CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentadas el 6 de noviembre de 2001 [1]

1. La cuestión prejudicial que el Bundespatentgericht plantea tiene por objeto la interpretación del artículo 2 de la Primera Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas [2] (en lo sucesivo, «Primera Directiva»).

2. El Bundespatentgericht pide al Tribunal de Justicia que interprete el concepto de «signos que puedan ser objeto de una representación gráfica», que se contiene en el artículo 2 de la Primera Directiva.

Más en particular, quiere saber si pueden ser marcas los signos que, como los olores, no son susceptibles de una representación gráfica directa y, por consiguiente, no pueden ser percibidos mediante el sentido de la vista, pero que admiten su expresión visual por medios auxiliares. En caso de que la respuesta sea positiva, el tribunal alemán interroga sobre la representación gráfica requerida para las señales olfativas.

I. El marco jurídico

1. *El derecho comunitario: la Primera Directiva*

3. La Primera Directiva tiene por empeño la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, con el fin de que sean suprimidas las disparidades que puedan obstaculizar la libertad en la circulación de mercancías y en la prestación de servicios o falsear las condiciones de la competencia en el mercado común. Pero la armonización que persigue sólo es parcial, de modo que la intervención del legislador comunitario queda reducida a determinados aspectos relativos a las marcas adquiridas mediante registro. [3]

4. El artículo 2 de la Primera Directiva dice que:

«Podrán constituir marcas todos los signos que puedan ser objeto de una representa-

1 — Lengua original: español.

2 — DO 1989, L 40, p. 1.

3 — Véanse los considerandos primero, tercero, cuarto y quinto de la Primera Directiva.

ción gráfica, especialmente las palabras, incluidos los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, la forma del producto o de su presentación, a condición de que tales signos sean apropiados para distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras.»

5. Por su parte, el artículo 3 dispone que:

«1. Será denegado el registro o, en el supuesto de estar registrados, podrá declararse la nulidad de:

a) los signos que no puedan constituir una marca;

[...]»

2. *La legislación alemana*

6. Con el fin de adaptar su ordenamiento jurídico a la Primera Directiva, el legislador alemán aprobó la Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennezeichnungen (Ley alemana sobre protección de marcas y otros signos), de 25 de octubre de 1994. [4]

7. El artículo 3, apartado 1, de la referida Ley define los signos que pueden constituir una marca de la siguiente manera:

«Podrán registrarse como marcas todos los signos, especialmente las palabras, incluidos los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, las señales acústicas, las estructuras tridimensionales, incluida la forma de un producto o su envase, así como otras presentaciones, incluidos los colores y las combinaciones de colores, que sean apropiadas para distinguir los productos y los servicios de una empresa de los de otra.»

8. El artículo 8, apartado 1, de la propia Ley establece que:

«Se denegará la inscripción como marca de los signos registrables con arreglo al artículo 3 que no puedan ser objeto de una representación gráfica.»

4 — BGBl. 1994, I, p. 3082.

II. Los hechos del litigio principal y la cuestión prejudicial

9. El señor Sieckmann depositó, para su inscripción en la Deutsches Patent- und Markenamt (Oficina de Patentes y Marcas; en lo sucesivo, «Oficina alemana») como signo distintivo de los servicios incluidos en las clases 35, 41 y 42,[5] una «marca olfativa» consistente en:

«la sustancia química pura cinamato de metilo (éster[6] metílico del ácido cinámico), cuya fórmula estructural se reproduce a continuación. También se pueden obtener muestras de esta marca olfativa dirigiéndose a los laboratorios locales a través de las páginas amarillas de Deutsche Telekom AG o, por ejemplo, en la empresa E. Merck en Darmstadt.

C_6H_5-CH = CHCOOCH$_3$»

10. A título subsidiario, para el caso de que la anterior descripción no bastase para cumplir los requisitos del artículo 32 de la Ley alemana sobre marcas, el solicitante se declaró conforme con una consulta pública de la marca que había depositado, con arreglo al artículo 62, apartado 1, de dicha Ley y al artículo 48, apartado 2, de su Reglamento de ejecución.[7]

11. El peticionario presentó, además, una muestra del olor en un recipiente y añadió que el aroma se describe habitualmente como balsámico-afrutado con ligeras reminiscencias de canela.

12. La Sección de Marcas para la clase 35 de la Oficina denegó la inscripción por dos razones. La primera, por tratarse de un signo no apto para constituir una marca y para ser representado gráficamente (artículos 3, apartado 1, y 8, apartado 1, de la Ley alemana sobre marcas). La segunda, por carecer de carácter distintivo (artículo 8, apartado 2, número 1, de la misma Ley).

13. Disconforme con la anterior decisión, el señor Sieckmann la recurrió ante el Bundespatentgericht. Este órgano jurisdiccional estima que los olores, considerados en abstracto, pueden ser apropiados para distinguir los productos de unas empresas de los de otras, pero alberga dudas sobre si una marca olfativa puede cumplir el requisito de la representación gráfica, que se

5 — Clase 35: publicidad, gestión de negocios comerciales, administración comercial y trabajos de oficina.
Clase 41: educación, formación, esparcimiento, actividades deportivas y culturales.
Clase 42: restauración (alimentación), alojamiento temporal, cuidados médicos, de higiene y de belleza, servicios veterinarios y de agricultura, servicios jurídicos, investigación científica e industrial, programación de ordenadores y servicios que no puedan ser clasificados en otras clases.

6 — El éster es un compuesto químico que resulta de sustituir en cualquier ácido, orgánico o inorgánico, algún átomo de hidrógeno por radicales alcohólicos.

7 — BIPMZ Sonderheft, 1994, pp. 156 y ss.

contiene en el artículo 2 de la Primera Directiva. Como quiera que de la interpretación que se haga de esta exigencia depende la decisión del litigio que tiene planteado, formula al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas las siguientes preguntas:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 2 de la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, en el sentido de que el concepto de "signos que puedan ser objeto de una representación gráfica" sólo comprende los que pueden representarse directamente en su configuración visible? ¿O debe extenderse también a los signos que, aunque no sean perceptibles visualmente —como por ejemplo olores o sonidos—, puedan representarse indirectamente por medios auxiliares?

2) En caso de que se responda a la primera cuestión en el sentido de una interpretación amplia, ¿se cumplen los requisitos de la posibilidad de representación gráfica, en el sentido del artículo 2 de la Directiva, cuando un olor es representado

a) mediante una fórmula química,

b) mediante una descripción (que se publicará),

c) mediante el depósito de una muestra o

d) mediante una combinación de los medios de representación sustitutivos antes mencionados?»

III. Análisis de la cuestión prejudicial

14. El Tribunal de Justicia tiene ante sí un sugestivo y, a la vez, importante asunto. Se trata de saber si un olor puede ser registrado como marca y las condiciones que se exigirían al efecto.

15. El estudio que voy a abordar en los siguientes apartados para proponer una respuesta a la cuestión prejudicial debe arrancar del concepto de marca mediante el análisis de sus funciones. Después, me veré obligado a abandonar el terreno estrictamente jurídico, con el fin de adentrarme en campos ajenos al derecho, para reintegrarme a sus dominios con el bagaje que me permita resolver si un olor es susceptible de ser registrado como marca y, por consiguiente, de disfrutar del *status* que el

ordenamiento jurídico comunitario atribuye a esta modalidad de propiedad intangible.

1. *Las funciones de la marca. Las marcas como instrumento de comunicación*

16. La marca es un signo [8] cuyo cometido es distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otra. Así lo dice, con toda claridad, el artículo 2 de la Primera Directiva. [9]

17. Es preciso distinguir para que el consumidor o el usuario final puedan elegir con toda libertad entre las muchas opciones de que disponen [10] y, de este modo, favorecer la libre concurrencia en el mercado. La Primera Directiva expresa una idea similar en el considerando inicial de la exposición de motivos. Señala que la armonización que persigue intenta eludir los obstáculos que, para la libre circulación de mercancías y de prestación de servicios y, en definitiva, para la libertad de competencia, erigen las disparidades normativas existentes entre los Estados miembros. El derecho de marca «constituye un elemento esencial del sistema de competencia no falseado que el Tratado pretende establecer y mantener» [11] y el legislador comunitario ha querido coadyuvar en la tarea, armonizando las legislaciones de los Estados miembros. Así pues, el signo distintivo se encuentra en la salida y la libertad de competencia es la meta. [12]

18. Para llegar a esa meta hay un trecho que recorrer y el vehículo no es otro que el reconocimiento «al titular de la marca [de] un haz de derechos y facultades, [13] cuya misión es reservarle el uso exclusivo del signo distintivo y protegerlo contra los

8 — Qué clase de signo es lo que se trata de averiguar en estas conclusiones.

9 — De igual manera se manifiesta el artículo 4 del Reglamento (CE) nº 40/94, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria (DO 1994, L 11, p. 1; en lo sucesivo, «Reglamento»). En la misma línea se sitúan las legislaciones de los Estados miembros. Pueden citarse, a título de ejemplo: a) Alemania: artículo 3, apartado 1, de la Ley sobre marcas, ya transcrito; b) Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos: artículo 1 de la Ley uniforme Benelux sobre marcas, de 19 de marzo de 1962; c) España: artículo 1 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de marcas; d) Francia: artículo 711-1 del Código de la propiedad intelectual; e) Italia: artículo 16 del Decreto Legislativo de 4 de diciembre de 1992, nº 480; f) Portugal: artículo 165, apartado 1, del Código de la propiedad industrial, aprobado por Decreto-Ley 16/1995, de 24 de enero; g) Reino Unido: artículo 1 (1) de la Trade Marks Act 1994. Fuera de las fronteras de la Unión Europea, la Lanham Act, que, desde 1946, es el texto legal básico de la regulación federal de esta clase de signos distintivos en los Estados Unidos de América, define las marcas atribuyéndoles igual tarea. En Australia, la Trade Marks Act 1995 entiende también que las marcas tienen por objeto distinguir los productos y servicios de un empresario de los de otro (artículo 17, parte 3).

10 — En la sentencia de 17 de octubre de 1990, HAG GF (C-10/89, Rec. p. I-3711), el Tribunal de Justicia ha señalado que se trata de «garantizar al consumidor o al usuario final la identidad de origen del producto que con [la marca] se designa, permitiéndole distinguir sin confusión posible dicho producto de los que tienen otra procedencia» (apartado 14). En igual sentido se ha pronunciado en la sentencia de 4 de octubre de 2001, Merz and Krell (C-517/99, Rec. p. I-6959), apartado 22.

11 — Sentencias, ya citadas, HAG GF, apartado 13, y Merz and Krell, apartado 21.

12 — De forma paradójica, para asegurar la libre concurrencia en el mercado se configura un derecho que constituye una excepción al principio general de la competencia, al atribuir a su titular la facultad de apropiarse en exclusiva de determinados signos e indicaciones. Por esta razón, el artículo 36 del Tratado CE (actualmente artículo 30 CE, tras su modificación) permite que se establezcan prohibiciones o restricciones a la importación, a la exportación o al tránsito dentro del territorio comunitario, justificadas por razones de protección de la propiedad industrial y comercial.

13 — Que la Primera Directiva recoge en el artículo 5.

competidores que quieren aprovecharse de su posición y reputación». [14] Es lo que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha denominado «objeto específico del derecho de marca». [15]

19. La marca persigue que el consumidor pueda identificar los productos y los servicios por su procedencia [16] y por su calidad. [17] Una y otra otorgan a los bienes que el signo representa una imagen y una reputación: es la fama de la marca. [18] Se trata, pues, de establecer un diálogo entre productor y consumidor. Para que este último conozca los productos, el fabricante le informa y, a veces, le persuade. [19] En realidad, la marca es comunicación. [20]

20. Comunicar es hacer a otro partícipe de lo que uno tiene. [21] Por consiguiente, todo acto de comunicación requiere un emisor, un mensaje, un medio o canal por el que transmitirlo y un receptor que pueda descifrarlo o decodificarlo. El código en el que puede ser redactado depende de la naturaleza del decodificador con el que el destinatario lo recibe, lo comprende y lo asimila. Pues bien, el *homo sapiens* es un receptor con múltiples decodificadores. [22]

14 — Véanse los puntos 31 y 32 de las conclusiones que presenté el 18 de enero de 2001 en el asunto en que ha sido pronunciada la sentencia Merz and Krell. Por tanto, al titular de una marca registrada se le protege cuando existe identidad o riesgo de confusión entre su signo distintivo y el que utiliza un tercero, incluida la eventualidad de asociación entre este signo y su marca [véanse los artículos 4, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Primera Directiva; también las sentencias de 29 de septiembre de 1998, Canon (C-39/97, Rec. p. I-5507), apartado 18, y de 22 de junio de 2000, Marca Mode (C-425/98, Rec. p. I-4861), apartado 34].

15 — Véanse, por todas, la sentencia HAG GF, ya citada, apartado 14, y la sentencia de 23 de febrero de 1999, BMW (C-63/97, Rec. p. I-905), apartado 52. La relación entre el «objeto específico» del derecho de marcas y la «función esencial» de esta modalidad de propiedad industrial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha sido analizada por I. de Medrano Caballero en «El derecho comunitario de marcas: la noción de riesgo de confusión», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 234, octubre-diciembre de 1999, pp. 1522 a 1524.

16 — Es la llamada función esencial de la marca (sentencias, ya citadas, Canon, apartado 28, y Merz and Krell, apartado 22). El abogado general Sr. Cosmas, en las conclusiones presentadas en el asunto en que fue dictada la sentencia de 4 de mayo de 1999, Windsurfing Chiemsee (asuntos acumulados C-108/97 y C-109/97, Rec. p. I-2779), afirmó que la función esencial de la marca «[...] consiste, tanto en la individualización de los productos de una empresa y su distinción de otros similares (función distintiva de la marca), como en la vinculación que tienen a una determinada empresa (garantía de procedencia)» (punto 27). No se trata de identificar un producto con un empresario en particular, sino de señalarlo como uno más de los que están designados con la misma marca, aunque su procedencia se desconozca. El objetivo es que, sea quien sea el fabricante, todos los productos elaborados bajo una misma marca procedan de él. Véase sobre el particular C. Fernández Novoa, *Fundamentos de derecho de marcas*, editorial Montecorvo, Madrid, 1984, pp. 46 a 49, y H. Baylos Corroza, *Tratado de derecho industrial*, editorial Civitas, 2ª ed., Madrid, 1993, p. 817.

17 — Es la función indicadora de la calidad, que incentiva a los empresarios a invertir para mejorar sus productos y sus servicios. Se quiere que las empresas «[...] estén en condiciones de captar la clientela por la calidad de sus productos o de sus servicios[...]» (sentencia HAG GF, ya citada, apartado 13). En igual sentido se ha manifestado el Tribunal de Justicia en el apartado 21 de la sentencia Merz and Krell.

18 — Función condensadora de la reputación o imagen.

19 — Función publicitaria de la marca, que es la más controvertida. Sobre las funciones de la marca en relación con las nuevas modalidades de esta variedad de propiedad industrial pueden consultarse los trabajos de M.L. Llobregat, «Caracterización jurídica de las marcas olfativas como problema abierto», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 227, Madrid, enero-marzo de 1998, pp. 54 a 56, y de M.D. Rivero González, «Los problemas que presentan en el mercado las nuevas marcas cromáticas y olfativas», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 238, Madrid, octubre-diciembre de 2000, pp. 1657 a 1664.

20 — C.H. Fezer, *¿Cuándo se convierte un signo en marca?*, ponencia presentada en el Simposio sobre la marca comunitaria, celebrado en Alicante en noviembre de 1999, sostiene que la marca es un signo de comunicación en el mercado; actúa como un código de señales que pone en contacto a los empresarios y a los consumidores en el mercado (citado por M.D. Rivero González, en el trabajo al que ya he aludido).

21 — Sobre las marcas como portadoras de información, véase S. Maniatis, «Scents as Trademarks: Propertisation of Scents and Olfactory Poverty» en *Law and The Senses (Sensational Jurisprudence)*, edición de L. Bently y L. Flynn, Pluto-Press, Londres-Chicago, 1996, pp. 217 a 235.

22 — Véase A. Polasso, «La Comunicación inteligente», en *Humaniora*, página web de la Facultad de Artes de la Universidad de Göteborg (www.hum.gu.se), pp. 61 y ss.

21. Todo el cuerpo humano es un medio de recepción sensorial y, por lo tanto, el reconocimiento de un signo por parte del consumidor puede resultar tan diverso como sentidos tiene. [23]

2. *Los signos aptos para distinguir; en particular, los signos olfativos*

22. Si el objetivo de una marca es que el consumidor pueda distinguir los productos y servicios que se le ofrecen por su procedencia, esa operación es susceptible de ser realizada por cualquiera de los órganos con los que se comunica con el mundo exterior. El signo distintivo puede ser percibido por la vista, por el oído, por el tacto, por el olfato o, incluso, por el gusto. [24] *A priori,* todo mensaje perceptible por los sentidos puede constituir una indicación para el consumidor y puede, en consecuencia, ser un signo capaz de cumplir la función distintiva de una marca. [25]

23. En principio, pues, nada se opondría a que las marcas estén constituidas por mensajes distintos de los que se perciben por los ojos. [26]

24. Ahora bien, aunque todo mensaje aprehensible por cualquiera de los sentidos pueda constituir un signo apto para identificar los productos de una empresa, esa

23 — Véase *Marcas sonoras y olfativas,* en el boletín elaborado por Henson & Co. Patentes y Marcas (http://publicaciones.derecho.org/henson/5.-_Noviembre_de_1999/2). En esta colaboración se pone de manifiesto como «en innumerables situaciones de la vida cotidiana nos encontramos de espaldas al televisor y, sin necesidad de girar la cabeza, somos capaces de identificar el producto que se está anunciando por la música o sintonía que lo acompaña».

24 — Esta idea fue expresada con gran belleza por J.W. von Goethe en el prefacio de su *Teoría de los colores:* «Los colores son actos de luz; actos y sufrimientos [...] Si bien los colores y la luz guardan entre sí relaciones exactísimas, tanto aquéllos como ésta pertenecen en un todo a la Naturaleza; pues a través de ellos la Naturaleza quiere manifestarse particularmente al sentido de la vista. Toda la Naturaleza se revela asimismo a otro sentido. Cuando se cierran los ojos y se aguza el oído, desde el más leve hálito hasta el ruido más ensordecedor, desde el sonido más simple hasta la armonía suprema, desde el grito más frenético y apasionado hasta la más queda palabra de la razón, sólo habla la Naturaleza revelando su existencia, su fuerza, su vida y sus situaciones, de modo que el ciego, al que está vedado lo inefablemente visible, puede sin embargo captar a través de lo oíble una vida inefable. Así habla la Naturaleza también a otros sentidos, conocidos, mal entendidos o desconocidos; así habla ella consigo misma y a nosotros a través de mil fenómenos» (he utilizado la edición realizada en 1999 por el Consejo General de la Arquitectura de España y Celeste Ediciones, con estudio introductorio de J. Arnaldo).

25 — M.A. Perot-Morel, «Les difficultés relatives aux marques de forme et à quelques types particuliers de marques dans le cadre communautaire», *Rivista di diritto industriale,* año XLV (1996), primera parte, pp. 247 a 261, en particular p. 257. Esta autora, sin embargo, después matiza su afirmación en lo que concierne a los sentidos del gusto y del tacto, pues los signos gustativos y los táctiles no pueden ser percibidos por el público con independencia del objeto que representan: el gusto de un producto sólo puede conocerse degustándolo y la suavidad de un tejido únicamente puede sentirse tocándolo (p. 260). Además, en estos casos el signo nunca podría ser marca por carecer de capacidad distintiva: el gusto de una manzana describe esta fruta. Un sabor solamente podría ser una marca si no tuviera nada que ver con el dejo de un determinado producto; por ejemplo, el sabor a manzana para distinguir una línea de cosméticos. Pero, en tal caso, para aprehender el signo distintivo sería menester o bien degustar una manzana, con lo cual el signo sería esta fruta, o bien probar un producto de cosmética con sabor a manzana, en cuyo caso el signo distintivo ya no sería el sabor, sino el producto en sí mismo considerado. Con el sentido del tacto ocurre otro tanto, lo que me permite afirmar que únicamente podrían constituir marca aquellos signos y señales que, como los visuales, los sonoros y los olfativos, se desplazan por el espacio y pueden ser aprehendidos con independencia del objeto del que son una cualidad.
Sobre las dificultades de identificación de un producto por su olor, antes de adquirirlo, véase el trabajo de S. Maniatis, ya citado, pp. 222 y 223.

26 — M.D. Rivero González afirma en el trabajo ya citado (p. 1646) que los estudios de mercadotecnia demuestran que la percepción por el consumidor, a través de otros órganos distintos de la vista, de estímulos en la diferenciación de los productos puede ser de gran utilidad para la comunicación que se persigue con la marca.

innata aptitud no es siempre la misma. La razón es muy simple: la percepción que del mundo exterior obtiene el ser humano es diferente en función del sentido, de la ventana, por la que lo recibe. [27]

25. En neurofisiología se suele hacer la distinción entre los sentidos «mecánicos» y los «químicos». Los primeros serían el tacto, la vista y el oído, los tres fácilmente perceptibles porque responden a la idea de forma (*gestalthaft* —«lo propio de la forma»—) y pueden ser descritos de manera relativamente objetiva. La caracterización de los segundos, el gusto y el olfato, presenta, sin embargo, mayor dificultad a causa de la ausencia de pautas precisas para definir su contenido. En la cultura occidental, el olfato y el gusto, también el tacto, son situados en un segundo plano. Para Platón y Aristóteles, son sentidos que procuran placeres menos puros y elevados que la vista y el oído. En la Europa de las luces, Kant los presentó como sentidos ingratos y Hegel los consideraba incapaces de proporcionar un verdadero conocimiento del mundo y del propio yo. Freud y Lacan los relegaron al mundo de los animales y vincularon el desarrollo de la civilización con el debilitamiento de estos sentidos. [28]

26. Cuando se habla de subjetividad u objetividad de los sentidos hay que ser cautos. No existen órganos sensoriales objetivos y otros subjetivos. En la obra ya citada, Goethe sostiene que el sentido de la vista y la percepción de los colores se encuentran cargados de relativismo. [29] De otro lado, se sabe que la caracterización de una obra musical no es siempre igual, [30] depende del oyente, de su sensibilidad. A fin de cuentas, quien recibe el mensaje es un individuo con su propia experiencia y sus singulares capacidades perceptivas. En realidad, hay que hablar de mayor o menor perfección de la aprehensión sensorial y, por consiguiente, de mayor o menor rigor en la descripción de lo percibido por el receptor.

27. Y, situados en este nivel, sería difícil hacer una caracterización general de los sentidos para afirmar que el más desarrollado es el de la vista. La capacidad del ojo del hombre para vislumbrar colores es tan limitada [31] como su olfato para apreciar los

27 — Véanse las consideraciones que he hecho sobre el particular en la nota 25.

28 — Véase O. Laligant, «Des œuvres aux marches du droit d'auteur: les œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher», *Revue de recherche juridique, Droit prospectif*, 1992, nº 1, pp. 107 y 108, citado por J.-P. Clavier, *Les catégories de la propiété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, editorial L'Harmattan, 1998, p. 248.

29 — «Creo que soñamos para no dejar de ver» dice en *Las afinidades electivas* (citado por J. Arnaldo en el estudio introductorio a *La teoría de los colores*). No hay nada más personal que los sueños.

30 — Tampoco lo es su interpretación.

31 — Se cita como ejemplo que, ante un catálogo de colores usados por las casas comerciales de pintura, la elección de un determinado color (rosa, verde o azul) entre las distintas tonalidades (veinte o treinta en cartas reducidas) resulta un verdadero problema. El ojo humano sólo es capaz de distinguir, sin riesgo de confusión, entre tres o cuatro tonos de un mismo color. Un consumidor medio es incapaz de diferenciar tonalidades de color próximas o parecidas (véase M.D. Rivero González, *op. cit.*, p. 1673).

olores. Además, la descripción de un color puede llegar a ser tan imprecisa y difícil como la de un olor. [32]

28. ¿Cuál es, pues, la diferencia? El ojo permite ver no sólo el color, sino también las formas, [33] y el olfato únicamente deja percibir el «color del olor», nunca sus «hechuras». [34] Hay en el sentido de la vista una mayor amplitud de aprehensión y, por consiguiente, de compresión. Ésta es, a mi juicio, la gran diferencia que, en orden a su vocación para singularizar, existe entre los mensajes visuales y, en lo que aquí ahora interesa, los olfativos.

29. En cualquier caso, creo que está fuera de toda discusión la abstracta idoneidad de los signos que se aprehenden por el olfato para cumplir una función representativa. Si se quieren simbolizar los productos o los servicios de una determinada procedencia, para distinguirlos de los que tienen un origen diferente; si se trata de rememorar un concreto linaje, una calidad, una reputación empresarial, lo mejor es acudir a un sentido que, como el del olfato, tiene unas cualidades evocadoras innegables, incluso persuasivas. [35] Dice M.D. Rivero, en el trabajo ya citado, [36] que los estudios sobre percepción de los olores demuestran que la memoria olfativa es probablemente la mejor que tiene el ser humano. [37] El olfato, por su función particular en el sistema nervioso, está muy ligado a las estructuras límbicas, que influyen en la evocación de los recuerdos y en las emociones. [38] Como

32 — Téngase en cuenta, por ejemplo, que las cartas de colores que se utilizan en el mercado pueden llegar a presentar hasta 1750 tonalidades en mezclas (véase M.D. Rivero González, *op. cit.*, nota a pie de página 78, p. 1675).

33 — En «Ensayos sobre la pintura» *(Pensamientos sueltos sobre la pintura,* Ed. Tecnos, Madrid 1988, p. 9), D. Diderot decía que «el dibujo es el que da la forma a los seres; el color es el que les da la vida». La relación entre el color y la forma fue explicada en 1975, de manera muy gráfica, por Ch. Metz en su trabajo *Lo percibido y lo nombrado* (puede obtenerse en internet, en la dirección www.otrocampo.com). Decía Metz que, en una revista de vestidos, si dos artículos son de corte idéntico y se distinguen por el color, se estima que se trata de la misma prenda en dos «tonos», pues la cultura afianza la permanencia del objeto (de la forma) y la lengua la afirma: sólo el atributo ha cambiado. Si los dos artículos tienen igual color y un corte diferente, nadie pensará ni dirá que la boutique le ofrece «el mismo tono en dos vestidos», se diría más bien que los «dos vestidos son del mismo tono». El color es el predicado: son dos objetos distintos que tienen idéntico color.

34 — En realidad, colores y olores presentan parejas dificultades para su admisión como marcas de fábrica; así se deduce del estudio realizado por M.D. Rivero González, ya citado.

35 — P. Süskind, *El perfume, historia de un asesino,* editorial Seix Barral, 1ª ed., Barcelona 1985, relata la historia de un hombre del siglo XVIII francés, poseedor de un extraordinario sentido del olfato, que provoca numerosas muertes a su alrededor con sus fragancias, hasta ser devorado en una espeluznante escena de canibalismo. En la p. 80 escribe que «hay en el perfume una fuerza de persuasión más fuerte que las palabras, el destello de las miradas, los sentimientos y la voluntad. La fuerza de persuasión del perfume no se puede contrarrestar, nos invade, como el aire ocupa nuestros pulmones, nos llena, nos satura, no existe ningún remedio contra ella».

36 — Página 1677.

37 — En la edición de *Le Monde,* correspondiente al sábado 7 de julio de 2001, apareció una noticia (p. 16) con el título «Fouiller la mémoire pour accroître l'effet des publicités», en la que se da cuenta de que investigadores en ciencias cognoscitivas y en neurofisiología se ponen al servicio de los expertos en publicidad para mejorar la memorización de los mensajes comerciales.

38 — Ch. Baudelaire lo expresa con belleza en su poema *Le parfum,* recogido en *Spleen et Idéal,* dentro de «Les fleurs du mal», Ed. Gallimard (La Pléiade), París, 1971, p. 39:

Lecteur, as-tu quelquefois respiré
Avec ivresse et lente gourmandise
Ce grain d'encens qui remplit une église,
Ou d'un sachet le musc invétéré?

Charme profond, magique dont nous grise
Dans le présent le passé restauré
Ainsi l'amant sur un corps adoré
Du souvenir cueille la fleur exquise.

Dans ses cheveux élastiques et lourds
Vivant sachet, encensoir de l'alcôve,
Une senteur montait, sauvage et fauve,

Et des habits, mousseline ou velours,
Tout imprégnés de sa jeunesse pure,
Se dégageait un parfum de fourrure.

bien comprendió Marcel Proust, [39] según los últimos descubrimientos de neurofisiología, unos y otras, los recuerdos y las emociones, van de la mano.

30. Esta propiedad de los signos que se perciben por el olfato para cumplir la función distintiva propia de las marcas no es teórica. Algunos ordenamientos jurídicos han admitido las marcas olfativas. El más madrugador fue el estadounidense. El 19 de septiembre de 1990 se otorgó el registro de una marca consistente en la «fragancia fresca floral que recuerda a las flores de plumerilla», para distinguir hilos de costura y bordado. [40] Dos precisiones deben hacerse, no obstante, sobre esta marca. En realidad, la marca no es tanto el olor como el producto perfumado, con independencia de su fragancia. [41]

31. La segunda concreción es de mayor calado y atiende a una singularidad propia del sistema estadounidense sobre registro de marcas de comercio. A diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico comunitario y en los de la mayoría de los Estados miembros, para que determinados signos puedan acceder al registro como marca no es suficiente que tengan vocación distintiva, sino que es imprescindible que esa capacidad haya sido demostrada en la práctica mediante su uso exclusivo y continuo durante un determinado plazo *(secondary meaning)*. En tales casos, los derechos sobre la marca nacen del uso, no del registro. El símbolo se convierte en marca cuando la clientela lo considera como tal. [42]

39 — El fenómeno de la memoria involuntaria provocado por determinadas percepciones sensoriales evocadoras de un tiempo anterior constituye el detonante del proceso creador de M. Proust en *A la recherche du temps perdu*. Con independencia del conocido episodio de la magdalena mojada en una infusión de té, que justifica y hace surgir la novela (S. Doubrousky, *La place de la madeleine, Écriture et fantasme chez Proust*, Ed. Mercure de France, París, 1974, pp. 7 y ss), hay otros actos de percepción inmediata y fortuita, entre los que el escritor irlandés Samuel Beckett, premio Nobel de literatura en 1969, destaca el olor a lugar cerrado en unos servicios públicos de los Campos Elíseos (S. Beckett, *Proust*, Ed. Nostromo, Madrid, 1975, p. 38), aunque hay otras varias impresiones olfativas que se deslizan a lo largo de la obra proustiana, como el olor de un camino, el de las hojas de los árboles, la fragancia de una flor o el tufo de una habitación cerrada (J.-P. Richard, *Proust et le monde sensible*, Ed. du Seuil, París, 1974, pp. 133 y 134). En concreto, el olor a lugar cerrado que se desprendía de las paredes viejas y húmedas de la entrada de los lavabos, en la que el narrador espera que Françoise salga, le llena de «un placer consistente, en el que yo podía apoyarme, delicioso, apacible y henchido de verdad duradera, cierta e inexplicable» (M. Proust, *A la recherche du temps perdu, À l'ombre de jeunes filles en fleurs*, Ed. Gallimard, La Pléiade, París, 1987, tomo I, p. 483).

40 — Más recientemente, el 26 de junio de 2001, ha sido registrada una marca consistente en perfume de cereza, para distinguir lubrificantes sintéticos de vehículos de competición o destinados al espectáculo. Se encuentran pendientes de resolución otras catorce solicitudes de registro de marcas olfativas.

41 — Véase el trabajo de M.L. Llobregat, ya citado, pp. 110 y ss.; también puede consultarse el trabajo de E. Gippini Fournier, «Las marcas olfativas en los Estados Unidos», *Actas de Derecho Industrial*, tomo XIV, 1991-1992, coedición del Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela y Marcial Pons, Ediciones jurídicas, S.A., Madrid, 1993, pp. 157 a 167. En la decisión autorizando esta marca, el Trademark Trial and Appeal Board precisó que no podría servir de precedente para el registro de olores como representativos de productos que en sí mismos son olfativos (aguas de colonia, productos de limpieza). Las marcas de esta naturaleza sólo serían admisibles para productos que, normalmente, no están asociados a un olor.

42 — Véase J.T. McCarthy, «Les grandes tendances de la législation sur les marques et sur la concurrence déloyale aux Etats-Unis d'Amérique dans les années 1970», *La Propiété industrielle, Revue mensuelle de l'Organisation Mondiale de la Propiété Intellectuelle*, nº 10, octubre 1980, pp. 225 y 226. El *secondary meaning* no es desconocido en el derecho comunitario sobre marcas. El artículo 3, apartado 3, de la Primera Directiva permite el registro como marca de signos que, careciendo inicialmente de carácter distintivo, lo adquieren por el uso (en idéntico sentido se manifiesta el artículo 7, apartado 3, del Reglamento nº 40/94).

32. En el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, la Oficina de Armonización del Mercado Interior ha concedido el registro de la marca «olor a hierba recién cortada» para singularizar unas pelotas de tenis. [43] Pero, al parecer, se trata de una «perla en el desierto», de una decisión aislada sin epígonos. [44]

33. En el Reino Unido, [45] el United Kingdom Trade Mark Registry ha admitido dos marcas olfativas: el olor de rosas aplicado a neumáticos (marca nº 2001416) y el olor de cerveza para distinguir dardos (marca nº 2000234). No obstante, tal y como el Gobierno británico dice en sus observaciones escritas, [46] la práctica respecto de tal suerte de marcas está cambiando. En efecto, el Registro ha denegado, en decisión de 16 de junio de 2000, confirmada en apelación por resolución de 19 de diciembre del mismo año, la inscripción de una marca consistente en el aroma o la esencia de canela, para distinguir mobiliario y sus complementos (nº 2000169).

34. En Francia [47] los perfumes pueden ser objeto de derechos de autor [48] y en el Benelux ha sido admitida una marca olfativa para productos cosméticos. [49]

3. *La imposibilidad de la «representación gráfica» de los mensajes olfativos*

35. Ahora bien, conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Primera Directiva, para poder constituir marca no es suficiente con que los signos «sean apropiados para distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otra», sino que, además, deben ser susceptibles de «representación gráfica». [50]

43 — Resolución de la Segunda Sala de Recurso, de 11 de febrero de 1999, asunto R 156/1998-2, solicitud nº 428.870.

44 — En *Oami News*, nº 3, 1999, p. 4, aparece un suelto en el que se dice que, no obstante la concesión de la marca nº 428.870, «olor a hierba recién cortada», seguirá en vigor, como condición para admitir un depósito, la práctica de la Oficina, consistente en exigir una representación gráfica (en dos dimensiones) de todas las marcas que no sean verbales.

45 — Sobre las marcas olfativas en Gran Bretaña véanse los apartados 33 y siguientes de las observaciones escritas presentadas por el Gobierno británico.

46 — Apartado 37.

47 — El *Bulletin Officiel de la Propiété Industrielle* francés ha publicado la solicitud de registro de cinco marcas olfativas, pero ninguna ha sido aún inscrita.

48 — Véase la sentencia de la Cour d'appel de Paris, Rochas, de 3 de julio de 1975; también la sentencia del Tribunal de Commerce de Paris, Thierry Mugler Parfums, de 24 de septiembre de 1999.

49 — El depósito (nº 925.979) fue realizado por la compañía francesa Lancôme Parfums et Beauté & Cie. El Bureau Benelux des marques ha admitido también el olor a hierba recién cortada para distinguir pelotas de tenis.

50 — En igual sentido se pronuncia el artículo 8, apartado 1, de la Ley alemana cuando prohíbe la inscripción como marca de aquellos signos distintivos que «no puedan ser objeto de una representación gráfica». Es una exigencia que también está presente en el artículo 711-1 del Código francés de la propiedad intelectual, en el artículo 165.1 del Código portugués de la propiedad industrial y en el artículo 16 de la Ley italiana sobre las marcas. Las leyes danesa, finlandesa y sueca homónimas siguen la misma línea. El derecho griego pide igual requisito (artículo 1, apartado 1, de la Ley 2239/1994). La Trade Marks Act 1994 [artículo 1(1)], en el Reino Unido, y la Trade Marks Act 1996 (sección 6), en Irlanda, reclaman la representación gráfica para que un signo pueda ser registrado como marca. Finalmente, en España, la vigente Ley no contempla este requisito; pero el proyecto de Ley de Marcas, actualmente en tramitación parlamentaria, define la marca en el artículo 4, apartado 1, como «todo signo susceptible de representación gráfica [...]» [Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, serie II: proyectos de ley, nº 31 (a), de 4 de julio de 2001, p. 6]. En el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos la capacidad de representación gráfica no es, sin embargo, un requisito del concepto de marca, lo que, tal vez, explique la mayor proliferación en su sistema de esta clase de signos distintivos.

36. Este requisito viene impuesto por el principio de seguridad jurídica. Una marca registrada otorga un monopolio a su titular, quien hace un uso exclusivo, frente a todos, de los signos que la forman. La consulta del registro ha de permitir conocer, con la amplitud propia de la publicidad registral, la naturaleza y el alcance de los signos, de las indicaciones y de los símbolos inscritos como marcas y, a tal fin, se pide su representación gráfica. Si se trata de que, para distinguir sus productos y sus servicios de los de otros, un empresario se apropie de unas determinadas señales e indicaciones, hay que conocer con detallada precisión los símbolos que hace suyos, para que los demás sepan a qué atenerse. Por el cauce de la seguridad jurídica, el requisito de la representación gráfica entronca con la función distintiva, primera y esencial de las marcas.

37. Representar gráficamente es describir algo usando símbolos susceptibles de ser dibujados. Quiere esto decir que a la aptitud originaria de un signo cualquiera para distinguir debe añadirse su capacidad para ser «llevado al papel» y, por consiguiente, para ser visualmente percibido. Y como quiera que se trata de discriminar, esa representación debe hacerse de manera que sea comprensible, porque la comprensión es presupuesto del discernimiento.

38. No basta, pues, cualquier representación gráfica, sino que es menester que cumpla dos condiciones. La primera, que sea completa, clara y precisa, para que se sepa, sin duda alguna, lo que se monopoliza. La segunda, que sea inteligible para quienes puedan estar interesados en consultar el registro, que son los otros productores y los consumidores.[51] Aptitud para distinguir y capacidad de representación gráfica son dos notas que se dirigen unidas al mismo fin: que en el mercado los productos puedan ser seleccionados por los potenciales compradores en función de su procedencia. Se representan gráficamente los signos que constituyen una marca para proteger y dar publicidad a su apropiación por un empresario, que los ha hecho suyos con el objetivo de singularizar sus productos o los servicios que presta.

39. ¿Se puede «dibujar» un olor? ¿Puede una señal olfativa ser representada gráficamente con precisión y claridad para todos? La respuesta es, a mi juicio, negativa. También parece serlo para el propio Sr. Sieckmann, quien, en su intervención oral en la audiencia pública, ha reconocido que los olores no pueden ser reproducidos de manera gráfica. Para llegar a esta aseveración es suficiente con analizar las alternativas que propone el Bundespatentgericht en la segunda pregunta.

40. La fórmula química no representa el olor de una sustancia, sino la propia sustancia. Serían los componentes químicos

51 — En sus observaciones escritas, el Gobierno británico dice con tino que no sería admisible la representación que exigiera esfuerzos exagerados para determinar el signo que aparece reproducido en el registro [punto 32.c)].

y las proporciones precisas para obtener un determinado producto lo que quedaría registrado, nunca el signo olfativo. Además, una representación tal adolecería de las claridad y precisión necesarias. Muy pocas personas serían capaces de interpretar un olor a partir de la fórmula química representativa del producto del que emana, esto es, de los elementos que lo integran y de las cantidades [52] que han de mezclarse para obtenerlo. [53] Añádase a lo anterior que un mismo producto es susceptible de emitir señales olfativas diversas en función de factores tan aleatorios como su concentración, la temperatura ambiente o el soporte al que sea aplicado. [54]

41. Por supuesto que la descripción de un signo o de una señal plasmada mediante el lenguaje escrito es una representación gráfica, pero, por sí misma, no cumple las requeridas exigencias de claridad y precisión. [55] Por las razones que he expuesto líneas más arriba, la descripción de un dibujo presenta menos dificultades que la de un pasaje musical, la de un color o la de un olor. La forma que acompaña al dibujo permite una objetivación de sus características, lo que no ocurre con los signos que no son figurativos. La descripción de un olor está cargada de mayor subjetividad [56] y, por consiguiente, de relatividad, condición que es enemiga de la precisión y de la claridad. [57] Buena prueba de lo que quiero decir es el caso que se encuentra en el origen de esta cuestión prejudicial. Se pretende por el demandante la protección como marca de un aroma «balsámico-afrutado, con ligeras reminiscencias de canela». ¿Qué significa balsámico? ¿Cómo se entiende el carácter afrutado? ¿Qué intensidad adquiere el recuerdo de la canela? Con esa descripción sería imposible conocer el signo olfativo que el actor pretende monopolizar. Aun cuando fuera más extensa, no ganaría en precisión y nunca podría llegar a saberse, sin duda alguna, en qué consiste el olor en cuestión. [58] Parece evidente que la descripción de un olor no es una representación gráfica adecuada en el

52 — ¿Quién sería capaz de aprehender un aroma «balsámico-afrutado, con ligeras reminiscencias de canela» a partir de la fórmula C_6H_5-CH = CHCOOCH$_3$?

53 — El Gobierno del Reino Unido precisa en sus observaciones escritas que numerosos olores no son causados por una sola sustancia química pura, sino por una mezcla de ellas. La obligación de identificar la naturaleza del signo a partir de un cierto número de fórmulas químicas complejas constituiría una carga indebida para los que consulten el registro (apartado 41).

54 — H.E. Meister, «Markenfähigkeit und per se-Ausnahmen im Gemeinschaftsmarkenrecht», en *WRP — Wettbewerb in Recht und Praxis*, nº 9/2000, pp. 967 y ss., explica cómo la «hierba recién cortada» no huele igual en su ciudad natal que en Alicante.

55 — A no ser que se trate de una marca exclusivamente denominativa. Por ejemplo, la marca denominativa «tapitoli» es en sí distintiva, a salvo, claro está, de la preexistencia de otros nombres idénticos o parecidos para los mismos o similares productos (véanse los artículos 4, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Primera Directiva).
En el número de *Oami News*, ya citado, se informa de que es práctica de la Oficina rechazar una descripción como sustitutivo válido de la representación gráfica.

56 — El Gobierno austriaco lo demuestra en sus observaciones escritas con un ejemplo clarificador: ni siquiera dos enólogos describen de igual forma el aroma de un mismo caldo (apartado 4, párrafo segundo). Para muestra un botón: el buqué del vino *Château Talbot* (denominación de origen: *Bordeaux, Saint-Julien*) de la cosecha de 1992 es descrito como un «aroma exótico y extravertido de cereza negra confitada, de trufa y de regaliz, marcado por olores vegetales y herbáceos, tiene cuerpo y es flexible, jugoso y suculento» (R. Parker, *Les vins de Bordeaux*, Ed. Solar, París 1999, p. 317) y también como «orujo de café con una punta animal y bella estructura, rica y con una buena concentración» *(Le guide Hachette des vins 1996*, edición de J. Arcache y C. Montalbetti, París 1995, p. 327).

57 — H.E. Meister, dice, citando a K. Lorenz, que parte de las dificultades para objetivar los olores provienen de las limitaciones del lenguaje, que se formó en una época en que la única experiencia conocida era la ontogénesis. Esta es la causa por la que describimos los olores por referencia a otros objetos («olor a canela»).

58 — En el trabajo ya citado, S. Maniatis transcribe la descripción que se hizo del olor del perfume «Nº 5» de Chanel, para intentar su inscripción: «El aroma de un perfume aldehídico-floral, con una salida compuesta de aldehídos, bergamota, limón y neroli; un elegante corazón floral de jazmín, rosa, muguete, iris e ylang-ylang; y un sensual fondo femenino de sándalo, cedro, vainilla, ámbar, algalia y almizcle. Este aroma también se conoce por su nombre escrito: *Nº 5*».

sentido del artículo 2 de la Primera Directiva. [59]

42. Finalmente, el depósito en el registro de una muestra del producto químico que produce el olor no es la «representación gráfica» del signo distintivo. Y aun cuando se admitiera la consignación de un patrón de la sustancia que produce el olor, a las dificultades de la inscripción relativas a su claridad y precisión, se añadirían las impuestas por los inconvenientes para su publicación y por el paso del tiempo. Por efecto de la volatilidad de sus componentes, un olor cambia con el tiempo, incluso hasta desaparecer. [60]

43. Si ninguno de los sucedáneos que se proponen en la segunda pregunta son capaces de cumplir por separado las exigencias propias de una «representación gráfica», que permita saber con claridad y precisión el signo o los signos que constituyen la marca, la suma de todos ellos es susceptible de crear aún mayor incertidumbre. El registro de una fórmula química, acompañada de una muestra y de una descripción del olor que produce, incrementa el número de mensajes con los que conocer el signo y, por lo tanto, el riesgo de interpretaciones distintas, introduciendo mayor inseguridad si cabe. [61]

44. En ningún momento pretendo negar que los mensajes olfativos puedan ser representados por escrito. Sé de la existencia de distintos sistemas, puestos a punto por la ciencia, para «dibujar» los olores, [62] pero, en el estado actual de su desarrollo, todos padecen las dificultades ya expuestas, y adolecen de la falta de claridad y precisión necesarias en la expresión visual de un signo distintivo que se quiere monopolizar en cuanto marca.

45. No es necesario excluir expresamente ciertos signos de la legislación sobre marcas. Los hay que se excluyen ellos mismos por ser incapaces de ajustarse a las formalidades del derecho de marcas. [63]

59 — Si se admitiera la descripción de un olor como marca ¿por qué no la de un sentimiento? Por ejemplo, la congoja, el miedo, la esperanza o el bienestar.

60 — La volatilidad es la característica física indispensable para que una sustancia tenga olor. Los perfumes huelen porque son volátiles. La volatilidad de sus componentes no es uniforme. Los receptores sensitivos perciben en primer lugar los impulsos olorígicos producidos por las notas más volátiles («notas de salida»). Las «notas de corazón» o notas medias constituyen la parte central del perfume. Las más tenaces y menos volátiles son las «notas de fondo», que dan persistencia y carácter al perfume.

61 — No sería extravagante que una persona interesada en conocer el registro de la marca y que oliera la muestra depositada llegara al convencimiento de que el aroma que percibe no se corresponde con el descrito en la inscripción, sin que, por otro lado, tenga nada que decir acerca de la fórmula química que aparece registrada, que será para él un arcano.

62 — Evaluación sensorial, cromatografía de gases (GC) y cromatografía líquida de alto rendimiento (HPLC), que son descritos por M.L. Llobregat en las pp. 102 a 105 de su trabajo, ya citado.

63 — M. Mathély, «Le droit français des signes distinctifs», *Librairie du Journal des Notaires et des Avocats*, París, 1984, p. 42.

46. En suma, los olores, si bien pueden tener carácter distintivo, no son susceptibles de la «representación gráfica» que exige el artículo 2 de la Primera Directiva, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en dicho precepto, no son aptos para ser marcas ni, en consecuencia, para ser registrados como tales, por virtud de lo dispuesto en el artículo 3, apartado 1, letra a), de la misma norma.

IV. Conclusión

47. De acuerdo con las anteriores consideraciones, propongo al Tribunal de Justicia que, en respuesta a las preguntas formuladas por el Bundespatentgericht, declare que:

«1) El artículo 2 de la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, exige, para que un signo pueda ser marca, que tenga carácter distintivo y que sea susceptible de una representación gráfica íntegra, clara, precisa y comprensible para la generalidad de los fabricantes y consumidores.

2) En la actualidad, los olores no son aptos para ser representados gráficamente de la manera indicada y, de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo, no pueden ser marcas.»