



EL NOMBRE COMERCIAL

Por POMPILIO JARAMILLO LONDOÑO

INTRODUCCION

La tradición clásica de las ciencias jurídicas, no reconoció mas derechos patrimoniales sobre cosas exteriores al mismo sujeto, que las dos categorías heredadas de los juristas romanos y adoptadas por los códigos del Siglo XIX, y que constituyen la columna vertebral de nuestro código civil, como son los "Derechos Reales" sobre las cosas materiales y los "Derechos Personales" o créditos. Pero la evolución necesaria de derecho, como causa del progreso de la humanidad en mas de veinte siglos ha propiciado la aparición de una tercera categoría del derechos, adscritos al derecho mercantil debido a la comercialización del derecho civil, y tipificado por los "Derechos Intelectuales", rúbrica común de la propiedad literaria y de la propiedad industrial.

Me concretaré en este pequeño estudio, a la última, es decir a la propiedad industrial y dentro de ésta al "NOMBRE COMERCIAL", como intangible de singular importancia dentro de un establecimiento comercial o industrial.

Porque, los sujetos de derecho, tanto las personas físicas, como las personas morales como entes capaces jurídicamente de ejercer derechos y de contraer obligaciones civiles y de ser representados judicial y extrajudicialmente, deben ser determinadas e individualizadas lo suficiente por medio de un derecho inherente a unas y otras, cual es el nombre.

Las personas físicas, como individuos de la especie humana que son, necesitan identificarse, para distinguir unos de otros, dentro de' conglomerado social. lo cua' se hace por medio del "NOMBRE CIVIL". Otro tanto se hace con las empresas comerciales o industriales, identificarlas por medio del "NOMBRE COMERCIAL". para evitar confusiones en todos los actos de la vida comercial de éstas y de su clientela, que está interesada también en que no existan nombre que puedan traer confusión y con ella el consiguiente perjuicio económico.

Tal individualización de las personas físicas y de las personas jurídicas, la trae reglamentada la legislación colombiana: La primera reglamentada por el derecho civil, cuya legislación positiva mas importante al respecto es el decreto ejecutivo 1003 de 1.939, reglamentación bastante deficiente, teniéndose que suplir los vacíos por la costumbre y la jurisprudencia. La segunda la tiene reglamentada el derecho comercial, principalmente por la ley 31 de 1.925, orgánica de la propiedad industrial, refiriéndose al nombre comercial en los artículos 57 al 62; y la ley 59 de 1.936, por la cual se aprueba la "Convención General Interamericana de Protección marcaría y comercial" firmada en Washington en 1.929 en cuyo capítulo III se ocupa del nombre comercial.

Disposiciones por lo cierto bastante incompletas como consecuencia de la época en que fueron dictadas —hace 36 años— pero que actualmente debido al gran desarrollo comercial e industrial del país, se requiere una legis'ación mas sistematizada y mas completa. como en realidad ya lo va a subsanar e' proyecto de Código de Comercio, elaborado por prestantes juristas especializados en la materia objeto del código y que actualmente cursa en las Cámaras Legislativas.

Dicho proyecto de código. en su título IV sobre "Propiedad Industrial", trata lo pertinente al tema objeto de este trabajo del cual me ocupo enseguida.

EL NOMBRE CIVIL

A través de todos los tiempos, aún desde las primitivas civilizaciones, las personas físicas necesariamente se han tenido que identificar en su vida social, particular y civil lo que hacen por medio del nombre, que al decir de Ferrara: "es una contraseña personal del individuo". Ya vemos que entre los romanos se identificaron mediante el "Prenomen" o primer nombre, seguido del "Nomen" o apellido. De tal manera que había entonces que distinguir que el "Prenomen", lo tenían todos, los libres y los esclavos y el "Nomen", que solo lo llevaba la "Gens" como derecho de "Gentilidad", que solo pertenece por tanto a las personas nobles y patricias (Nomen Gentilium).

Integran el nombre civil pues, el nombre de pila y el apellido; el primero es algo individual, distinto para cada persona; el apellido está constituido por el patronímico o nombre de la familia.

"En cuanto a la formación de los apellidos, es necesario tener en cuenta que la mayor parte de los que usan las familias colombianas se originaron en los apellidos españoles. No obstante puede decirse que tal formación no ha sido caprichosa, pues llama la atención que la mayor parte de los países europeos emplearon un mismo sistema para crearlos originariamente" (Valencia Zea, T. I. Pag. 518). Por eso vemos que ese sistema de formación tiene su razón filológica de ser, así numerosos apellidos se formaron patronímicamente tales son Hernández, Velásquez, González, Martínez, etc.; otros fueron tomados en lugares geográficos, profesiones, animales, árboles, caracteres físicos, etc. así: Castilla, Salinas, Botero, Cuervo, León, Arce, Robles Naranjo, Moreno, Rubio, Calvo, Blanco, etc. etc.

De tal manera que así las cosas, el nombre depende de la libre elección de la persona facultada para la guarda del niño: padre, madre, tutor, adoptante; y el apellido es el de la familia a que pertenece, según las normas del Derecho Civil, mediante las siguientes reglas:

1º). Los hijos legítimos llevan como primer apellido el del padre y como segundo el de la madre.

2º). Los hijos naturales llevan el de la madre, salvo que hallan sido reconocidos por el padre y entonces llevan el apellido de éste.

3º). La mujer casada, agregará a su apellido el de su marido, precedido de la partícula "de".

4º). Los expósitos, cuyo apellido se ignore, el funcionario del registro civil, le impondrá un apellido usual .

5º). El hijo adoptivo llevará el del adoptante.

Naturaleza Jurídica: El derecho al nombre es un derecho de la personalidad, que falta donde falta ésta, es decir la personalidad, que es precisamente en la esclavitud y como derecho extrapatrimonial que es, se encuentra fuera del comercio.

Es pues, un derecho subjetivo de carácter inmaterial, esencialmente hereditario, que representa un lazo de solidaridad social entre las generaciones pasadas, presentes y futuras; de una estabilidad que algunos defienden hasta la inmutabilidad, llegándose en la época presente a sostenerse el principio de que "ni aún por la posesión prolongada podrá adquirirse un nombre distinto".

El nombre adquirido se conserva toda la vida, desde su imposición hasta la muerte y no se pierde antes por ninguna causa.

En el derecho alemán, las personas jurídicas, también tienen derecho de la personalidad, y según el tratadista alemán H. Lehmann, una persona jurídica puede proceder contra el que use el nombre genérico de tal entidad, así el municipio puede proceder contra el nombre "Teatro Municipal", o una Universidad, contra el comerciante que utiliza en su rótulo el nombre "Droguería de la Universidad".

Protección al Nombre: "La protección al nombre está justificada, porque el nombre de un individuo trae consigo la referencia de las cualidades y valor de la persona que lo lleva, por lo cual ésta tiene derecho a que otros no vengan con la usurpación del nombre a beneficiarse con él (Rame-lla, T. II Pag. 205). Puede entonces hacerse valer contra terceros el nombre y apellido, cuando son usurpados indebidamente. Y sabemos que el nombre civil puede ser usurpado en múltiples casos como cuando se usa como propio sin serlo, cuando se usa para designar una explotación industrial, como apelativo de un caballo u otro animal similar o para un personaje de una obra literaria, pero solo cuando ello acarree un perjuicio material o moral. Otro tanto se puede decir de los nombres de personajes originales de obras literarias, que no se pueden emplear para designar

los objetivos antes indicados, a menos que la obra halla pasado al uso público.

En consecuencia, cualquier uso ilícito de un nombre civil genera para el responsable una doble obligación: prohibición de continuar haciéndolo e indemnización de todo perjuicio material o moral ocasionado.

Es frecuente el caso de individuos con nombres semejantes, vale decir homónimos, resultando que tal homonimia puede ser fortuita o voluntaria, dando la primera acción civil por el posible abuso, porque en cuanto al uso legítimo es inatacable; la segunda da acción penal. Ferrada insinúa, que para crear una diferenciación, cada persona puede añadir una indicación correspondiente a su persona, como un título nobiliario, académico o profesional; porque solamente los homónimos se distinguen por su firma rubricada, en la cual sus caracteres y forma serán diferentes, pudiéndose, oponer uno, a que el otro imite la de su homónimo. que es de presumirse, será con fines dolosos.

Pseudónimos: Es una modalidad del nombre. Etimológicamente, tal vocablo quiere decir "nombre supuesto", de tal manera que el pseudónimo es el nombre empleado por un escritor o por un comerciante en vez de suyo propio.

Aspecto comercial: Su uso en el aspecto comercial es poco acostumbrado y la ley 31/25, nada dice al respecto, de donde se desprende, que ante el silencio de la ley, el comerciante lo puede utilizar para ejercer los actos de su profesión y para distinguir su establecimiento siempre que proceda en forma lícita, esto es, de acuerdo con las normas legales sobre la adopción del nombre (no confundible con uno ya existente).

De tal manera que la legislación en términos generales protege el nombre, quedando comprendida dentro de esa protección, todas las modalidades de aquel, como es entre otras el pseudónimo, con todos sus caracteres de fijez que tienen los nombres patronímicos. Pero que su poco uso se debe, a que en este aspecto, no tienen perfecta aplicación los claros objetivos que idearon la invención de ésta modalidad del nombre, para uso propiamente de obras literarias; no obstante en nada, que como nombre que es, suficiente para individualizar a una persona, se emplee en otras funciones de la vida.

Aspecto literario: Bajo éste aspecto, el pseudónimo que los escritores suelen emplear comunmente para firmar sus obras, es equiparable bajo todo punto de vista, al nombre civil, sobre todo —según Valencia Zea— cuando llega a caracterizar su personalidad digna y ampliamente. Su adopción ha obedecido a la necesidad de lograr una eufonía fácil de persistir en la memoria de los lectores.

Breuer Moreno, hace una diferenciación entre pseudónimo y falso nombre (Pag. 62), consistente en que falso nombre es el que se emplea en los actos ordinarios de la vida civil, el pseudónimo en cambio, es el que se usa solo para una categoría de actos: literarios, religiosos, comerciales.

Diferencia anterior con la cual no estoy de acuerdo ni desde el punto de vista jurídico, ni filológico. Filológicamente, la acepción de la palabra es falso nombre o nombre supuesto. Así podemos decir: "Falso nombre, es el no verdadero; el pseudónimo no es el verdadero nombre; luego el pseudónimo es falso nombre".

La diferencia entre ambos conceptos obedece solo a que pseudónimo se emplea en fines lícitos y el falso nombre en fines ilícitos; es el aplicable a los delincuentes que para facilitar la comisión de los delitos se cambian el nombre, habiéndose entonces de falso nombre, porque sería quitarle a la palabra pseudónimo su uso y altura intelectual, si en vez de decidir el falso nombre, decimos, el pseudónimo de N. N. (delincuente), es X. X.

Puedo concluir pues, que en el fondo el significado es el mismo, solo que se hace la aparente diferencia, como dije antes, para no rebajar, por decir así, "la posición" del vocablo pseudónimo. Puedo concluir también, que no se opone a ningún requisito legal el uso del pseudónimo en un acto de la vida civil, como por ejemplo en un contrato, y que si aceptamos la diferencia del autor citado, para tal fin es solo el falso nombre.

Registro del pseudónimo: dice el Art. 5º de la Ley 86 de 1.946 que "los autores que empleen pseudónimos podrán inscribirlos en el Registro Nacional de la Propiedad intelectual, y adquirir por éste medio la propiedad de ellos"; de tal manera que a diferencia del nombre-pseudónimo comercial que se adquiere por el uso, la propiedad del pseudónimo intelectual se adquiere por el registro.

El Inc. primero del citado artículo, corrobora lo dicho, puesto que las obras pseudónimas se consideran propiedad del editor, mientras no se pruebe la identidad del autor pseudónimo, prueba que consecucionalmente tiene que ser con la inscripción del pseudónimo en el registro respectivo.

Otra diferencia, del pseudónimo comercial con el intelectual, ya enunciada brevemente es el uso; por la vida práctica vemos el poco uso del primero, en cambio el segundo es de un uso constante y actual en la literatura, así vemos como egregias figuras firmaron con pseudónimo: "Fernán Caballero", se llamaba Cecilia Böhl de Fáber; "Moliere", Juan Bautista Poquelin; "Hugo Wast", Gustavo Martínez Zuviría; "Rubén Darío", Félix Rubén García Sarmiento; "Tirso de Molina" Fray Gabriel Téllez, etc. etc.

EL NOMBRE COMERCIAL

Concepto: El poderoso desarrollo de la industria y por consiguiente del comercio, a la par que la competencia, ha obligado a comerciantes e industriales, aún a los más incipientes, a identificar e individualizar sus establecimientos dentro del mercado, como las personas dentro de la sociedad y como dice A. Ramella: "ningún se lo más característico, ninguna designación más directa ni más personal que el nombre" (P. 197).

Efectivamente, el comerciante tiene que distinguir su establecimiento, para beneficio propio y de su clientela, ya que el competidor desleal, desea lucrarse del crédito y fama ganado por otros. Es que el nombre es el signo más sencillo, más natural y eficaz para representar sintéticamente un conjunto de cualidades poseídas por el titular de ese nombre, como son la honestidad, seriedad, atención, calidad, etc.

En torno a la definición de éste intangible, se ha dado por los tratadistas de la materia múltiples definiciones. Veamos algunas de ellas:

"El nombre comercial, es toda aquella denominación

bajo la cual se hace el tráfico mercantil o la producción agrícola o industrial". (C. Sepúlveda, Pag. 101).

"El nombre comercial es el apelativo, rótulo o enseña con que se designa al empresario, su establecimiento o su empresa industrial, agrícola o comercial, o el ejercicio de una actividad lícita relacionada con la producción o la distribución de la riqueza" (Art. 61, del Proyecto de Co. de Com).

"El nombre comercial es, aquel bajo el cual un comerciante, ejerce los actos de su profesión; es aquel que utiliza para vincularse con su clientela; para distinguirse a sí mismo en sus negocios o para distinguir su establecimiento comercial". (Breuer Moreno, Pág. 33).

Las transcripciones anteriores nos dan una idea mas o menos exacta sobre tal concepto. Como se ve todos convergen en esencia a lo mismo, discrepando en apreciaciones accidentales y en su mayor o menor extensión; porque como se ve, la primera definición se refiere únicamente al nombre, en cambio las otras dos definiciones tienen incluida la enseña o muestra y rótulo. Siendo no obstante la mejor y mas precisa, la de Breuer Moreno; la del proyecto de C. de Comercio, la veo redundante, porque en la parte final dice: "o el ejercicio de una actividad lícita relacionada con la producción o distribución de la riqueza"; entonces tenemos que la producción o distribución, constituyen precisamente "un establecimiento o empresa industrial, agrícola o comercial", que es justamente a lo que se refiere en la primera parte de la definición.

Características y Elementos: El nombre comercial como elemento de gran importancia jurídica y económica, tiene naturalmente ciertos elementos que convergen a su formación e integración jurídica y ciertas características que lo tipifican dentro de la propiedad industrial, dándole por consiguiente autonomía independiente para distinguirlo de otros derechos industriales con los cuales puede tener aparente similitud en su estudio global, pero que analizado en los acápites que aquí tratamos, lo diferenciamos plenamente.

Para el comerciante o el industrial, el nombre independientemente de la consideración moral que vincula al mismo, representa como primera característica un "valor pecuniario", a veces de gran consideración por la trayectoria

honestas de la empresa, porque cuando la explotación conquista gracias al trabajo, inteligencia y probidad de su fundador o gestor, el nombre se convierte en una verdadera riqueza no solo moral sino material, porque a él se vincula la clientela, como factor vital de cualquier explotación industrial o comercial, porque cumple una función de propaganda que redundará en pingües rendimientos económicos para la empresa. Por eso es susceptible de valoración económica, de ser protegido legalmente, tratándose entonces como un verdadero elemento de carácter patrimonial dentro de la empresa moderna. (Basado en Allart, citado por Bernardo Supervielle).

Como consecuencia de representar un haber de carácter patrimonial, viene la característica de ser "cesible". Es evidente que siendo un objeto de propiedad, es sujeto de ser cedido a otra persona por los medios legales de transferir la propiedad, bien a título de dominio o de mera tenencia (arrendamiento de un nombre de fantasía).

En cuanto a su tercera característica, es ser "prescriptible", derivado a su vez de ser cesible y de ser objeto de propiedad, pero que tratadistas como B. Supervielle, considera que no es objeto de prescripción, sino de caducidad.

Como notas primordiales que debe llenar en cuanto a su formación, hay que tener en cuenta que se debe configurar de modo que llame la atención al público, y se grave en su mente, mediante la "verdad" y la "novedad".

Verdad en el sentido, de que si el nombre es enunciativo de uno patrimonial, el del comerciante, y si es relativo a la especialidad del establecimiento, realmente concuerde con éste, o sea que el nombre no esté en contradicción con la actividad social desempeñada.

La novedad, consiste en que sea diferente de los ya usados en el comercio.

Todo ésto para llegar al pensamiento de Ghiron, citado por Ferrara, de que "el nombre comercial opera como colector general de clientela".

Dice Díaz Velasco, citado por el mismo Ferrara, que las funciones de las palabras que constituyen el nombre comercial, pueden ser:

"1º). Distinguir sus productos (marcas nominales).

2º). Distinguir el local en que funciona la empresa (nombre comercial como rótulo).

3º). Distinguir la empresa con independencia de quiebra el empresario”.

Como elementos con los cuales se puede formar un nombre comercial, están en términos generales: 'la razón social' del comerciante. el patrimonial propio o un nombre de fantasía, algunas veces combinados con escudos, figuras geométricas, signos, colores, etc.

Naturaleza Jurídica: Al surgimiento en el siglo pasado, de los derechos intelectuales y dentro de éstos los derechos industriales, se trató de clasificarlos dentro del clásico cuadro que comprende los derechos reales y los derechos personales, llegándose a admitir específicamente que eran un derecho real (Breuer Moreno). Pero debido a la amplitud y elasticidad de las ciencias jurídicas, se le pudo enmarcar en un molde independiente y separado, formando junto con otros intangibles los derechos industriales, autónomos y perfectamente estructurados. Se sostiene en consecuencia que el derecho al nombre es absoluto, perpetuo y exclusivo, de igual manera que la propiedad común.

Por lo tanto, hoy dentro de la más sana técnica jurídica, podemos decir que dentro del campo del derecho, el nombre puede ser objeto de una propiedad real y efectiva, de carácter mercantil-industrial y de orden patrimonial e intangible; con una naturaleza intrínseca distinta a un objeto corporal, razón precisamente por la cual no le podemos aplicar la acción reivindicatoria (por no ser real), pero sí otra acción adecuada a la naturaleza jurídica del derecho de dominio sobre un intangible.

El nombre constituye un bien instrumental de carácter inmaterial que responde a una necesidad, que tiene un valor económico como elemento de vinculación con la clientela y que posee una protección jurídica con efectos “erga omnes” frente a terceros.

Es pues objeto de propiedad absoluta, a pesar de que algunos tratadistas sostengan que no tiene las características que configuran el derecho absoluto de propiedad; entre los cuales está Agustín Ramella, que sintéticamente afirma que no es un derecho absoluto de propiedad, por faltar a tal derecho el carácter “absoluto y exclusivo”, el

“jus abutendi” y su “falta de libre disposición”, y concluye textualmente:

“Así pues, la llamada propiedad del nombre, no presenta ninguno de los atributos esenciales de la propiedad ordinaria, ni puede por lo tanto producir ninguno de los efectos que le son propios”. (Pag. 202. T. II).

Pero en contra de las conclusiones anteriores, está la opinión de connotados especialistas en la materia, y mi opinión fundamentada en que tiene todos los elementos de la propiedad, cuales son: sujeto, objeto y relación jurídica, su régimen legal sobre su transmisión, sus limitaciones y su defensa.

La teoría moderna ha revaluado pues, la arcaica teoría de que los elementos corporales, son los principales y los incorporeales accesorios; ambos tienen existencia autónoma, como derechos y separadamente son objeto del tráfico mercantil. Derechos que nacen por la creación humana, legalmente por los medios de adquirir y no se pierde sino por su abandono voluntario; se adquiere por el uso y se pierde por el desuso, quedando convertido en “res nullius”.

Modalidades: El nombre comercial, al igual que el civil, puede revestir y de hecho en la práctica ha revestido diversas formas, con las cuales se identifica e individualiza la empresa en todos los aspectos del giro social de los negocios.

El nombre comercial, puede ser clasificado dentro de dos tipos genéricos: “Objetivo” o bien “Subjetivo”.

El primero consiste en la denominación de la empresa por su objeto social o por una denominación de fantasía.

La denominación de la empresa por su objeto social es cuando dentro del nombre ayudimos específicamente a la explotación industrial o comercial a que el establecimiento se dedica, v. gr. “Cristalería Peldar”, “Mosaicos Roca”, etc.

Puede ser también una denominación de fantasía, habiéndose entonces, de “nombres de fantasía”, siendo tales, los constituidos por imaginación de palabras arbitrarias o banales. Ej. “Almacén Supersónico”, “Industrias Sputnik”, etc.

La segunda o denominación subjetiva, se refiere al patrónico de industrial o comerciante, empleado en su ac-

tividad económica, porque quien abre uno de tales establecimientos, puede en principio ejercer la actividad respectiva bajo el nombre de su elección, siendo factible entonces que el nombre patrimonial que sirve normalmente para las relaciones de la vida civil, pueda aplicarse a las relaciones comerciales, Ej. "Litografía J. L. Arango".

Ahora, dentro de uno de éstos tipos genéricos, que puede tener el nombre, ya específicamente dentro de su expresión gráfica, puede revestir las siguientes modalidades: a) Nombre-Firma, b). Nombre emblemático, c). Sigla ch). Razón Social, d). Dirección cablegráfica.

a). Nombre-Firma: No es otra cosa que un nombre de cualquier tipo —subjetivo u objetivo— rúbricado, esto es que las letras tienen ciertos caracteres especiales, v. gr. "Fabricato", "Cía. Colombiana de Tabaco".

b). Nombre emblemático: Es la combinación del nombre comercial, con un signo o dibujo (emblema) y ciertos colores, que representa en forma gráfica al comerciante: es pues la combinación del nombre y un emblema.

Ese diseño que forma parte del nombre emblemático, debe ser especial, vale decir, no genérico, como son ciertos signos o figuras, Ej. signo de pesos; espadas cruzadas (genérico de la industria balística); la balanza (genérica de las firmas de abogados); el mortero (genérico de la industria farmacéutica); etc., que son signos genéricos necesarios y válidos para cualquier establecimiento del mismo género.

Entonces hablando del nombre emblemático, me refiero a ciertos signos o figuras geométricas u otras semejantes, para combinar con el nombre y ciertos colores, tenemos como ejemplos de tales: "Esso Colombiana S. A., cuyo nombre emblemático consiste, en la palabra ESSO, con letras de imprenta en rojo, sobre un fondo blanco, con borde azul, dentro de un óvalo; "Acevedo Hermanos", consiste en la sigla "HACEB", en letras rojas de imprenta, sobre un fondo negro dentro de un rombo franjeado rojo-blanco; "Industrias Metalúrgicas Unidas S. A.", su nombre emblemático está compuesto, por el guerrero con la armadura en color gris, sobre un fondo azul dentro de un triángulo equilátero, con la sigla "IMUSA" sobre la base.

Estos diseños, deben ser breves y sencillos, para que así en la memoria de la clientela, si no queda el nombre

emblemático completo, queda la parte escrita o la parte gráfica que lo caracteriza, y así hablar del "óvalo Esso"; "el guerrero con la armadura", etc.

c). Sigla: Por sigla se suele entender ordinariamente, el vocablo resultante de la unión de las letras iniciales o de las primeras sílabas, del nombre comercial completo, así tenemos que "Industria Colombiana de Artefactos S. A"., tiene por sigla el vocablo "ICASA"; "Compañía Litográfica Nacional" tiene el vocablo "COLINA"; "Sociedad Médica Antioqueña" tiene la palabra "SOMA".

Ch). Razón Social: La razón social es la forma enunciativa de los apellidos de todos los socios o alguno de ellos, con la agregación de las palabras "y compañía", "Hermanos", "e hijos" u otras equivalentes, cuando no comprenda los apellidos de todos los socios. Podrán incluirse los nombres de pila de uno o mas socios. (Moreno J1'0. Pag. 258).

De tal manera que la razón social es el nombre comercial de las sociedades colectivas, encomanditas y limitada. Así podemos decir que la razón social es un nombre, pero no, que todo nombre es razón social.

d). Dirección cablegráfica: Denominada ordinariamente por la palabra "Cables" como distintivo que el comerciante o el industrial tiene para que le lleguen sus mensajes.

Ordinariamente, la generalidad de los casos, la dirección telegráfica concuerda con la "sigla", habiendo otros casos en que dicha dirección es un vocablo diferente de la sigla, v. gr. "Compañía de Productos Químicos Nacionales", tiene por dirección telegráfica el vocablo "Sulfacido" Pues bien, esta modalidad distinta de la sigla en muchos casos identifica plenamente a la empresa, constituyendo entonces una especie de nombre

Transmisión: El nombre comercial como bien patrimonial, puede ser objeto de cambio de su propietario y precisamente ya dije que esa es una característica del nombre comercial el ser cesible.

Lo usual, y aceptado por los tratadistas es que se enajene con el establecimiento que lo lleva, porque el nombre como denominación de una empresa no puede cederse, sino accesoriamente a ésta, porque el nombre comercial aislado carece de significado desde el punto de vista del comercio

o la industria. El nombre adquiere valor, en consideración al propietario del establecimiento que lo lleva, y si cambia de propietario, sin cambiarlo el establecimiento, implica ello una presunción de fraude.

Por todo lo anterior, la legislación italiana no permite la enajenación aislada del nombre y en especial por dos razones:

1º). Para impedir una pérdida de valor del establecimiento mercantil, y con ello una destrucción de riqueza.

2º). Porqué implica un engaño a la buena fe de los terceros (clientela) en virtud de la confusión, pues pretendiendo comprar en el almacén de su predilección, están comprando en otro con el mismo nombre.

Cosa diferente y perfectamente lícita y aprobada, es la enajenación del establecimiento, pero sin el nombre, reservándose el vendedor el nombre comercial, tal es el caso de Almacén "Grazo" hoy "Sonofoto", fue vendido entonces reservándose el propietario su primitivo nombre.

Protección: La tutela al nombre comercial está fundamentada en que trae consigo la referencia de una explotación económica que lo lleva, y por consiguiente a sus cualidades, entonces el titular de ese establecimiento tiene justo derecho a que otros no vengan con la usurpación del nombre a beneficiarse con el, constituyendo esto un enriquecimiento sin causa y un perjuicio por la perjudicial confusión para la clientela.

De tal suerte, que la protección que se le da, gira en torno de que es un derecho de propiedad, que como tal tiene que garantizarse su uso exclusivo, como contraseña en el campo de su actividad y en el sitio que lo ejerce. Es además incentivo para su tutela el representar un valor económico.

Como complemento de las ideas anteriores, se puede decir que, la tutela al nombre es un verdadero estímulo a la iniciativa, habilidad y honestidad del empresario.

Tenemos entonces que esa protección del nombre, se puede hacer bien, directamente por medio de la prohibición y represión de la competencia desleal o indirectamente al través de la tutela de cada uno de los intangibles, objeto de la propiedad industrial.

Formas de su violación: El empleo ilícito de un nombre comercial puede ser de varias maneras:

1º). Usurpación propiamente dicha, apropiándose íntegramente de un nombre comercial, para denominar con él su empresa comercial o industrial.

2º). Imitación del nombre, manifestándose cuando entre ambos existe semejanza, bien en la escritura o en el sonido fonético o se imita con un sinónimo, v. gr. "Sagabe" es imitación de "Zagaby"; "Industrias Estra", parece ser imitado por "Industrias Extractivas"; y "Radio Crónometro" es clara imitación de "Radio Reloj", por ser términos sinónimos. Entonces lo que dijo el Tribunal de Bogotá, para determinar la imitación de las marcas, lo podemos aplicar para conocer la imitación de nombres; (cambiando lo que haya que cambiar la doctrina quedaría así): "para determinar la imitación entre dos nombres, hay que tener en cuenta las diferencias entre ambos, porque esas diferencias son obra premeditada del competidor desleal".

3º) Abuso de un nombre: se puede presentar abuso con un nombre ajeno cuando se hace creer al público, que la mercancía procede de aquel de cuyo nombre se abusa.

Condiciones para la protección: a). Que el titular tenga derecho para servirse del nombre, porque lo ha'la comprado, creado, etc.

b). Que el nombre sea "especial" del actor, porque si es un nombre genérico, su personalidad no ha sido atacada.

Ch). Que se halla hecho uso efectivo, de él, y de una manera ostensible, vale decir públicamente: en sus facturas, publicidad, vehículos, etc.

Reunidos estos requisitos, el legítimo titular tiene acción, que ejercerá por vía ordinaria para que el usurpador no siga haciendo uso del nombre y se le condene además a la indemnización de daños y perjuicios.

El nombre comercial y la propiedad intelectual: La propiedad industrial y la propiedad artístico-literaria (Ley 86 de 1.946), tienen como común denominador a la propiedad intelectual.

Pero se puede diferenciar, a pesar de ser afines en cuanto que la propiedad industrial es algo mas material, con fines primarios eminentemente lucrativos; en cambio la propiedad literaria es algo mas espiritual, no dejando de reconocer que en su fin último también reporta beneficio pecuniario .

El nombre comercial dentro de la propiedad industrial, es un intangible objeto de propiedad y protección, como se vió atrás; la propiedad artístico-literaria tiene iguales prerrogativas. Se diferencian entonces, en cuanto que la propiedad literaria tiene protección por la vida del autor y ochenta años mas, el nombre se protege mientras se haga uso público de él, que puede ser indefinidamente, en cambio la propiedad literaria después de ese límite pasa a ser de uso común.

En las obras literarias hay que incluir el nombre de su autor al publicarlas; en las empresas comerciales, no hay que incluir el nombre civil del propietario, el nombre comercial es suficiente.

Finalmente, las revistas y periódicos, generalmente son empresas comerciales, que tienen un nombre protegido por la ley de propiedad industrial y por la ley de propiedad intelectual (Art. 22).

Diferencias entre nombre civil y comercial: He reiterado varias veces a lo largo de ésta monografía que el fin primordial y fundamental de ambos, es identificar a sus respectivos titulares. Con todo hay diferencia del nombre del comerciante, como tal, como persona física, del de su establecimiento comercial. Veámoslas brevemente.

El patronímico identifica al sujeto en su individualidad civil, el comercial configura la individualidad económica en el ejercicio de la actividad mercantil.

Ambos tienen una duración indefinida, el civil subsiste hasta la muerte del titular y el comercial hasta la terminación de la explotación económica.

Se diferencia de la marca, en cuanto ésta, distingue mercancías y el nombre comercial, una empresa comercial o industrial. El nombre civil se puede usar en las relaciones comerciales (nombre comercial patronímico) o registrarse como marca (marca nominal).

Clase 14: El alcance de la "clase 14", del decreto 1.707 de 1.931, frente a la no necesidad del registro de los nombres comerciales, tiene el significado o explicación siguiente: Ciertamente a la luz del Art. 62 de la ley 31/25, el nombre comercial no requiere ningún registro, para tener los derechos acordados por la ley, basta el uso reiterado; entonces el registro a que se refiere la "clase 14", es el registro de un nombre que se está usando actualmente en un determinado ramo de la actividad mercantil, pe-

ro que en un futuro se piensa emplear en otros ramos del comercio, entonces se registra para tener la exclusividad, no pudiendo otra persona usarlo en el comercio o la industria.

ANALISIS DE LA LEGISLACION

A continuación haré un comentario analítico de la ley 31 de 1.925, sobre lo pertinente al nombre comercial y sus concordantes.

Artículo 57. Este artículo se refiere a varios intangibles: nombre del comerciante, (nombre patronímico); nombre de las sociedades anónimas; razón social, (nombre comercial de las sociedades colectivas, en comandita); la muestra o enseña.

Todos estos elementos de carácter inmateria!, dice la ley que constituyen una propiedad, razón justamente por la cual se integran dentro del patrimonio del titular. Los efectos a que se refiere la ley, pueden ser: objeto de protección legal, de cambio de propietario, de limitaciones, y otras, al igual que cualquier derecho.

Pero todos estos intangibles no tienen las mismas prerrogativas, tiene cierta prelación el nombre de las sociedades anónimas, a éste respecto hay una doctrina del Tribunal de Bogotá: "Las sociedades anónimas por el mero hecho de su constitución adquieren el derecho sobre el nombre que adopten, aún cuando no lo registren, ni lo hayan usado". (Citado por Ortega Torres, pág. 31). De tal manera que el nombre de la sociedad anónima, no requiere ni el uso para adquirirlo y consecuentemente ser protegido.

En cuanto que constituyen estos intangibles una propiedad, según el artículo, no es porque la ley lo haya dicho, y los hubiera habilitado para ello, sino que por su naturaleza jurídica son una propiedad: a este respecto hay una jurisprudencia de un tribunal de Francia: "las denominaciones son propiedad de su autor, no en virtud de un derecho de creación, sino en virtud de una posesión ligada a la existencia del establecimiento que ellas designan para impedir su confusión con otros establecimientos similares" (P. Breuer Moreno Pág. 77).

Artículo 58. El nombre civil es propiedad de uso común y por lo tanto se le puede imponer a una persona el nombre que se quiera, aunque ya exista, aún coincidiendo con el apellido; lo que no pasa con el nombre comercial, que tiene que adoptar una diferenciación sustancial y absoluta.

Esa modificación sustancial del nombre comercial de la explotación nueva en relación con la ya existente no puede consistir en manera alguna en cambios de ortografía, quedando ambos nombres con el mismo sonido fonético.

Ahora bien, la modificación puede ser sustancial en relación con el nombre comercial completo, pero puede ser similar y confundible con la "sigla" o con la "dirección caligráfica" de donde se desprende, que la modificación tiene que ser también en relación con éstas y otras modalidades del nombre.

Cuando la nueva explotación ha de llevar como nombre comercial, el patronímico del propietario y encuentra que éste ya se halla ocupado por un homónimo, puede a pesar de ello o designar su nueva explotación con su nombre, según reiteradas jurisprudencias, que dan a entender que no se puede impedir que un comerciante actúe con su nombre civil, so'lo que lo debe emplear en forma distintiva que lo caracterice y diferencie.

Entiéndase que esa diferenciación en todos casos, es obligatoria, cuando se trata de una actividad económica similar o a fin de la existente; deja de tener sentido y por lo tanto efecto jurídico si son negocios diferentes.

Artículo 59. El perjuicio a que alude éste artículo puede consistir en total usurpación, imitación o abuso con el nombre? Según jurisprudencia de la H. Corte, y el claro sentido del artículo, se refiere al perjuicio por el "uso del nombre" y no a la imitación, que está encajonada dentro del Art. 65 de ésta ley.

Se considera que el uso prolongado de un nombre, por mas de un año, implica la autorización tácita del titular legítimo. Claro que no siempre el perjudicado tiene conocimiento, dentro del año de que se está empleando su nombre comercial porque el usurpador hace pasar entre tanto inadvertido su existencia, empezando al año, cuando haya perdido el legítimo titular su acción a todo reclamo.

Desde éste punto de vista veo necesario el registro del nombre comercial.

Entonces, la coexistencia de los dos nombres, podrá acaso indicar que están diferenciados en realidad por el público? La inercia del titular del nombre a reaccionar contra el uso ilícito del tercero, es significativo a tal efecto. De suerte que el transcurso del tiempo no sirve, bajo éste aspecto, para hacer adquirir el derecho al nombre, sino para probar indirectamente la existencia de un "nombre válido", lo que es distinto.

Se puede preguntar, si transcurrido el año, sin el titular reclamar, adquirirán los terceros usurpadores acción contra el usuario primitivo? No lo creo, ni desde el punto de vista legal, porque la ley no contempla tal caso; ni desde el punto de vista doctrinal, porque el que usurpa no excluye de su derecho al propietario.

Se puede plantear una segunda pregunta, tendrá el mismo usurpador después del año acción para defenderse de otro usurpador (usurpador de usurpador)? Dije antes que de esa usurpación no da derecho al nombre, sino que lo valida, legítimamente, pero a pesar de esto, el espíritu de la ley es evitar confusión entre la clientela a todo trance, entonces en este caso pretenderá hacer lo mismo dándole acción al usurpador primitivo para que defienda el nombre usurpado.

Para contar el año de la prescripción, desde que empezó a usarse, se puede tener como criterio, que se empieza a usarse, desde que con él se empieza a comerciar públicamente y abiertamente. No implica uso, dice Breuer M. el adoptar lo simplemente en un contrato de sociedad.

Artículo 60. Asimila en todo el nombre de las sociedades anónimas, al nombre comercial, pero como anoté antes, siempre bajo algunos aspectos tiene prerrogativas que el simple nombre comercial no tiene. (v. Art. 58).

Artículo 61. Tenemos que el nombre comercial se puede extinguir por dos causas: por extinguirse el establecimiento que lo lleva; o por la terminación de los negocios a que estuviere destinado.

Los dos anteriores causas tienen su justificación en el principio jurídico de que "lo accesorio sigue la suerte de lo principal", de tal manera que dejando de subsistir el establecimiento, necesariamente tiene que dejar de subsistir aquel.

Artículo 62. La protección a la propiedad industrial, ha sido reglamentada por todos los países de acuerdo con dos sistemas elaborados por la doctrina. Esos dos sistemas son: "sistema declarativo" y "sistema atributivo".

De acuerdo con el sistema declarativo, para que el Estado le de validez y protección jurídica a una marca, una patente, o a un nombre o cualquier intangible similar, basta el simple uso de los mismos, sin necesidad de ningún registro previo.

En cambio, el sistema atributivo exige que para que el Estado le de valor a la propiedad industrial a que aludimos, requiere que previamente haya sido registrada en el organismo competente y debidamente publicada en la gaceta de propiedad industrial.

De estos dos sistemas, la legislación colombiana ha adoptado el sistema declarativo para el nombre comercial, según el tenor literal del artículo que comento. O sea que para tener los derechos acordados por la ley basta estar usando el nombre.

Para los demás intangibles, establece la ley el sistema atributivo o de registro de los mismos en el Ministerio de Fomento, División de propiedad industrial; con todos los requisitos que exige la ley.

Con todo, el sistema de registro no es tan absoluto, en nuestra legislación, pues al respecto tenemos que el artículo 5º de la ley 94 de 1.931, consagra derechos derivados del simple "uso" de las marcas, como son oponerse o pedir la cancelación de la marca falsificada o imitada, por el solo hecho de llevar un uso anterior mínimo de tres años, aunque no la hubiere registrado.

BIBLIOGRAFIA

Obras consultadas en su integridad en lo tocante al tema objeto de éste trabajo:

Pedro C. Breuer Moreno: "El Nombre Comercial en la Legislación Argentina".

Agustín Ramella: "Tratado de la Propiedad Industrial".— Francisco Ferrara; "Teoría Jurídica de la Hacienda Mercantil".

Bernado Supervielle: "El Establecimiento Comercial".— César Sepúlveda: "El Sistema Mexicano de la Propiedad Industrial".

Jorge Ortega Torres: "Marcas y Patentes".

Arturo Valencia Zea: "Derecho Civil".

Heinrchi Lehmann: "Tratado de Derecho Civil".

Proyecto del Código de Comercio.