en la selección o la disposición de tales datos.

11 Véase la sentencia de 16 de junio de 2011, Omejc (C-536/09, EU:C:2011:398), apartado 19. Véase, asimismo, la sentencia de 21 de octubre de 2010, Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620), apartado 32 y jurisprudencia citada.

12 Véase, en este sentido, la sentencia de 21 de octubre de 2010, Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620), apartado 33.

13 O mediante otra disposición del Derecho de la Unión que podría, en su caso, adoptarse si así lo decide el legislador de la Unión.

14 Véanse, por analogía, las sentencias de 16 de julio de 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465), apartados 27 a 29, y de 21 de octubre de 2010, Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620), apartados 29 a 37.

15 En su sentencia *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.* 499 U.S. 340, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró que la condición *sine qua non* del derecho de autor residía en la originalidad.

16 Sentencia de 16 de julio de 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465), apartado 37. Según el Tribunal de Justicia, «los programas de ordenador, las bases de datos y las fotografías solo están protegidos por los derechos de autor en la medida de que constituyan originales en el sentido de *creaciones intelectuales atribuidas a su autor*» (apartado 35 de dicha sentencia; la cursiva es mía).

44. Sin embargo, considero que, aunque el hecho de que un objeto sea original es un requisito necesario para beneficiarse de la protección del derecho de autor, este no es suficiente. Además del requisito de que el objeto en cuestión sea original, debe tratarse de una «obra».

45. En el apartado 33 de la sentencia de 16 de julio de 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465), el Tribunal de Justicia dictaminó que «el artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29 establece que los autores tienen, respecto de sus obras, el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción de la totalidad o parte de estas. Por consiguiente, el objeto de la protección de dicho derecho es una “obra”». ¹⁷

46. De esta jurisprudencia se desprende claramente que el artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29 exige, por una parte, la existencia de una «obra» ¹⁸ y, por otra parte, que dicha obra sea original. Es importante no mezclar o confundir estos dos conceptos, que son distintos.

47. Por consiguiente, considero, al igual que la Comisión, que el hecho de que una «obra pueda estar protegida por los derechos de autor en virtud del artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29 únicamente si cumple este criterio de originalidad, no puede interpretarse en el sentido de que implica que, a la inversa, todo objeto que cumpla dicho criterio debe ser “automáticamente” considerado una “obra” protegida por el derecho de autor en el sentido de la citada Directiva». ¹⁹

3. ¿Un sabor constituye una obra?

48. Dado que la Directiva 2001/29 no define el concepto de obra, estimo que es apropiado tener en cuenta las disposiciones del Convenio de Berna. En efecto, aunque la Unión no es parte contratante del Convenio de Berna, «está no obstante obligada, en virtud del artículo 1, apartado 4, del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor, del que sí es parte, que forma parte de su ordenamiento jurídico y que la Directiva 2001/29 pretende aplicar, a dar cumplimiento a los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna». ²⁰

49. En consecuencia, la Unión debe cumplir, en particular, el artículo 2, apartado 1, del Convenio de Berna que determina el alcance de las obras «literarias y artísticas» que pueden ser protegidas por los derechos de autor. Según dicha disposición, «los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión». Además, el artículo 2, apartado 1, del Convenio de Berna contiene *una lista no exhaustiva* ²¹ de obras «literarias y artísticas» protegidas. ²²

17 El artículo 3 de la Directiva 2001/29, sobre el «derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas», y el artículo 4 de la citada Directiva, sobre el «derecho de distribución», también hacen referencia a una «obra».

18 Según el Gobierno del Reino Unido, sería absolutamente erróneo interpretar la sentencia de 16 de julio de 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465), «en el sentido de que cualquier tipo de obra, siempre que se trate de una creación intelectual de un autor, debe estar protegida por un derecho de autor. El razonamiento del apartado 37 debe leerse a la luz de los apartados 34 a 36, en los que se afirma claramente que el régimen establecido por la Directiva 2001/29 rige únicamente para determinados objetos clasificados como obras literarias o artísticas en virtud del Convenio de Berna o de otro elemento de Derecho de la Unión como la Directiva sobre los programas de ordenador» (punto 19 de sus observaciones).

19 Punto 33 de las observaciones escritas de la Comisión. En la sentencia de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League y otros (C-403/08 y C-429/08, EU:C:2011:631), apartados 96 a 99, el Tribunal de Justicia estimó que los encuentros deportivos no pueden considerarse *creaciones intelectuales calificables de obras* porque para revestir tal calificación, el objeto en cuestión debería ser original en el sentido de que *constituya una creación intelectual propia de su autor*. Si bien es cierto que del tenor literal de dichos apartados de la sentencia en cuestión parece desprenderse que «obra» es sinónimo de «creación intelectual» y que el único requisito para hacer valer un derecho de autor es la existencia de una «creación intelectual», yo considero que lo que verdaderamente se desprende de dicha sentencia es que los encuentros deportivos, en particular los partidos de fútbol, no están protegidos por los derechos de autor, ya que están delimitados por las reglas de juego, que excluyen la libertad creativa en el sentido del derecho de autor. En efecto, los encuentros deportivos como tales carecen de originalidad. El Tribunal de Justicia no ha examinado la cuestión de si los encuentros deportivos constituyen «obras» (no originales).

20 Véase la sentencia de 9 de febrero de 2012, Luksan (C-277/10, EU:C:2012:65), apartado 59.

21 En mi opinión, los términos «tales como» en la versión en español y «such as» en la inglesa indican la naturaleza no exhaustiva y, por lo tanto, meramente enunciativa de las obras «literarias y artísticas» que pueden ser protegidas por los derechos de autor.

22 Véase el artículo 2, apartado 6, del Convenio de Berna.

50. Dicha lista no hace referencia alguna a los sabores ni a obras análogas a estos, como los olores o perfumes, pero tampoco los excluye expresamente.

51. Sin embargo, conviene señalar que, a pesar de que según el artículo 2, apartado 1, del Convenio de Berna, «los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión», dicha disposición únicamente se refiere a las obras que se perciben por medios visuales o sonoros, como los libros y las composiciones musicales, con exclusión de las producciones que pueden percibirse mediante otros sentidos como el gusto, el olfato o el tacto.

52. Además, en caso de dudas persistentes sobre la protección de ciertas producciones por los derechos de autor, la comunidad internacional ha intervenido frecuentemente para establecer con claridad que estas «obras» están protegidas por los derechos de autor —siempre que sean originales—, ya sea mediante la modificación del Convenio de Berna o la adopción de otros instrumentos multilaterales.²³

53. De este modo, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, que es un arreglo particular en el sentido del Convenio de Berna, se adoptó, en particular, para proteger las obras en el entorno digital,²⁴ como los programas de ordenador y compilaciones de datos u otros materiales (bases de datos).²⁵

54. El sabor de un alimento no se puede comparar con ninguna de las «obras» protegidas por este tratado y, a mi leal saber y entender, ninguna otra disposición del Derecho internacional protege el sabor de un alimento mediante los derechos de autor.²⁶

55. Además, de conformidad con las observaciones del Gobierno francés y de la Comisión, considero que, a pesar de que su proceso de elaboración requiere trabajo y pericia, los sabores de los alimentos o los perfumes solo constituirían objetos cuya protección pudiera ser garantizada por los derechos de autor si fueran originales.²⁷ La protección del derecho de autor abarcará las *expresiones originales* pero

23 Véase, en este sentido, p. 25 de la *Guía sobre los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI*, publicada en 2003 y disponible en la página web siguiente: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf.

24 Véase el considerando 15 de la Directiva 2001/29. El artículo 4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor prevé expresamente que los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el artículo 2 del Convenio de Berna. El artículo 5 del mismo Tratado establece que las bases de datos, en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales. Véase, asimismo, el artículo 10 del Acuerdo ADPIC.

25 La Directiva 2001/29 versa sobre la protección jurídica de los derechos de autor y los derechos afines a los derechos de autor, con excepción, en particular, de la protección jurídica de los programas de ordenador y de las bases de datos. En efecto, la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (DO 2009, L 111, p. 16), versa específicamente sobre la protección jurídica de los programas de ordenador. Del primer considerando de la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (DO 1991, L 122, p. 42), que ha sido derogada y sustituida por la Directiva 2009/24, se desprende «que, en la actualidad, los programas de ordenador no están claramente protegidos en todos los Estados miembros por la legislación vigente y que, allí donde existe, dicha protección presenta caracteres distintos». A este respecto, conviene destacar que el código objeto de un programa de ordenador no es, en principio, perceptible por un ser humano. Sin embargo, el código objeto de un programa de ordenador es una producción precisa y estable que puede ser «leída» o «percibida» de forma concreta y objetiva por una máquina. Además, la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (DO 1996, L 77, p. 20), versa de forma específica sobre la protección jurídica de las bases de datos. El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/9, que versa sobre los derechos de autor, dispone que «las bases de datos que por la selección o la disposición de su contenido constituyan una creación intelectual de su autor estarán protegidas, como tal creación, por los derechos de autor. No serán de aplicación otros criterios para determinar si tales bases de datos son susceptibles de dicha protección». El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 96/9 protege mediante un derecho *sui generis* las bases de datos cuando la obtención, la verificación o la presentación de dicho contenido representen una inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo.

26 Según Smilde, «ningún legislador (ni los redactores del Convenio de Berna, ni los negociadores del Acuerdo DPIC, ni los autores de los convenios de la OMPI sobre los derechos de autor ni mucho menos las partes involucradas en el proceso legislativo que dio lugar a la Directiva [2001/29] tuvieron nunca la intención de permitir la monopolización, a través de los derechos de autor, de algo tan subjetivo, perecedero, impreciso, variable, inasible y técnicamente indeterminado como el gusto» (punto 91 de sus observaciones).

27 Es decir, creaciones intelectuales. Véase la sentencia de 1 de marzo de 2012, Football Dataco y otros (C-604/10, EU:C:2012:115), apartado 42.

no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí.²⁸ Considero que, aunque la forma en que se expresa una receta (la expresión) puede ser protegida por los derechos de autor siempre que la expresión sea original, los derechos de autor no protegen la receta como tal (la idea). En inglés, esta distinción se conoce como: «idea/expression dichotomy».

56. Además, estas expresiones originales deberían ser *identificables con suficiente precisión y objetividad*. Así pues, en la sentencia de 12 de diciembre de 2002, Sieckmann (C-273/00, EU:C:2002:748), apartado 55, que versa sobre si *un signo, en este caso un olor, que en sí mismo no puede ser percibido visualmente, puede constituir una marca*, el Tribunal de Justicia declaró que era posible «a condición de que pueda ser objeto de representación gráfica, en particular por medio de figuras, líneas o caracteres, que sea clara, precisa, completa en sí misma, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva».²⁹

57. Sin embargo, parece que hoy en día, en vista del estado actual de la técnica, la identificación precisa y objetiva de un sabor o de un olor es imposible. A este respecto, el Gobierno italiano afirma que «a pesar de los esfuerzos científicos realizados hasta la fecha para definir inequívocamente las propiedades organolépticas de los alimentos, en la situación actual, el “sabor” es esencialmente un elemento cualitativo, vinculado en primera instancia al carácter subjetivo de la experiencia del gusto. Las propiedades organolépticas de los alimentos están, de hecho, destinadas a ser percibidas y evaluadas por los órganos sensoriales, principalmente por los del sentido del gusto y el olfato, pero también del tacto, sobre la base de la experiencia subjetiva y de las impresiones suscitadas por el alimento sobre los mencionados órganos sensoriales. Una caracterización objetiva de tales experiencias aún no existe».³⁰ 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.

58. En mi opinión, la posibilidad de confiar la identificación de un sabor a un juez o a un experto que él designe, como sugiere Levola en sus observaciones escritas, no desvirtúa el hecho de que dicha identificación³¹ constituiría, por su misma naturaleza, un ejercicio subjetivo.³² No obstante, la posibilidad de identificar con suficiente precisión y objetividad una obra y, en consecuencia, el alcance de su protección por los derechos de autor, es imprescindible para respetar el principio de seguridad jurídica en interés del titular de los derechos de autor y, en particular, de los terceros que puedan estar expuestos a acciones legales por infracción de los derechos de autor, concretamente, a acciones penales o demandas de falsificación.³³

28 Véase, en este sentido, la sentencia de 2 de mayo de 2012, SAS Institute (C-406/10, EU:C:2012:259), apartado 33. Véase, asimismo, el artículo 2 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y el artículo 9, apartado 2, del Acuerdo ADPIC.

29 Es cierto que el requisito de que un signo deba ser objeto de una representación gráfica ya no existe en el Derecho de la Unión. No obstante, es importante señalar que el artículo 3, letra b), de la Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (DO 2015, L 336, p. 1), que entró en vigor el 12 de enero de 2016, y el Reglamento (UE) 2015/2424 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 207/2009 del Consejo sobre la marca comunitaria y el Reglamento (CE) n.º 2868/95 de la Comisión, por el que se establecen normas de ejecución del Reglamento (CE) n.º 40/94 del Consejo sobre la marca comunitaria, y se deroga el Reglamento (CE) n.º 2869/95 de la Comisión, relativo a las tasas que se han de abonar a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, diseños y modelos) (DO 2015, L 341, p. 21), que entró en vigor el 23 de marzo de 2016, exigen que los signos sean apropiados para ser representados en el registro de manera que permita a las autoridades competentes y al público en general determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada a su titular.

30 Véase el punto 34 de dichas observaciones.

31 Me refiero a la identificación de la obra y no a la evaluación de su originalidad, que es un ejercicio abierto a opiniones divergentes y que implica un cierto grado de subjetividad. Sin embargo, si la identificación precisa y objetiva de una obra no es posible, la evaluación de su originalidad tampoco lo es.

32 La Comisión considera que las sensaciones y las impresiones suscitadas por un sabor «son [...] subjetivas, inconcretas y (por lo tanto) no reproducibles, en cualquier caso con la certeza, objetividad y especificidad suficientes para permitir una protección mediante los derechos de autor» (punto 41 de sus observaciones).

33 El considerando 28 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (DO 2004, L 157, p. 45; corrección de errores en DO 2004, L 195, p. 16) establece que «además de las medidas, procedimientos y recursos de carácter civil y administrativo contemplados en la presente Directiva, también las sanciones penales constituyen, en los casos adecuados, un medio de garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual».

59. Que los alimentos sean potencialmente inestables no es convincente *per se*. En efecto, es importante destacar que, además de que la Directiva 2001/29 no establece ninguna obligación de fijar una obra,³⁴ el objeto del derecho de autor no es el soporte en el que esta se fija, sino la obra en sí misma.

60. No obstante, el hecho de que los sabores en sí mismos sean efímeros, volátiles e inestables se opone, en mi opinión, a la posibilidad de su identificación precisa y objetiva, así como, en consecuencia, a su calificación como obras a efectos de los derechos de autor.

61. Por consiguiente, considero que el sabor de un alimento no constituye una «obra» en el sentido de la Directiva 2001/29. De ello se desprende que un sabor no puede beneficiarse del derecho de reproducción,³⁵ del derecho de comunicación al público de obras y del derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas,³⁶ ni del derecho de distribución³⁷ en el sentido de la Directiva 2001/29, que únicamente tienen por objeto obras. Además, conviene señalar que las excepciones y limitaciones previstas en el artículo 5 de la Directiva 2001/29 se refieren únicamente a las obras protegidas por estos derechos.

62. De las consideraciones anteriores se desprende que la Directiva 2001/29 se opone a la protección del sabor de un alimento mediante los derechos de autor. No procede responder a la segunda cuestión, dado que solo se plantea para el caso de que la Directiva 2001/29 no se oponga a la protección del sabor de un alimento mediante derechos de autos y versa, en particular, sobre el alcance y las condiciones para beneficiarse de dicha protección.

V. Conclusión

63. Habida cuenta del conjunto de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (Tribunal de Apelación de Arnhem-Leeuwarden, Países Bajos):

«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, se opone a la protección del sabor de un alimento mediante los derechos de autor.»

³⁴ Véase, asimismo, el artículo 2, apartado 2, del Convenio de Berna.

³⁵ Véase el artículo 2 de la Directiva 2001/29.

³⁶ Véase el artículo 3 de la Directiva 2001/29.

³⁷ Véase el artículo 4 de la Directiva 2001/29.