

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Segunda)
de 29 de abril de 2004 *

En el asunto T-399/02,

Eurocermex SA, con domicilio social en Evere (Bélgica), representada por
M^{es} A. Bertrand y T. Reisch, abogados,

parte demandante,

contra

Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos)
(OAMI), representada por la Sra. S. Laitinen y el Sr. A. Rassat, en calidad de
agentes,

parte demandada,

que tiene por objeto la anulación de la resolución de la Sala Primera de Recurso de la OAMI de 21 de octubre de 2002 (asunto R 188/2002-1), relativa a la solicitud de registro de una marca tridimensional (botella de cuello largo en el que está incrustada una rodaja de limón) como marca comunitaria,

* Lengua de procedimiento: francés.

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Segunda),

integrado por el Sr. J. Pirrung, Presidente, y los Sres. A.W.H. Meij y N.J. Forwood, Jueces;

Secretario: Sr. J. Palacio González, administrador;

habiendo considerado la demanda presentada en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 31 de diciembre de 2002;

habiendo considerado el escrito de contestación presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 24 de abril de 2003;

celebrada la vista el 25 de noviembre de 2003;

dicta la siguiente

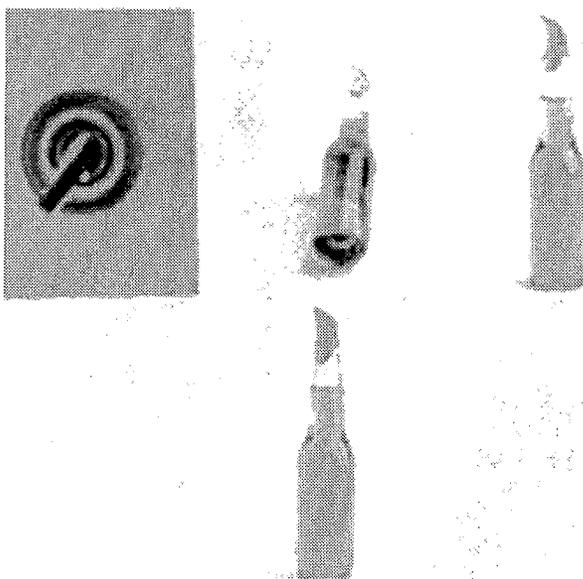
Sentencia

Antecedentes del litigio

- 1 El 27 de noviembre de 1998, la demandante, cuya actividad consiste en la comercialización y distribución de la cerveza mejicana CORONA en el territorio europeo, presentó una solicitud de marca comunitaria ante la Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI), en

virtud del Reglamento (CE) n° 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria (DO 1994, L 11, p. 1), en su versión modificada.

- 2 La marca cuyo registro se solicitó es una forma tridimensional con reivindicación de los colores amarillo y verde. Conforme a la reproducción gráfica que se acompaña a la solicitud de marca (reproducida en blanco y negro a continuación), ésta consiste en una botella transparente, llena de un líquido amarillo, de cuello largo en el que está incrustada una rodaja de limón que tiene la corteza verde.



- 3 Los productos y servicios para los que se solicitó el registro de la marca están comprendidos en las clases 16, 25, 32 y 42 del Arreglo de Niza, de 15 de junio de

1957, relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas, en su versión revisada y modificada, y corresponden, para cada una de dichas clases, a la descripción siguiente:

- clase 16: «Papel, cartón y artículos de estas materias; productos de imprenta, artículos de encuadernación, fotografías; papelería; adhesivos (pegamentos) para la papelería o el hogar; artículos de oficina (a excepción de los muebles); materias plásticas para embalaje (no comprendidas en otras clases); caracteres de imprenta; clichés»;

- clase 25: «Prendas de vestir, camisetas tipo Truman, pantalones cortos de todo tipo; calzado de todo tipo, sombrerería de todo tipo»;

- clase 32: «Cervezas, aguas minerales y con gas, zumos de frutas»;

- clase 42: «Restaurantes, bares, cafeterías».

4 Mediante escrito de 18 de octubre de 1999 la examinadora indicó a la demandante que consideraba que la marca solicitada carecía de carácter distintivo, en el sentido del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94.

- 5 Mediante escrito de 17 de febrero de 2000, remitido por fax el 22 de febrero de 2000, la demandante presentó algunas observaciones a este respecto y alegó que la marca denominativa CORONA era notoria. El escrito precisa que se presenta acompañado de anexos, entre los que figura un artículo titulado «La bière mexicaine», publicado en el diario *Le Monde*, de 31 de agosto de 1997. No obstante, dichos anexos no obran en los autos de la Sala de Recurso remitidos al Tribunal de Primera Instancia.
- 6 Mediante escrito de 25 de septiembre de 2001, la examinadora reiteró su posición según la cual la marca comunitaria carecía de todo carácter distintivo en el sentido del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento n° 40/94 e instó a la demandante a que presentara, dentro del plazo de dos meses, las pruebas acreditativas de que dicha marca había adquirido un carácter distintivo como consecuencia del uso que de ella se había hecho.
- 7 Mediante resolución de 21 de diciembre de 2001 la examinadora denegó la solicitud de marca, en virtud del artículo 38 del Reglamento n° 40/94, respecto a los productos y servicios comprendidos en las clases 32 y 42, por considerar que la marca solicitada carecía de todo carácter distintivo, en el sentido del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento n° 40/94. Señaló que la demandante no había presentado, dentro del plazo señalado al efecto, las pruebas acreditativas de que dicha marca hubiera adquirido un carácter distintivo como consecuencia del uso que de ella se había hecho.
- 8 El 20 de febrero de 2002 la demandante interpuso un recurso ante la OAMI, con arreglo al artículo 59 del Reglamento n° 40/94, contra la resolución de la examinadora. Mediante resolución de 21 de octubre de 2002, notificada a la demandante el 24 de octubre de 2002 (en lo sucesivo, «resolución impugnada»), la Sala Primera de Recurso anuló parcialmente la resolución de la examinadora por cuanto había denegado la solicitud de marca para los productos denominados «aguas minerales» comprendidos en la clase 32. Desestimó el recurso en cuanto al resto.

Pretensiones de las partes

- 9 La demandante solicita al Tribunal de Primera Instancia que:
- Modifique la resolución impugnada, anulando la resolución de la examinadora, en lo que atañe a los productos y servicios denominados «cervezas, aguas con gas, zumos de frutas; restaurantes, bares y cafeterías», y devuelva el asunto a la examinadora para que resuelva sobre éste.
 - Condene en costas a la OAMI.
- 10 La OAMI solicita al Tribunal de Primera Instancia que:
- Desestime el recurso.
 - Condene en costas a la demandante.

Fundamentos de Derecho

- 11 En apoyo de su recurso, la demandante invoca dos motivos, relativos a la infracción del artículo 7, apartado 1, letra b), y a la infracción del artículo 7, apartado 3, del Reglamento nº 40/94, respectivamente.

Sobre el primer motivo, relativo a la infracción del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento n° 40/94

Alegaciones de las partes

- 12 La demandante critica el análisis de la Sala de Recurso según el cual el consumidor está acostumbrado a la forma de la botella representada en la marca solicitada, tanto para las cervezas como para las bebidas carbónicas y los zumos de fruta. Según la demandante, únicamente algunas cervezas mejicanas se venden en botellas de esta forma, mientras que las cervezas comercializadas en Europa, excepto algunas que han sido objeto de actuaciones judiciales eficaces por usurpación, se presentan en botellas cuyas formas se distinguen radicalmente de la que representa la marca solicitada.

- 13 Por lo que respecta a los zumos de fruta, la demandante afirma que la botella clásica de estas bebidas se diferencia de la botella controvertida, en particular, por un tamaño distinto y un cuello menos largo. En cuanto a las aguas con gas, la demandante alega que el consumidor no está acostumbrado a botellas de 33 cl, como la botella controvertida, dado que el agua con gas se comercializa normalmente en botellas de 75 cl, e incluso de un litro.

- 14 Por último, la demandante sostiene, remitiéndose a un artículo de prensa, que el hecho de que un gajo de limón esté incrustado en el cuello de la botella constituye una especificidad de la marca solicitada que permite al público pertinente identificar el origen comercial de los productos designados de este modo. La demandante agrega que la Sala de Recurso no ha justificado su posición en lo tocante a los zumos de fruta y a las aguas con gas, habida cuenta de que no es habitual hacer más agradable este tipo de bebidas con un gajo de limón.

- 15 La OAMI observa que la forma de la botella representada en la marca solicitada acude con facilidad a la mente. En relación, más concretamente, con la forma alargada del cuello de la botella controvertida, la OAMI afirma, dando algunos ejemplos, que numerosas cervezas se comercializan en botellas con la misma configuración de conjunto. En cuanto al hecho de que una rodaja de limón esté incrustada en el cuello de la botella, la OAMI estima que constituye la mera incorporación de un elemento trivial y, por lo demás, corrientemente utilizado para determinados tipos de cerveza. La OAMI llega a la conclusión de que se utilizan corrientemente los distintos elementos de la marca solicitada, considerados aisladamente, para la comercialización de los productos de que se trata y que algunos indicios concretos permiten inferir que también se utilizan corrientemente tales elementos, considerados conjuntamente, en el ámbito de la actividad de que se trata o que pueden serlo.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 16 A tenor del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94, debe denegarse el registro de «las marcas que carezcan de carácter distintivo».
- 17 El carácter distintivo de una marca en el sentido de dicha disposición significa que esa marca es apropiada para identificar el producto para el que se solicita el registro atribuyéndole una procedencia empresarial determinada y, por consiguiente, para distinguir este producto de los de otras empresas (sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2002, Philips, C-299/99, Rec. p. I-5475, apartado 35, y de 8 de abril de 2003, Linde y otros, asuntos acumulados C-53/01 a C-55/01, Rec. p. I-3161, apartado 40).
- 18 Las marcas a que se refiere el artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94 son, en particular, aquellas que, desde el punto de vista del público pertinente, se utilizan corrientemente, en el comercio, para la presentación de los

productos o de los servicios de que se trate, o con respecto a las cuales existen, al menos, indicios concretos que permiten inferir que pueden utilizarse de esta manera [sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 2 de julio de 2002, SAT.1/OAMI (SAT.2), T-323/00, Rec. p. II-2839, apartado 37, y de 5 de marzo de 2003, Unilever/OAMI (Pastilla ovoide), T-194/01, Rec. p. II-383, apartado 39].

- 19 El carácter distintivo de una marca debe apreciarse en relación, por una parte, con los productos o los servicios para los que se ha solicitado su registro y, por otra, con la percepción de los sectores interesados que, por regla general, están formados por los consumidores de tales productos o servicios (sentencia Linde y otros, citada en el apartado 17 *supra*, apartado 41). Se trata de la percepción que se presume en un consumidor medio de la clase de productos o servicios de que se trate, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (véanse, por analogía, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 1998, Gut Springenheide y Tusky, C-210/96, Rec. p. I-4657, apartado 31, y Philips, citada en el apartado 17 *supra*, apartado 63).

- 20 El público interesado en relación con la marca solicitada es el de todos los consumidores finales. En efecto, las cervezas, las aguas con gas y los zumos de fruta están destinados al consumo corriente. Lo mismo puede decirse de los servicios a que se refiere la solicitud de marca.

- 21 En lo que atañe a los productos con respecto a los que se denegó en el presente asunto el registro de la marca, a saber, las cervezas, las aguas con gas y los zumos de fruta, la marca solicitada está formada por su envase, es decir, la botella, así como por un accesorio de ese envase, a saber, la rodaja de limón. Habida cuenta de que las bebidas, como los demás líquidos, carecen de forma propia y que su comercialización exige un envase, que confiere su forma al producto, a efectos del examen de una solicitud de registro de marca, dicho envase debe asimilarse a la forma del producto.

- 22 A este respecto, se desprende de la jurisprudencia que los criterios de apreciación del carácter distintivo de las marcas tridimensionales, constituidas por la forma del producto, no difieren de los aplicables a otros tipos de marcas. En efecto, el artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento n° 40/94 no distingue entre los diferentes tipos de marcas en lo que respecta a la apreciación de su carácter distintivo [véanse, en relación con la forma de los productos, la sentencia Pastilla ovoide, citada en el apartado 18 *supra*, apartado 44, así como, con respecto al artículo 3, apartado 1, letra b), 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 (DO 1989, L 40, p. 1), y la sentencia Linde y otros, citada en el apartado 17 *supra*, apartados 42 a 49].
- 23 No obstante, la percepción del público pertinente no es necesariamente la misma en el caso de una marca tridimensional, constituida por el envase de un producto, que en el caso de una marca denominativa, gráfica o tridimensional que consista en un signo independiente del aspecto de los productos que designa. En efecto, los consumidores medios no están acostumbrados a presumir el origen de los productos basándose en la forma de su envase, a falta de todo elemento gráfico o de leyenda, y, por lo tanto, podría resultar difícil determinar el carácter distintivo en relación con tal marca tridimensional (véanse, por analogía, las sentencias Linde y otros, citada en el apartado 17 *supra*, apartado 48; del Tribunal de Justicia de 6 de mayo de 2003, Libertel, C-104/01, Rec. p. I-3793, apartado 65, y Pastilla ovoide, citada en el apartado 18 *supra*, apartado 45).
- 24 Dado que el envase de un producto líquido es un imperativo para su comercialización, el consumidor medio le atribuye, en primer lugar, una mera función de envasado. Una marca tridimensional constituida por tal envase sólo es distintiva, en el sentido del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento n° 40/94, si permite al consumidor medio de tal producto normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz distinguir el producto de que se trate de los de otras empresas, sin proceder a un análisis o a una comparación y sin prestar especial atención.

- 25 Dado que la demandante solicitó el registro de una marca formada por varios elementos (o marca compleja), para la apreciación de su carácter distintivo, procede examinarla en su conjunto. No obstante, ello no es incompatible con un examen posterior de los diferentes elementos que integran la marca (sentencia Pastilla ovoide, citada en el apartado 18 *supra*, apartado 54).
- 26 En lo que atañe, en primer lugar, a la forma tridimensional de la marca solicitada, ésta consiste en una botella de vidrio cuya parte superior es ligeramente troncocónica, con un cuello alargado.
- 27 A este respecto, la Sala de Recurso expuso acertadamente, en el apartado 13 de la resolución impugnada, que numerosas cervezas, y también las bebidas carbónicas y los zumos de fruta se comercializan en botellas cuyas formas son muy parecidas a la controvertida. La OAMI adjuntó a su contestación varias imágenes de botellas de cerveza que confirman esta apreciación. En cambio, la demandante no ha aportado prueba alguna que sustente su alegación de que han prosperado algunos procedimientos judiciales seguidos contra la utilización de semejantes botellas para cervezas europeas. En relación con las aguas con gas y los zumos de fruta, es notorio que estas bebidas se comercializan en botellas de tamaños diversos, y no solamente en botellas de 75 cl o de un litro, como ha afirmado la demandante. Además, las formas de dichas botellas son muy variadas. Por lo tanto, la forma tridimensional de la botella de que se trata es utilizada corrientemente para la presentación de todos los productos referidos o, al menos, puede serlo.
- 28 En cuanto a la rodaja de limón verde, las referencias a los sitios de Internet que figuran en la nota a pie de página correspondiente al apartado 15 de la resolución impugnada y las indicaciones adicionales facilitadas por la OAMI en los anexos de su contestación demuestran suficientemente que este elemento se utiliza corrientemente en el comercio para la presentación de las cervezas. En cuanto a los demás productos referidos, es notorio que el limón se utiliza corrientemente en el comercio para la presentación de diversas clases de alimentos. Ello es asimismo pertinente por el hecho de que frecuentemente se añaden rodajas o gajos de limón

a las aguas con gas y a otras bebidas refrescantes, en el momento de su consumo, y que igualmente se utiliza el limón verde de esta manera. Estas circunstancias constituyen indicios concretos que permiten inferir que el limón y el limón verde pueden utilizarse corrientemente, en el comercio, para la presentación de los productos de que se trata.

- 29 En cuanto a los colores reivindicados, de la representación gráfica de la marca solicitada se desprende que se trata, por una parte, del color del contenido amarillo de la botella, en sí misma transparente, y, por otra, de los colores de la corteza verde y de la pulpa, de un verde amarillento muy claro, de la rodaja de limón. Pues bien, el amarillo corresponde al color de la cerveza y al de algunas gaseosas, a saber, las limonadas, mientras que las dos tonalidades de verde que figuran en la representación de la marca corresponden al color natural de la corteza y de la pulpa del limón verde. Además, el amarillo y el verde son colores básicos, corrientemente utilizados, en el comercio, para la presentación de todo tipo de alimentos y, más concretamente, de bebidas.
- 30 De ello se deduce que la marca solicitada está formada por una combinación de elementos cada uno de los cuales, dado que puede ser corrientemente utilizado en el comercio para la presentación de los productos a que se refiere la solicitud de marca, carece de carácter distintivo en relación con tales productos.
- 31 De la jurisprudencia se desprende que el hecho de que una marca compleja sólo esté compuesta por elementos carentes de carácter distintivo en relación con los productos o servicios de que se trate permite llegar a la conclusión de que tal marca, considerada en su conjunto, también puede ser corrientemente utilizada, en el comercio, para la presentación de esos productos o servicios [sentencia SAT.2, citada en el apartado 18 *supra*, apartado 49]. Sólo puede desvirtuarse esta conclusión en el supuesto de que indicios concretos, como, en particular, la manera como se combinan los distintos elementos, revelen que la marca compleja, considerada en su conjunto, representa más que la suma de los elementos de que está formada (véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas en el asunto en el que recayó la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de febrero de 2004, Koninklijke KPN Nederland, C-363/99, Rec. p. I-1619, punto 65).

- 32 No parece que en el caso de autos existan tales indicios. En efecto, la marca solicitada, caracterizada, esencialmente, por la combinación de la forma tridimensional de una botella con, por una parte, los colores amarillo y verde y, por otra, una rodaja de limón verde, puede utilizarse corrientemente, en el comercio, para la presentación de los productos a que se refiere la solicitud de marca. Por lo que respecta, más concretamente, a la estructura de la marca solicitada, caracterizada por el hecho de que la rodaja de limón está incrustada en el cuello de la botella, es difícil imaginar otras posibilidades de combinar tales elementos en una sola entidad tridimensional. Además, es la única manera como puede hacerse más agradable una bebida, con una rodaja o un gajo de limón cuando se bebe directamente del cuello de la botella. De ello se deduce que la manera como se combinan los elementos de la presente marca compleja no puede conferirle un carácter distintivo.
- 33 Debe añadirse que no pueden afectar a esta conclusión las posibles diferencias entre la forma y el color que constituyen la marca solicitada y la forma y el color de otras botellas que sirven de envase para los productos mencionados. En efecto, examinada en su conjunto, la marca solicitada no se diferencia sustancialmente de las formas de base del envasado de los productos de que se trata, corrientemente utilizadas en el comercio, sino que es, más bien, una variante de dichas formas.
- 34 Pues bien, el consumidor medio no analiza detalladamente la forma y el color del envase de las bebidas de que se trata, a los que presta más bien poca atención.
- 35 Por consiguiente, la marca solicitada, tal como la percibe un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, no es adecuada para identificar los productos a que se refiere la solicitud de marca ni para distinguirlos de los que tengan otro origen comercial. Por lo tanto, carece de carácter distintivo en relación con tales productos.

- 36 En lo que atañe a los servicios a que se refiere la solicitud de marca, a saber, los restaurantes, bares o cafeterías, procede señalar que el objeto de tales servicios consiste, en particular, en la comercialización de los productos de que se trata. Como acaba de observarse, la marca solicitada puede utilizarse corrientemente, en el comercio, para la presentación de dichos productos. Pues bien, esta circunstancia constituye un indicio concreto que permite inferir que también puede utilizarse corrientemente esta marca en el comercio para la presentación de dichos servicios. Por lo tanto, carece de carácter distintivo en relación con éstos.
- 37 De ello se deduce que debe desestimarse el motivo relativo a la infracción del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento n° 40/94.

Sobre el segundo motivo, relativo a la infracción del artículo 7, apartado 3, del Reglamento n° 40/94

Alegaciones de las partes

- 38 La demandante afirma que ha explotado profusamente la marca solicitada para la comercialización de la cerveza CORONA en todo el territorio de la Comunidad y que esta marca ha sido objeto de una amplia promoción seria, constante y continua. Por lo tanto, según la demandante, es adecuada para identificar los productos de que se trata como procedentes de su empresa.
- 39 Para sustentar su tesis, la demandante adjunta a su demanda, como elementos de prueba, en primer lugar, los documentos que había presentado con el escrito en el que expuso los motivos del recurso que interpuso ante la OAMI el 19 de abril de

2002, en segundo lugar, el artículo titulado «La bière mexicaine», aparecido en el diario *Le Monde* que había evocado durante el procedimiento ante la examinadora, en tercer lugar, cinco fotografías de botellas y, en cuarto lugar, un artículo titulado «Dossier-bières».

- 40 La OAMI considera que los elementos de prueba presentados por la demandante durante el procedimiento ante la Sala de Recurso son insuficientes para demostrar que la marca solicitada ha adquirido un carácter distintivo como consecuencia del uso que se ha hecho de ella y que debe prescindirse de los elementos de prueba presentados por primera vez con el recurso ante el Tribunal de Primera Instancia.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 41 En virtud del artículo 7, apartado 3, del Reglamento n° 40/94, los motivos absolutos previstos en el artículo 7, apartado 1, letras b) a d), del mismo Reglamento no se oponen al registro de una marca si ésta hubiera adquirido, para los productos o servicios para los cuales se solicita el registro, un carácter distintivo como consecuencia del uso que se ha hecho de la misma. En efecto, en el supuesto previsto en el artículo 7, apartado 3, del Reglamento n° 40/94, el hecho de que el público pertinente perciba efectivamente el signo que constituye la marca de que se trata como una indicación del origen comercial de un producto o de un servicio es el resultado del esfuerzo económico del solicitante de la marca. Esta circunstancia justifica que se excluyan las consideraciones de interés público subyacentes en el apartado 1, letras b) a d), del mismo artículo, las cuales exigen que las marcas a que se refieren dichas disposiciones puedan ser libremente utilizadas por todos para evitar la creación de una ventaja competitiva ilegítima a favor de un único operador económico (sentencia SAT.2, citada en el apartado 18 *supra*, apartado 36).

- 42 En primer lugar, de la jurisprudencia relativa a la interpretación del artículo 3, apartado 3, de la Directiva 89/104, cuyo contenido normativo es esencialmente

idéntico al del artículo 7, apartado 3, del Reglamento n° 40/94, se desprende que la adquisición de un carácter distintivo como consecuencia del uso de la marca exige que, al menos, una parte significativa del público pertinente identifique, gracias a la marca, los productos o servicios de que se trate, atribuyéndoles una procedencia empresarial determinada. Sin embargo, no pueden acreditarse las circunstancias en las que es posible considerar que concurre el requisito vinculado a la adquisición de un carácter distintivo como consecuencia del uso únicamente sobre la base de datos generales y abstractos, como porcentajes determinados (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 4 de mayo de 1999, Windsurfing Chiemsee, asuntos acumulados C-108/97 y C-109/97, Rec. p. I-2779, apartado 52, y Philips, citada en el apartado 17 *supra*, apartado 61).

- 43 En segundo lugar, para obtener el registro de una marca en virtud del artículo 7, apartado 3, del Reglamento n° 40/94, el carácter distintivo adquirido como consecuencia del uso de esa marca debe demostrarse en la parte sustancial de la Comunidad en la que carecía de tal carácter distintivo con arreglo al artículo 7, apartado 1, letras b), c) y d), de dicho Reglamento [sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de marzo de 2000, Ford Motor/OAMI (OPTIONS), T-91/99, Rec. p. II-1925, apartado 27].
- 44 En tercer lugar, para apreciar, en el caso de autos, la adquisición de un carácter distintivo como consecuencia del uso, deben tomarse en consideración factores como la cuota de mercado que corresponde a la marca, la intensidad, la extensión geográfica y la duración del uso de esta marca y la magnitud de las inversiones realizadas por la empresa para promocionarla. Son medios de prueba apropiados a este respecto, en particular, las declaraciones de las cámaras de comercio y de industria y otras asociaciones profesionales, así como los sondeos de opinión (véanse, en este sentido, las sentencias Windsurfing Chiemsee, citada en el apartado 42 *supra*, apartados 51 y 53, y Philips, citada en el apartado 17 *supra*, apartado 60).
- 45 En cuarto lugar, la adquisición de un carácter distintivo como consecuencia del uso debe haber tenido lugar con anterioridad a la presentación de la solicitud de marca [sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 2002, eCopy/OAMI (ECOPY), T-247/01, Rec. p. II-5301, apartado 36].

46 A la luz de estas consideraciones, procede examinar si en el caso de autos la Sala de Recurso infringió el artículo 7, apartado 3, del Reglamento n° 40/94, al considerar que la marca solicitada no podía registrarse en virtud de dicha disposición.

47 La resolución impugnada no contiene ninguna apreciación en cuanto a la parte de la Comunidad en la que la marca solicitada carece de carácter distintivo. No obstante, en el caso de marcas no denominativas, como la que es objeto del caso de autos, debe presumirse que la apreciación de su carácter distintivo es la misma en toda la Comunidad, a menos que existan indicios concretos en sentido contrario. Dado que en el presente asunto no se deduce de los autos que sea así, debe considerarse que el motivo de denegación absoluto previsto en el artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento n° 40/94 existe, con respecto a la marca solicitada, en toda la Comunidad. Por lo tanto, dicha marca debe haber adquirido un carácter distintivo como consecuencia del uso en toda la Comunidad para poder ser registrada, en virtud del artículo 7, apartado 3, del mismo Reglamento.

48 Durante el procedimiento administrativo ante la OAMI, la demandante alegó, efectivamente, en el escrito en el que expuso los motivos de su recurso, de 19 de abril de 2002, que la marca solicitada había adquirido un carácter distintivo como consecuencia del uso en toda la Comunidad y presentó el informe anual sobre las ventas y las exportaciones de la sociedad mejicana Grupo Modelo SA de CV correspondientes a 1999, material publicitario, así como fotografías de botellas.

49 Por consiguiente, procede examinar si la Sala de Recurso declaró acertadamente que los elementos de prueba aportados ante ella eran insuficientes para demostrar que, en la fecha en la que se presentó la solicitud, la marca solicitada había adquirido un carácter distintivo como consecuencia del uso.

- 50 En relación, en primer lugar, con el informe relativo a las ventas y a las exportaciones de la sociedad mejicana Grupo Modelo SA de CV correspondientes al año 1999, la OAMI señaló acertadamente que las botellas que en él se mencionan no son en su totalidad idénticas a la que constituye la marca solicitada y que todas llevan una etiqueta sobre la que figuran elementos verbales como «corona», «corona extra», «coronita» o «estrella». Los resultados económicos relativos a los años 1990 a 1999, que figuran en las páginas 4 y 5 de dicho documento, no distinguen entre las diferentes marcas explotadas por la referida sociedad ni entre los diferentes mercados geográficos. Los pasajes de dicho documento sobre el mercado europeo se limitan a indicar, de manera general y no detallada, que la posición de las marcas que explota la sociedad Grupo Modelo SA de CV se vio fortalecida en 1999 en Francia, en Italia, en Bélgica, en Alemania, en Grecia y en otros países, que experimentó un desarrollo considerable en Austria y que en el Reino Unido mejoró la penetración del mercado. Por lo que respecta, más concretamente, al mercado español, el documento indica, esencialmente, que se llevaron a cabo importantes campañas de promoción y que el volumen de las ventas aumentó en un 12 % en relación con 1998, fortaleciendo de este modo la posición de la marca Coronita como poseedora de la mayor cuota de mercado entre las cervezas importadas. En cambio, el documento no contiene ninguna indicación exacta en cuanto a la cuota de mercado que corresponde a la marca solicitada ni en cuanto a la magnitud de las inversiones realizadas por la empresa para promocionarla. Por lo tanto, dicho documento no permite inferir que, en la Comunidad, al menos una parte significativa del público pertinente perciba que la marca solicitada indica el origen comercial de los productos y servicios de que se trata.
- 51 Lo mismo puede afirmarse en lo tocante al material publicitario aportado por la demandante, dado que no permite ninguna apreciación concreta sobre los factores aludidos en el apartado 44 de la presente sentencia. Además, el material publicitario aportado por la demandante no contiene prueba alguna del uso de la marca, tal como fue solicitada. En efecto, en todas las imágenes aportadas, la representación de la forma y de los colores reivindicados va acompañada de marcas denominativas de la demandante. Por lo tanto, este material no puede probar que el público interesado percibe que, como tal e independientemente de las marcas denominativas y gráficas de que va acompañada en la publicidad y en la venta de los productos, la marca solicitada indica el origen comercial de los productos y servicios de que se trata.

- 52 Debe añadirse que, para demostrar que la marca solicitada ha adquirido un carácter distintivo, la demandante no puede referirse a los elementos de prueba que presentó por primera vez con su demanda. En efecto, la Sala de Recurso sólo debe tener en cuenta un elemento de prueba que puede ser pertinente en la apreciación de la adquisición de un carácter distintivo como consecuencia del uso si el solicitante de marca lo ha presentado durante el procedimiento administrativo ante la OAMI (sentencia ECOPY, citada en el apartado 45 *supra*, apartado 47). Por lo tanto, los elementos de prueba que no hayan sido aportados durante el procedimiento administrativo ante la OAMI no pueden cuestionar la legalidad de la resolución impugnada.
- 53 Por último, en lo que respecta al artículo titulado «La bière mexicaine», publicado en el diario *Le Monde*, al que se refirió la demandante en el procedimiento ante la examinadora, y en relación con el cual no se desprende claramente de los autos que efectivamente fuera presentado ante la OAMI, baste señalar que dicho artículo se refiere únicamente al mercado francés y, por lo tanto, no demuestra que la marca solicitada haya adquirido un carácter distintivo en toda la Comunidad.
- 54 Por consiguiente, la demandante no ha demostrado que la marca solicitada haya adquirido, en toda la Comunidad, un carácter distintivo como consecuencia del uso que se haya hecho de la misma, en el sentido del artículo 7, apartado 3, del Reglamento n° 40/94. En consecuencia, procede desestimar el segundo motivo, relativo a la infracción de esta disposición.
- 55 De ello se deduce que procede desestimar el recurso.

Costas

- 56 A tenor del artículo 87, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber sido desestimados los motivos formulados por la parte demandante, procede condenarla en costas, conforme a lo solicitado por la demandada.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Segunda)

decide:

- 1) Desestimar el recurso.

- 2) Condenar en costas a la demandante.

Pirrung

Meij

Forwood

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 29 de abril de 2004.

El Secretario

H. Jung

El Presidente

J. Pirrung