SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Segunda)
de 19 de septiembre de 2001 *

En el asunto T-337/99,

Henkel KGaA, con domicilio social en Düsseldorf (Alemania), representada por los Sres. H.F. Wissel y C. Osterrieth, abogados, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

contra

Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI), representada por los Sres. A. von Mühlendahl y D. Schennen y la Sra. S. Laitinen, en calidad de agentes,

parte demandada,

* Lengua de procedimiento: alemán.

que tiene por objeto un recurso interpuesto contra la resolución de la Sala Tercera de Recurso de la Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) de 21 de septiembre de 1999 (asunto R 73/1999-3), notificada a la demandante el 28 de septiembre de 1999,

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

integrado por los Sres. A.W.H. Meij, Presidente, A. Potocki y J. Pirrung, Jueces;

Secretaria: Sra. D. Christensen, administradora;

habiendo considerado la demanda presentada en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 26 de noviembre de 1999;

habiendo considerado el escrito de contestación presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 17 de febrero de 2000;

celebrada la vista el 5 de abril de 2001;

dicta la siguiente

Sentencia

Antecedentes del litigio

1 El 15 de diciembre de 1997 la demandante presentó una solicitud de marca comunitaria a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (en lo sucesivo, «Oficina»), en virtud del Reglamento (CE) nº 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 tridimensional cuyo registro se solicitó consiste, sobre la base de su representación gráfica facilitada por la demandante, en una pastilla redonda, compuesta por dos capas, cuyos colores, blanco (parte inferior) y rojo (parte superior), asimismo se reivindican.

3 Los productos para los que se solicitó el registro de la marca pertenecen a la clase 3 del Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas, de 15 de junio de 1957, revisado y modificado, y corresponden a la descripción siguiente: «productos para la colada y la vajilla en forma de pastillas».

4 Mediante comunicación de 28 de septiembre de 1998, el examinador formuló algunas objeciones contra la solicitud, basadas en el artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94, y fijó un plazo de dos meses para que la demandante presentara observaciones, lo que ésta hizo mediante escrito de 9 de octubre de 1998.

5 En un escrito de 6 de enero de 1999, dirigido a la Oficina, la demandante señaló que la solicitud de marca de un competidor, relativa a pastillas similares para lavadoras, había sido publicada en el *Boletín de Marcas Comunitarias*.

6 Mediante resolución de 26 de enero de 1999, el examinador desestimó la solicitud con arreglo al artículo 38 del Reglamento nº 40/94. En la primera parte de la resolución el examinador reprodujo los fundamentos de las objeciones contenidos en la comunicación de 28 de septiembre de 1998. En la segunda parte indicó que la demandante no había definido su posición sobre dicha comunicación en el plazo de dos meses fijado en ésta y que, por ello, se resolvería sobre la solicitud teniendo en cuenta los documentos obrantes en el expediente. En la tercera parte precisó que se habían tomado en consideración las alegaciones deducidas en el escrito de 6 de enero de 1999, pero que no habían sido admitidas.

7 El 3 de febrero de 1999 el examinador remitió a la demandante una copia de la resolución de 26 de enero de 1999, precedida por el siguiente texto: «resulta patente la improcedencia de la notificación anteriormente citada, que le fue remitida el 26 de enero de 1999, por cuanto la Oficina recibió a su debido tiempo su definición de postura. Por consiguiente, le ruego que considere dicha notificación nula y sin valor ni efecto alguno». El mismo día remitió a la demandante una nueva resolución por la que se denegaba la solicitud de marca comunitaria.

8 El 5 de febrero de 1999, la demandante interpuso ante la Oficina un recurso contra la resolución del examinador, conforme al artículo 59 del Reglamento nº 40/94.

9 El recurso fue desestimado mediante resolución de 21 de septiembre de 1999 (en lo sucesivo, «resolución impugnada»).

10 Esencialmente la Sala de Recurso consideró que el artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94 impedía el registro de la marca solicitada. Estimó que, para ser registrada, una marca debe permitir distinguir los productos para los cuales se presenta según su origen y no según su naturaleza. Por tratarse de una marca tridimensional que se limita a reproducir el producto, ello presupone que la forma del producto sea suficientemente original para que se grabe fácilmente en la memoria y que se distinga de lo que es habitual en el comercio. Habida cuenta, por una parte, del riesgo que existe de conferir al titular de la marca, a través de la protección de la forma del producto, un monopolio sobre éste y, por otra, de la necesidad de tener en cuenta la diferencia entre el Derecho de marcas y el Derecho de los modelos de utilidad y de los dibujos y modelos, los criterios de apreciación del carácter distintivo deben ser más bien estrictos. En el caso de autos, la solicitud de marca no se ajusta a estas mayores exigencias. Según la Sala de Recurso, la forma reivindicada por la demandante no es ni excepcionalmente especial ni poco habitual, sino que corresponde a las formas de base típicas del mercado de que se trata. Además, la disposición de los colores, a saber, el rojo y el blanco, no confiere particularidad alguna a la forma reivindicada. La Sala de Recurso añadió que ni la falta de uniformidad en la práctica decisoria de la Oficina ni los registros anteriores a los que se ha referido la demandante pueden tener carácter vinculante para su resolución.

Pretensiones de las partes

11 La parte demandante solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Anule la resolución impugnada.

— Condene en costas a la parte demandada.

12 La Oficina solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Desestime el recurso.

— Condene en costas a la parte demandante.

Fundamentos de Derecho

13 La demandante invoca tres motivos. El primero se basa en la infracción del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94. El segundo se basa en «desviación de poder» y en la violación del principio de igualdad de trato. El tercero se basa en la vulneración del derecho a ser oído. Procede examinar, en primer lugar, el tercer motivo.

Sobre el motivo basado en la vulneración del derecho a ser oído

14 La demandante considera que la Sala de Recurso no examinó las alegaciones contenidas en su escrito de 9 de octubre de 1998, lo cual constituye una vulneración de su derecho a ser oída.

15 No obstante, del apartado 3 de la resolución impugnada se deduce que la Sala de Recurso tuvo conocimiento del escrito de la demandante de 9 de octubre de 1998. La Sala de Recurso tuvo en cuenta, esencialmente, las alegaciones formuladas por la demandante en dicho escrito, a efectos de su razonamiento, que condujo a la citada resolución. Por lo tanto, el presente motivo carece de fundamento.

Sobre el motivo basado en la infracción del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94

Alegaciones de las partes

16 La demandante considera que la Sala de Recurso pasó por alto el hecho de que la marca solicitada posee carácter distintivo, precisando que la existencia de dicho carácter en grado mínimo basta para justificar la protección de un signo en virtud del Reglamento nº 40/94.

17 Considera que la marca solicitada tiene carácter distintivo debido a la disposición de los colores y recuerda que, según el Reglamento nº 40/94, los colores pueden registrarse como marcas. Invoca el criterio de un autor según el cual no debe oponerse a la admisión de colores y combinaciones de colores una aplicación restrictiva de los motivos de denegación.

18 La demandante considera que la marca solicitada tiene carácter distintivo también por la forma del producto y critica la posición de la Sala de Recurso que exige que una forma tridimensional tenga un carácter especial y sea fácil de retener, es decir, que su originalidad la diferencie de lo que es habitual en el comercio. Según la demandante, el hecho de que una forma tridimensional tenga

una peculiaridad o una originalidad sólo es decisivo para el examen de los requisitos de protección de los dibujos y modelos. En relación con el carácter distintivo de una marca, la única cuestión que se plantea es la de si el público puede entender que la forma de un producto o la combinación de determinados colores aplicados a éste indican la procedencia de ese producto.

19 La demandante expone el desarrollo de las diversas presentaciones de los productos para la colada y la vajilla. Indica que la presentación en forma de pastillas bicolores es reciente y que tales pastillas pueden tener múltiples formas. Del mismo modo, la gama de colores y su disposición en la pastilla pueden ser muy variadas.

20 Según la demandante, la situación en el mercado de dichos productos se caracteriza por existir un número limitado de fabricantes principales y por ser muy reducida la cantidad de productos en forma de pastillas bicolores en los distintos mercados nacionales. En estas circunstancias, desde un principio, los consumidores han asociado los productos para la colada en forma de pastillas bicolores con un número muy limitado de fabricantes de artículos de marca, entre los que se encuentra la demandante. En su opinión, esta manera de ver del consumidor se ha fortalecido y se ha afincado mediante una publicidad intensa y constante que ha destacado la presencia de los dos colores que caracterizan el aspecto del producto y la forma específica de las pastillas para la colada. La demandante señala la importancia de los gastos que ha efectuado para dicha publicidad y el volumen de negocios realizado con los productos de que se trata.

21 La demandante se refiere a la situación clara del mercado, así como al interés de todo fabricante, por una parte, en diferenciar sus productos de los de otros fabricantes, gracias a una forma y a una disposición de colores determinadas y, por otra, en hacer que sus productos también puedan verse con esa forma en sus embalajes, para deducir de ello que no puede sostenerse que una combinación específica de forma y colores es inapropiada, de por sí, para indicar la procedencia del producto de que se trate. La demandante considera que la

cuestión del alcance de la protección de tal marca debe examinarse separadamente. A su juicio, el hecho de que dicha protección pueda ser muy limitada en un determinado supuesto no justifica que, de entrada, se niegue todo carácter distintivo a una determinada combinación de forma y colores.

22 Al paso que aporta abundante documentación, la demandante se refiere a distintas solicitudes de registro de marca relativas a los productos para la colada y la vajilla en forma de pastillas, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, algunas de las cuales han culminado con el registro. A su juicio, de estos datos se desprende, por una parte, que los fabricantes de artículos de marca en el sector de los productos para la colada y la vajilla que gozan de reputación siempre han considerado que una forma y un colorido determinados de las pastillas son elementos distintivos que designan al fabricante y, por otra, que varias oficinas de marcas han reconocido a las pastillas la condición de marca. Invoca una sentencia de un órgano jurisdiccional italiano que ha reconocido la validez de una marca que la demandante considera análoga a la suya.

23 Según la demandante, se debe apreciar el carácter distintivo de la marca solicitada en la fecha de presentación de la solicitud de registro, por lo que, para negar dicho carácter, no puede alegarse que, con posterioridad a esa fecha, sus competidores hayan utilizado formas y colores similares. No obstante, considera que este aspecto no es decisivo en el presente asunto, por cuanto es la única empresa que produce pastillas para lavadoras y lavavajillas compuestas por una capa roja y una capa blanca.

24 Por último, la demandante alega que la marca solicitada ha adquirido carácter distintivo para su producto Persil Color gracias al uso que se ha hecho de la misma, con arreglo al artículo 7, apartado 3, del Reglamento nº 40/94, concretamente debido a su combinación de colores única (rojo y blanco).

25 En primer lugar, la Oficina expone los principios que regulan el registro de las marcas tridimensionales, refiriéndose a los diferentes motivos de denegación que pueden influir en este contexto.

26 Según la Oficina, una marca tiene carácter distintivo, en el sentido del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94, si permite diferenciar los productos o servicios para los que se ha solicitado el registro de la marca en función de su origen y no en función de su naturaleza u otras características.

27 Señala que los criterios jurídicos para apreciar el carácter distintivo de las marcas tridimensionales, constituidas, como en el caso de autos, por la forma del propio producto, no son ni distintos ni más rigurosos que los aplicables a otras marcas. Considera que los términos utilizados por la Sala de Recurso en la resolución impugnada, que pueden entenderse como la afirmación de la necesidad de criterios más estrictos en el caso de una marca tridimensional (apartados 23 y 24 de la resolución impugnada), se prestan a confusión, pero que este aspecto no es decisivo en lo que a la resolución impugnada se refiere. No obstante, la Oficina afirma que la forma de un producto no indica el origen de éste de la misma manera que las palabras o los elementos figurativos puestos en el producto o en su embalaje.

28 Pues bien, según la Oficina, por regla general los consumidores no establecen una relación entre la forma de un producto y su origen. La Oficina sostiene que, para que los consumidores puedan percibir la propia forma del producto como un medio de identificación de su origen, tal forma debe tener una «particularidad», cualquiera que sea, que atraiga la atención de los consumidores.

29 La Oficina indica que esta apreciación del carácter distintivo de la forma de un producto debe realizarse en tres fases. En primer lugar, se debe verificar qué formas existen para el producto de que se trate. Acto seguido hay que verificar si la forma reivindicada se diferencia de las demás formas de un modo perceptible para el consumidor. Por último, debe determinarse si esa forma particular es apropiada para indicar el origen del producto.

30 La Oficina señala que, en la tercera fase del análisis, tienen importancia el tipo de producto y la forma en que el consumidor lo utiliza. La Oficina puntualiza que, en el caso de las pastillas destinadas a lavadoras y lavavajillas, el consumidor las saca de su envoltorio para introducirlas inmediatamente en esas máquinas y, por lo tanto, para reconocer el producto al hacer la compra se basa en el embalaje del producto, que lleva la marca denominativa del fabricante, y no en la forma y el color exacto de dicho producto.

31 En segundo lugar, la Oficina procede al análisis de la marca solicitada.

32 Según la Oficina, la forma de la marca solicitada, a saber, un disco, no es poco habitual, sino banal y corriente en el mercado.

33 Por lo que respecta a los colores, considera que la añadidura de una capa roja no confiere carácter distintivo al signo solicitado. La Oficina considera que no existe combinación de colores cuando sólo se ha añadido un color al color de base (blanco o gris) de los productos para lavadora o lavavajillas.

34 Según la Oficina, el color reivindicado es uno de los colores básicos. Afirma que todas las pastillas del mercado, compuestas por dos capas, presentan una capa coloreada con uno de los colores de base (rojo, verde o azul). Si la Oficina tuviera que reconocer carácter distintivo a tales coloraciones banales, las solicitudes de marca que ante ella se presentan, relativas a pastillas para la colada que contienen los colores rojo, azul o verde, comprenderían prácticamente toda la coloración normal y conducirían a monopolizar la forma del producto.

35 Sostiene que los colores, aplicados a distintas capas o partes de la pastilla, indican la presencia de varios ingredientes activos y, por lo tanto, sirven para informar al consumidor sobre las propiedades del producto, lo cual se hace resaltar en la publicidad de las pastillas de que se trata. Además, la Oficina afirma que de la forma en que se utilizan las pastillas se desprende que el consumidor no considera que sus colores indiquen el origen del producto.

36 La Oficina estima que carece de pertinencia la alegación según la cual la demandante es la única empresa que produce pastillas rojas y blancas. Recuerda que las consideraciones relativas al uso que se hace de la marca deben examinarse a la luz del artículo 7, apartado 3, del Reglamento nº 40/94 y que la demandante invocó esta disposición, por primera vez, en el escrito de recurso y, por lo tanto, de manera extemporánea.

37 La Oficina considera que del hecho de que los competidores de la demandante hayan elegido otros colores para sus pastillas no puede deducirse que los colores

permitan distinguir los productos según su origen. A juicio de la Oficina, la elección de colores distintos se explica por las numerosas solicitudes de marcas, presentadas en las diferentes oficinas de marcas nacionales y comunitaria, para productos utilizados en lavadoras y lavavajillas, desde su reciente introducción en el mercado. La Oficina señala que, debido a que algunas oficinas nacionales han concedido la protección de la marca, no es adecuado que un fabricante presente su producto con la forma correspondiente a una marca registrada en favor de un competidor, o incluso solamente solicitada por éste, antes de que una resolución judicial aclare la situación.

38 En tercer lugar, en cuanto al registro de marcas análogas a la solicitada en el presente asunto, por oficinas nacionales de los Estados miembros, la Oficina indica que la práctica de dichas oficinas no es uniforme.

39 Según la Oficina, el carácter distintivo de la marca debe apreciarse en el momento del registro. Indica que algunos competidores de la demandante introdujeron en el mercado pastillas en forma de disco antes de que se presentara la solicitud de marca controvertida.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

40 El carácter distintivo de una marca debe apreciarse en relación con los productos o los servicios para los que se solicita el registro de la marca.

41 En el caso de autos, la marca cuyo registro se solicita está constituida por la forma y la disposición de los colores de una pastilla para lavadoras y lavavajillas, es decir, por el aspecto externo del propio producto.

42 Del artículo 4 del Reglamento nº 40/94 se desprende que tanto la forma del producto como los colores forman parte de los signos que pueden constituir una marca comunitaria. No obstante, la aptitud general de una categoría de signos para constituir una marca no implica que los signos pertenecientes a esa categoría tengan necesariamente carácter distintivo con arreglo al artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94, en relación con un producto o un servicio determinado.

43 A tenor del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94, se denegará el registro de «las marcas que carezcan de carácter distintivo». Debe considerarse que posee carácter distintivo la marca que permite distinguir, según su origen, los productos o servicios para los cuales se haya solicitado el registro. A tal fin, no es preciso que informe con precisión sobre la identidad del fabricante del producto o del prestador de servicios. Basta que la marca permita que el público interesado distinga el producto o servicio de los que tienen otro origen comercial y concluya que todos los productos o servicios que designa han sido fabricados, comercializados o suministrados bajo el control del titular de esa marca, al que puede hacerse responsable de su calidad (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de septiembre de 1998, Canon, C-39/97, Rec. p. I-5507, apartado 28).

44 De los términos del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94 se deduce que basta un carácter mínimamente distintivo para que no sea aplicable el motivo de denegación establecido en dicho artículo. Por lo tanto, debe analizarse —como parte de un examen *a priori* y al margen de toda consideración sobre el uso del signo con arreglo al artículo 7, apartado 3, del Reglamento nº 40/94— si la marca solicitada permitirá que el público al que va destinada distinga los productos de dicha marca de los que tengan otro origen comercial cuando tenga que elegir al hacer una compra.

45 El artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94 no distingue entre diferentes tipos de marcas. Por lo tanto, los criterios de apreciación del carácter distintivo de las marcas tridimensionales, constituidas por la forma del propio producto, no difieren de los aplicables a otros tipos de marcas.

46 No obstante, a efectos de la aplicación de dichos criterios, procede tener en cuenta el hecho de que la percepción del público interesado no es necesariamente la misma en el caso de una marca tridimensional constituida por la forma y los colores del propio producto que en el caso de una marca denominativa, figurativa o tridimensional que no esté constituida por la forma del producto. En efecto, mientras que el público está acostumbrado a percibir inmediatamente estas últimas marcas como signos identificadores del producto, no ocurre necesariamente lo mismo cuando el signo se confunde con el aspecto del propio producto.

47 Por lo que respecta a la percepción del público interesado, la Sala de Recurso señaló acertadamente que los productos para los que se solicitó la marca en el caso de autos, a saber, los productos para lavadora y lavavajillas en forma de pastillas, son bienes de consumo ampliamente difundidos. El público interesado en dichos productos está integrado por todos los consumidores. Por lo tanto, procede apreciar el carácter distintivo de la marca solicitada tomando en consideración la expectativa que se presume en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (véase, por analogía, la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 1998, Gut Springenheide y Tusky, C-210/96, Rec. p. I-4657, apartados 30 a 32).

48 Influye en la percepción de la marca por el público interesado, en primer lugar, el nivel de atención del consumidor medio que puede variar en función de la categoría de productos o servicios contemplada (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, Rec. p. I-3819, apartado 26). A este respecto, la Sala de Recurso consideró acertadamente que, en relación con productos de consumo diario, el grado de atención del consumidor medio con respecto a la forma y los colores de las pastillas para lavadoras o lavavajillas no es elevado.

49 Para apreciar si el público puede percibir como una indicación de origen la combinación de la forma y la disposición de los colores de la pastilla controvertida, procede analizar la impresión de conjunto producida por esa combinación (véase, por analogía, la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1997, SABEL, C-251/95, Rec. p. I-6191, apartado 23), lo cual no es incompatible con un examen posterior de los diferentes elementos de presentación utilizados.

50 La forma tridimensional cuyo registro se solicitó, a saber, una pastilla redonda, figura entre las formas geométricas de base y es una de las formas que acuden a la mente de un modo natural con respecto a un producto destinado a lavadoras o lavavajillas.

51 En cuanto a la existencia de dos capas, una blanca y otra roja, procede señalar que el público interesado está acostumbrado a que existan elementos de distinto color en un detergente. El detergente en polvo, que constituye la presentación tradicional de estos productos, es muy a menudo de color gris o beige muy claro y parece casi blanco. Contiene frecuentemente partículas de uno o varios colores distintos. La publicidad que hacen la demandante y los demás productores de detergentes pone de manifiesto que dichas partículas materializan la presencia de distintas sustancias activas. Por lo tanto, sin que, por lo demás, puedan considerarse como una indicación descriptiva en el sentido del artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento nº 40/94, las partículas coloreadas evocan determinadas cualidades del producto. Sin embargo, de la inaplicabilidad de este último motivo de denegación no puede deducirse que los elementos coloreados confieren necesariamente carácter distintivo a la marca solicitada. En efecto, no existe tal carácter cuando, como en el caso de autos, se induce al público al que va destinada la marca a percibir la presencia de elementos coloreados como la evocación de determinadas cualidades del producto, y no como la indicación de su origen. Con todo, la posibilidad de que los consumidores puedan adquirir la costumbre de reconocer el producto por sus colores no basta, por sí sola, para excluir el motivo de denegación basado en el artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94. Tal evolución de la percepción del signo por el público, si se demuestra, sólo puede tomarse en consideración a efectos del artículo 7, apartado 3, del Reglamento nº 40/94.

52 El hecho de que, en el caso de autos, las partículas coloreadas no estén distribuidas de forma uniforme por toda la pastilla, sino que estén concentradas en la parte superior de ésta, no basta para que pueda percibirse el aspecto de la pastilla como una indicación del origen del producto. En efecto, cuando se trata de combinar distintas sustancias en un producto para lavadoras o lavavajillas que tiene la forma de una pastilla, la añadidura de una capa forma parte de las soluciones que de la manera más natural acuden a la mente.

53 A este respecto, es irrelevante el hecho de que la demandante sea la única empresa que utiliza el color rojo para las pastillas compuestas por dos capas. La utilización de colores básicos, como el azul o el verde, es corriente e incluso típica de los detergentes. El empleo de otros colores básicos, como el rojo o el amarillo, forma parte de las variantes de la presentación típica de dichos productos que acuden a la mente de un modo natural.

54 De ello se deduce que la marca tridimensional solicitada está constituida por una combinación de elementos de presentación que acuden a la mente de un modo natural y que son típicos del producto de que se trata.

55 Procede añadir que es posible combinar de manera distinta dichos elementos de presentación, obtenidos mediante una variación de las formas geométricas de base y la adición, al color de base del producto, de otro color básico que aparece en una capa de la pastilla o en motas. Las divergencias que de ello resultan en cuanto al aspecto de las distintas pastillas no bastan para que cada una de tales pastillas pueda servir de indicador del origen del producto, pues se trata, como en el caso de autos, de variaciones de las formas de base del producto que acuden a la mente de un modo natural.

56 Por lo que respecta a la impresión de conjunto que se desprende de la forma y de la disposición de los colores de la pastilla controvertida, la marca solicitada no permitirá que el público interesado distinga los referidos productos de los que tengan otro origen comercial, cuando tenga que elegir al hacer una compra.

57 Procede añadir que el mayor o menor número de pastillas similares que ya existen en el mercado no cuestiona la inaptitud de la marca solicitada para indicar el origen del producto *a priori* e independientemente de su uso en el sentido del artículo 7, apartado 3, del Reglamento nº 40/94. Por consiguiente, en el caso de autos, no es preciso zanjar la cuestión de si el carácter distintivo de la marca debe apreciarse en la fecha de presentación de la solicitud de registro o en la fecha del registro efectivo.

58 Además, en lo que concierne a la argumentación que la demandante basa en la práctica de las oficinas nacionales de marcas y en el reconocimiento del carácter distintivo de un signo similar por una resolución de un órgano jurisdiccional italiano, debe recordarse que los registros ya realizados en algunos Estados miembros constituyen únicamente un elemento que, al no ser decisivo, tan sólo puede ser tomado en consideración para el registro de una marca comunitaria [sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 16 de febrero de 2000, Procter & Gamble/OAMI (Forma de un jabón), T-122/99, Rec. p. II-265, apartado 61, y de 31 de enero de 2001, Sunrider/OAMI (VITALITE), T-24/00, Rec. p. II-449, apartado 33]. Las mismas consideraciones son válidas con respecto a la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Además, de las respuestas de la Oficina a las preguntas formuladas por el Tribunal de Primera Instancia se desprende que no es uniforme la práctica de las oficinas nacionales de marcas en relación con las marcas tridimensionales constituidas por pastillas para lavadoras y lavavajillas. Por consiguiente, no puede imputarse a la Sala de Recurso haber pasado indebidamente por alto dicha práctica ni haber ignorado una jurisprudencia nacional.

59 De ello se deduce que la Sala de Recurso resolvió acertadamente que la marca tridimensional solicitada carece de carácter distintivo.

60 El hecho de que los criterios de apreciación del carácter distintivo, en el supuesto de una marca tridimensional constituida por la forma del propio producto, no sean más rigurosos que los aplicables a los demás tipos de marcas no impone otra conclusión.

61 En efecto, las consideraciones que han llevado a la Sala de Recurso a afirmar la falta de carácter distintivo de la marca solicitada justifican una conclusión idéntica con respecto a los criterios de apreciación de este carácter, aplicables a todas las marcas, tanto denominativas como figurativas o tridimensionales.

62 La demandante alega, además, sin invocar explícitamente un motivo basado en la infracción del artículo 7, apartado 3, del Reglamento nº 40/94, que la marca solicitada tiene carácter distintivo debido al uso que se ha hecho de ella. El Tribunal de Primera Instancia no puede examinar tal argumentación por no haber sido aducida ante la Sala de Recurso [véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 1999, Procter & Gamble/OAMI (BABY-DRY), T-163/98, Rec. p. II-2383, apartados 48 a 51].

Sobre el motivo basado en «desviación de poder» y en la violación del principio de igualdad de trato

Alegaciones de las partes

63 En apoyo del motivo basado en «desviación de poder» la demandante alega que la Oficina autorizó la publicación de determinadas solicitudes de marcas comunitarias análogas a la suya para productos del mismo sector o de un sector conexo. Se refiere, en particular, a la solicitud de marca comunitaria nº 809.830

de Benckiser N.V. La demandante considera que, por ello, la Sala de Recurso ha violado el principio de igualdad de trato.

64 Además, la demandante estima que la resolución impugnada es contraria al objetivo superior del Derecho comunitario, en general, y del Reglamento sobre la marca comunitaria, en particular, que se propone la armonización del Derecho de marcas en el ámbito comunitario. Según la demandante, este objetivo de armonización sólo puede alcanzarse realmente si se interpreta el Derecho de marcas de manera uniforme.

65 La Oficina indica que la solicitud de marca a que se refiere la demandante no culminó con su registro. Además, aun suponiendo que la Oficina hubiera registrado efectivamente dicha marca, tal decisión sería errónea y la demandante no podría basarse en ella para solicitar la adopción de una decisión que constituiría una repetición del error.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

66 Procede recordar que el concepto de «desviación de poder» tiene un alcance muy preciso en Derecho comunitario y que se aplica al supuesto en que una autoridad administrativa utiliza sus atribuciones con una finalidad distinta de aquella para la que le fueron conferidas. A este respecto, es jurisprudencia reiterada que sólo cabe considerar que una decisión incurre en desviación de poder cuando queda de manifiesto, de acuerdo con indicios objetivos, oportunos y concordantes, que fue adoptada para alcanzar una finalidad distinta de las que se invocan (véase, en particular, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de abril de 1996, Industrias Pesqueras Campos y otros/Comisión, asuntos acumulados T-551/93 y T-231/94 a T-234/94, Rec. p. II-247, apartado 168). La demandante no ha aportado ningún elemento del que pudiera deducirse que la resolución

impugnada fuera adoptada con una finalidad distinta de la de verificar si la marca solicitada cumplía los requisitos de registro establecidos en el Reglamento nº 40/94.

67 En la medida en que el objeto del presente motivo consiste en alegar la violación del principio de igualdad de trato, de las respuestas dadas por la Oficina a las preguntas del Tribunal de Primera Instancia se desprende que el examinador denegó la solicitud de marca, a cuya publicación se ha referido la demandante, con posterioridad a la interposición del presente recurso y que actualmente una Sala de Recurso examina dicha resolución. Por consiguiente, en todo caso, la argumentación basada en la publicación de dicha solicitud de marca ha quedado sin objeto. De ello se deduce que el presente motivo carece de fundamento.

68 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede desestimar el recurso.

Costas

69 A tenor del artículo 87, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento, en circunstancias excepcionales o cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una y otra parte, el Tribunal de Primera Instancia podrá repartir las costas o decidir que cada parte abone sus propias costas. Dado que el texto de la resolución impugnada podía suscitar dudas en cuanto a la justa aplicación, en el caso de autos, del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94 por la Sala de Recurso, procede decidir que cada parte soporte sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Segunda)

decide:

1) **Desestimar el recurso.**

2) **Cada parte soportará sus propias costas.**

Meij Potocki Pirrung

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 19 de septiembre de 2001.

El Secretario

H. Jung

El Presidente

A.W.H. Meij