

LOS SIGNOS MERCANTILES DISTINTIVOS DEL EMPRESARIO, LA EMPRESA Y EL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO: Visión crítica de su relación*

Juan Lucas González García-Herreros**
Gustavo Carlos Alemán Badel**

Resumen

El nombre comercial tradicionalmente ha sido confundido en la doctrina mercantil colombiana con la razón o denominación social, cuando es un signo distintivo más que del empresario, de la actividad mercantil que éste realiza, es decir de la empresa. Así las cosas, el registro mercantil que llevan las cámaras de comercio no es un mecanismo de protección de este intangible, pues se restringe exclusivamente al nombre civil y a la razón o denominación social. Así mismo, el depósito del nombre comercial que compete a la Superintendencia de Industria y Comercio tampoco protege al titular de los derechos que este signo confiere. Es, entonces, tiempo de proponer una visión crítica del nombre comercial, así como de postular alternativas para su eficaz protección sin el ánimo de agotar el tema, sino, más bien, de propiciar el debate.

Palabras clave: Nombre comercial, signo distintivo, derechos de autor.

Abstract

Trade name has been traditionally confused by the Colombian law authors with others institutions like social denomination and social reputation; however, trade name is a distinctive sing of the commercial activities that a

Fecha de recepción: 28 de enero de 2003

* Esta investigación monográfica está dirigida por el Dr. Marco Matías Alemán, quien es el administrador principal del Programa de la Oficina de Cooperación para el Desarrollo para América Latina de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

** Egresados de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte.

trader carries out and is not a distinctive sign of the trader as a person. For this reason, the commercial register that the Chambers of Commerce set up, is not an effective mechanism of protection for this intangible good, because this register is restricted exclusively for the social denomination and social reputation. Therefore, the deposit of the trade name in the Office of Industrial Property is neither a protection for the trader who is the subject of the rights that this sign confers. Then, it is time to propose a critical vision of the trade name; also, it is convenient to postulate alternatives for its effective protection, not with the aim of establishing definitive conclusions, because the real purpose is to propitiate the debate.

Key words: Nombre comercial, signo distintivo, derechos de autor.

Los intangibles representan actualmente los activos más valiosos para el empresario, pues «*los signos distintivos de la actividad mercantil, son aquellos de los que se vale el empresario para su adecuado reconocimiento por parte de terceros*»¹.

Por ello, son éstos los que le permiten al comerciante distinguirse en el mercado y diferenciarse de su competencia, siendo entonces un factor determinante en la consecución y aglutinamiento de su clientela.

Así las cosas, en una economía de mercado, y más aun cuando este sistema es claramente aperturista y con una marcada tendencia hacia la globalización, el empresario se ve ante el reto de innovar para competir, ante el derecho del uso y explotación económica exclusiva de los signos que lo distinguen como sujeto de relaciones comerciales, diferencian su empresa y sus actividades e identifican su establecimiento de comercio y ante la obligación de abstenerse de utilizar en provecho propio o de un tercero signos mercantiles ajenos o incluso similares a éstos, so pena de incurrir en competencia desleal y de hacerse acreedor a las sanciones consagradas en la ley mercantil.

Un referente concreto de la importancia de lo anterior es la comunidad andina, espacio geopolítico y comercial supranacional que ha entendido que la integración económica requiere un conjunto normativo que proteja

¹ ALEMÁN BADEL, Marco Matías, *Normatividad subregional sobre marcas de productos y servicios*. Top Management. Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 63.

al empresario en sus derechos en relación con sus intangibles: los signos distintivos de sus actividades mercantiles.

Y la regulación en materia de propiedad industrial, contenida en la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena, es entonces un marco jurídico que debe aplicarse de preferencia sobre las legislaciones internas de los países miembros, con el objetivo de proporcionar al comerciante certeza, seguridad y protección a estos activos y, en consecuencia, a su quehacer empresarial, enmarcado en el contexto internacional y en la integración económica.

Ahora bien, cuando se plantea la relación entre los signos mercantiles distintivos del empresario, la empresa y el establecimiento de comercio en el derecho colombiano necesariamente surgen una serie de problemas jurídicos: ¿Cuando el artículo 35 del C. de Co. habla de «nombre» se refiere al nombre regulado en el art. 603 del C. de Co. (signo que identifica la actividad empresarial) o debe entenderse, por el contrario, en el sentido del art. 110, Num. 2º del C. de Co. (signo que individualiza al ente societario)?; y por lo tanto, de acuerdo con el texto actual del Código de Comercio, ¿existe claridad en cuanto a la relación entre denominación y razón social y nombre comercial o más bien se han confundido los términos, siendo utilizados indistintamente por el mismo estatuto y llegando incluso a usarlos en unos artículos con una acepción y en otros con diferente sentido?; así mismo, ¿cuál es el alcance de la prohibición del artículo 35 del C. de Co. a las cámaras de comercio de «matricular a un comerciante o establecimiento de comercio con el mismo nombre»?²

De esta problemática al interior de las fuentes formales del derecho se generan, a su vez, otros interrogantes al momento de la aplicación de las normas, los cuales invitan a su investigación: ¿El registro de estos signos distintivos que adelantan las cámaras de comercio corresponde a una interpretación adecuada de la ley mercantil?; ¿esta función administrativa radicada en estas entidades se ha constituido en un elemento realmente eficaz para la protección de los signos distintivos del empresario, la empresa y el establecimiento de comercio?; y más aun, ¿el depósito del nombre comercial y la enseña en la Superintendencia de Industria y Comercio es un mecanismo que ofrece verdaderamente garantías al empresario en relación con sus derechos sobre estos signos distintivos de carácter mercantil?

² Art. 35 C. de Co.

En consecuencia, se plantea investigar, con el auxilio de las normas que regulan la propiedad industrial en el derecho comunitario andino, la relación entre los signos mercantiles distintivos del empresario, la empresa y el establecimiento de comercio, en primer término, controversia que se suscita al interior de las fuentes formales del ordenamiento jurídico comercial; y a partir de allí estudiar la función de registro mercantil que cumplen las cámaras de comercio en relación con estos bienes intangibles, así como también la función depositaria del nombre comercial y la enseña que compete a la Superintendencia de Industria y Comercio, para establecer si el modo como en la práctica se vienen desarrollando éstas, dentro del ordenamiento jurídico vigente, permite al comerciante una adecuada protección de los derechos que a este tema le competen.

Por lo tanto, en este artículo se expondrán de manera concreta las nociones de comerciante, empresa y establecimiento de comercio como elementos esenciales del derecho comercial, con el ánimo de diferenciarlos como sujeto, objeto y medio de la actividad mercantil, para entonces realizar un estudio puntual a la institución del nombre comercial desde una visión crítica que permita establecer su verdadera naturaleza y relación con la razón y denominación social y la enseña comercial; posteriormente se analizará si el registro mercantil de los comerciantes y establecimientos de comercio y el depósito del nombre comercial y la enseña, son en realidad instrumentos eficaces de protección de los derechos de los empresarios sobre sus signos distintivos; finalmente, si es conveniente, se propondrán alternativas que, dentro del ordenamiento jurídico supranacional y colombiano vigentes, puedan ser mecanismos efectivos para la protección de los derechos del empresario sobre los intangibles de su empresa y su establecimiento de comercio.

ELEMENTOS ESENCIALES DEL DERECHO MERCANTIL Y SU MECANISMO DE PUBLICIDAD

El derecho mercantil se estructura en tres elementos esenciales: el empresario, quien es el sujeto de las relaciones comerciales, y por ello mismo titular de derechos y obligaciones; la empresa, que es objeto de las relaciones y negocios del comerciante, pues constituye el conjunto de actividades económicas organizadas que realiza de manera profesional; y el establecimiento de comercio, que es el instrumento a través del cual el empresario lleva a cabo los fines de la empresa. Y estos elementos encuentran en el registro mercantil su mecanismo de publicidad, puesto que permite el conocimiento de los mismos por la comunidad en general, para que de este modo produzcan efectos ante terceros.

Ahora conviene analizar cada uno de estos elementos en particular, precisando sus características más relevantes para los propósitos de esta investigación.

En primer lugar, el empresario, quien adquiere tal calidad ocupándose profesionalmente en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles³, es el sujeto de los negocios comerciales: es la persona, natural o jurídica, titular de derechos y obligaciones, quien ejecuta y desarrolla los actos de comercio. En este orden de ideas, Madriñán de la Torre ha conceptualizado lo siguiente:

*A diferencia de otras profesiones, la de comerciante se manifiesta en la realización de actos jurídicos. Son, pues, las manifestaciones de voluntad del sujeto, concretadas en los términos y modalidades descritos en el art. 20 del Código de Comercio, las que configuran su particular condición profesional, ya sea porque la efectúe personal y directamente, o bien porque la realice por intermedio de otros, acudiendo a las diversas modalidades de mandato y, en especial, a las formas aptas para la efectividad de la figura de la representación. (...) Lo que interesa para poder calificar a una persona como comerciante, es que los actos afecten su patrimonio o, al menos, que de ellos se derive o se pretenda derivar algún provecho económico en su favor.*⁴

Una vez precisada esta característica fundamental, es necesario establecer que el empresario puede ser bien una persona natural o jurídica, y en este segundo evento puede tratarse de una sociedad o de una empresa unipersonal.

Así las cosas, el sujeto de las actividades mercantiles puede identificarse como tal con su nombre civil (David Vergara, Alfonso Acosta o Felipe Cabrales, por ejemplo) cuando el comerciante es persona natural, o mediante su razón o denominación social cuando el comerciante es persona jurídica (y por lo mismo un ente jurídico diferente de los socios individualmente considerados⁵ o del titular de las cuotas de la empresa unipersonal).

En este orden de ideas, para la finalidad de esta investigación es preciso establecer que el comerciante persona jurídica se identifica, como sujeto de las relaciones mercantiles, mediante una razón o denominación social,

³ Cfr. Art. 10 C. de Co.

⁴ MADRIÑÁN DE LA TORRE, *Principios de derecho comercial*. Santa Fe de Bogotá, Temis, 1995, p. 75 y 76.

⁵ Art. 98 C. de Co.

siendo la primera la que se forma con el nombre o apellido de uno o alguno de los socios⁶ y la denominación social, la que se forma atendiendo a la actividad u objeto principal de la sociedad⁷.

En cuanto a la empresa, como segundo elemento esencial del derecho comercial, es preciso afirmar que constituye el objeto de las actividades del comerciante, objeto que está conformado por los actos mercantiles que realiza profesionalmente y en forma organizada.

En este sentido, el art. 25 del C. de Co. establece que «*Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio*».⁸

Al respecto, Velásquez Restrepo afirma que «*el concepto consagrado en el Código de Comercio es más funcional (actividad) que material*»⁹, lo cual es útil para diferenciar la empresa de los medios (corporales o incorporales) de los cuales el empresario se valga para desarrollar sus fines.

Por lo tanto, si la empresa es una actividad, es para el empresario de vital importancia diferenciarla de las demás y hacerles saber a los consumidores que es él quien la realiza y desarrolla, especialmente si lo hace de manera exclusiva y excluyente en el ámbito nacional e internacional (o incluso en el regional).

En este punto pueden hacerse dos afirmaciones sobre el particular: la primera, que la empresa es esencialmente una actividad de carácter mercantil; y la segunda, que desde la perspectiva jurídica no puede confundirse con el instrumento que materialmente posibilite su realización, es decir, con

⁶ Este es el caso de las sociedades colectivas, en las cuales la razón social se forma «*con el nombre completo o el sólo apellido de uno de los socios seguidos de las expresiones “y cía.”, “hermanos”, “e hijos”, u otras análogas*» (Muvdi, Niño y Asociados); de las sociedades en comandita, en las cuales se forma «*con el nombre completo o el solo apellido de uno o más de los socios colectivos y se agregará la expresión “y compañía” o la abreviatura “& Cía.”, seguido en todo caso de las abreviaturas “S. en C.” o ‘SCA’*» (Durán & Cía. S.C.A.); e incluso el de las sociedades de responsabilidad limitada en el evento en que su designación se forme con el nombre completo o el solo apellido de alguno o alguno de los socios «*seguidos de la palabra Limitada o su abreviatura Ltda.*» (Bancelin Cavard y Cía Ltda.).

⁷ Este es el caso típico de las sociedades anónimas, en las cuales su designación se forma atendiendo a la actividad principal que realizan «*seguida de las palabras “sociedad anónima” o ‘S.A.’*» (Gases del Caribe S.A. E.S.P.); así mismo, es importante anotar que también las de responsabilidad limitada utilizan como signo distintivo la denominación social en numerosos casos (Enviamos Ltda.), cuando la intención de los socios es resaltar el negocio que la sociedad lleva a cabo en el mercado.

⁸ Art. 25 C. de Co.

⁹ VELÁSQUEZ RESTREPO, *op. cit.*, p. 187.

aquellos bienes mediante los cuales el empresario ejerce los actos de comercio.

Y es que el «conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa»¹⁰ constituye el tercer elemento esencial del derecho mercantil: el establecimiento de comercio, instrumento a través del cual se llevan a cabo las actividades mercantiles de su propietario.

En consecuencia, los conceptos de establecimiento de comercio y de empresa son diferentes, «pues el primero se refiere al conjunto de bienes y el segundo a una actividad que pone en marcha esos diferentes bienes con el propósito de alcanzar una finalidad económica lucrativa».¹¹

De lo anterior se desprende que el establecimiento de comercio tiene una función netamente instrumental, dado que es el medio de realización de las actividades mercantiles del empresario.

Así mismo, al ser un conjunto de bienes, el establecimiento de comercio es una unidad económica que el empresario debe distinguir de las demás para coleccionar su clientela, así como también identificarla adecuadamente ante los consumidores.

Es este, entonces, el momento propicio para exponer de manera breve y precisa la noción y funciones del registro mercantil como medio publicístico del empresario, sus actos y el establecimiento de comercio.

Y tal vez sea lo primero indicar que «el registro mercantil es una institución a cargo de las cámaras de comercio, a través de las cuales, por virtud de la ley, se da publicidad a ciertos actos de los comerciantes que deben ser conocidas por la comunidad»¹², cuyo objeto es precisamente «llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exija esa formalidad».¹³

En este orden de ideas, los empresarios (sean personas naturales o jurídicas) tienen el deber legal de matricularse en el registro mercantil¹⁴, lo cual incluye necesariamente a los establecimientos de comercio de su

¹⁰ Art. 515 C. de Co.

¹¹ VELÁSQUEZ RESTREPO, *op. cit.*, p. 357.

¹² *Manual del registro mercantil*. Cámara de Comercio de Bogotá. Santa Fe de Bogotá, 1998, p. 17.

¹³ Art. 26 C. de Co.

¹⁴ Art. 19 C. de Co.

propiedad, pues de este modo se dan a conocer a la comunidad en general una serie de informaciones de gran importancia en el ámbito de los negocios, y estas informaciones una vez registradas, por ser precisamente públicas, son oponibles a terceros, es decir, producen efectos jurídicos ante toda la comunidad.

Así las cosas, para los propósitos de este artículo es conveniente resaltar las funciones de publicidad e inoponibilidad que por ministerio de la ley cumple el registro mercantil, sobre las cuales la Cámara de Comercio de Bogotá ha señalado lo siguiente:

El registro cumple una función eminentemente publicitaria. Es decir, busca hacer conocer a los terceros la información contenida en la matrícula o en los actos inscritos, sin la posibilidad de probar contra éstos el conocimiento de tales actos documentos por fuentes de información distintas al registro. En el evento de que no se cumpla la formalidad del registro, tales actos son inoponibles frente a terceras personas.¹⁵

Con las precisiones conceptuales anteriormente anotadas sobre el sujeto de las actividades mercantiles (el empresario), el objeto de éstas (la empresa) y sus medios de realización (establecimiento de comercio) y de publicidad (registro mercantil), es posible ahora estudiar el problema jurídico de esta investigación: la naturaleza del nombre comercial y su relación frente a los signos distintivos del empresario y del establecimiento de comercio.

VISIÓN CRÍTICA DEL NOMBRE COMERCIAL COMO SIGNO DISTINTIVO DE CARÁCTER OBJETIVO

El Código de Comercio define el nombre comercial en los siguientes términos: «Se entiende por nombre comercial el que designa al empresario como tal»¹⁶; de esta noción legal, tomada individualmente, podría concluirse que el nombre comercial es la denominación de los empresarios tanto naturales (en cuyo caso equivaldría al nombre civil) como entes societarios (evento en el cual sería nombre comercial el género y razón o denominación social la especie).

No obstante, acudiendo al método sistemático (el cual precisa al intérprete al estudio conjunto de todas las normas que regulan la problemática

¹⁵ *Manual del registro mercantil, op. cit.*, p. 19.

¹⁶ Art. 583, Num. 4º C. de Co.

a tratar, para interrelacionarlas y armonizarlas, llegando así a una visión global de las fuentes formales aplicables al tema de la investigación que le permita una relectura crítica de las instituciones jurídicas objeto de estudio y que, por ende, posibilite su adecuada interpretación y aplicación) se observa que la deducción del párrafo anterior, que en principio se muestra como obvia, no es tan clara, por lo que se hace necesario buscar nuevos elementos que permitan establecer la naturaleza jurídica del nombre comercial.

Y en primer término es necesario confrontar la citada norma con los arts. 110, Num. 2º, 303, 304, 305, 324, 357, 373 del C. de Co., y éstos con el art. 603 del C. de Co. El primer grupo de normas indica la formación de la razón o denominación social según el tipo societario de que se trate, designación que necesariamente implica la formalidad de la escritura pública, puesto que el art. 110 del C. de Co. expresamente indica que «*La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará (...) 2º La clase o tipo de sociedad que se constituye y el nombre de la misma, formado como se dispone en relación con cada uno de los tipos de sociedad que regula este Código*»¹⁷. Por lo tanto, un ente societario adquiere su razón o denominación social mediante la expresión de la misma en la escritura pública de constitución de la sociedad (o de su reforma estatutaria); y el «nombre» al cual este artículo hace alusión no puede ser otro que el signo distintivo de carácter mercantil, consistente en la razón o denominación social, puesto que la misma norma remite a los artículos anteriormente citados, en los cuales la ley mercantil indica cómo se configura la razón o denominación social.

En consecuencia, la primera conclusión es que la razón o denominación social es un signo distintivo de carácter mercantil del empresario, pues identifica al sujeto de las relaciones jurídicas, al titular de derecho y de obligaciones: a la sociedad.

Ahora bien, el art. 603 del C. de Co. establece que «*Los derechos sobre el nombre comercial se adquieren por el primer uso sin necesidad de registro*»¹⁸. Por lo tanto, si la razón o denominación social, como designaciones de la sociedad a la que identifican, requieren de la escritura pública y sólo producen efectos ante terceros a partir del registro en la Cámara de Comercio del domicilio principal de la sociedad¹⁹ y el derecho al nombre

¹⁷ Art. 110 C. de Co. Negritas fuera del texto.

¹⁸ Art. 603 C. de Co.

¹⁹ Cfr. Art. 112 C. de Co.

comercial se adquiere con el primer uso y sin necesidad de registro (y, por ende, sin que se requiera solemnidad o formalidad alguna, sino únicamente el uso del nombre en el mercado con fines concurrenciales), no pueden ser ambos lo mismo ni participar de idéntica naturaleza jurídica.

De este modo, la segunda conclusión es que la razón y la denominación social constituyen un signo distintivo de carácter mercantil y el nombre comercial otro signo diferente.

En este punto es válido preguntar si ambos son representativos del empresario, tal y como lo sugiere el art. 583 del C. de Co., y de qué manera si se trata de signos diferentes, o si, por el contrario, son distintivos de elementos mercantiles distintos.

Pues bien, el art. 516 del C. de Co. establece que *«Salvo estipulación en contrario, se entiende que forman parte de un establecimiento de comercio: 1º La enseña o nombre comercial y las marcas de productos y de servicios»*²⁰; y el art. 517 señala que se prefiere la enajenación del establecimiento de comercio como unidad económica, pero que *«Si no pudiese hacerse en tal forma, se efectuará la enajenación separada por sus distintos elementos»*²¹, lo cual lleva a la conclusión siguiente: el nombre comercial es susceptible de ser enajenado, es decir, la ley contempla que este signo distintivo puede ser cedido a otro empresario, transmitiéndole los derechos que el mismo condensa.

Más aun, el art. 608 contempla expresamente la cesión del nombre comercial en los siguientes términos: *«El nombre comercial sólo puede transferirse con el establecimiento o la parte del mismo designada con ese nombre, pero el cedente puede reservarlo para sí al ceder el establecimiento. La cesión deberá hacerse por escrito»*.²²

Y si se armonizan estas normas con el art. 25 del C. de Co., el cual señala que la actividad empresarial *«se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio»*²³, la conclusión a la que puede llegarse es la siguiente: si todas las normas que se refieren a la cesión del nombre comercial están enmarcadas o bien dentro del Título I del Libro Tercero del Código de Comercio, el cual es relativo al establecimiento de comercio, o bien hacen obligada referencia del nombre comercial como elemento integrante del

²⁰ Art. 516 C. de Co.

²¹ Art. 517 C. de Co.

²² Art. 608 C. de Co.

²³ Art. 25 C. de Co.

establecimiento de comercio, el cual es el conjunto de bienes a través de los cuales se realizan los fines de la empresa, entonces el nombre comercial es un signo distintivo de carácter mercantil más que del empresario, de la empresa como actividad comercial.

En efecto, un empresario puede tener varios establecimientos de comercio y si enajena uno de ellos, como unidad económica, cede igualmente el nombre comercial que forma parte del mismo, pero ello no implica que transfiera su denominación o razón social, todo lo contrario: el contrato se realiza entre un empresario que sigue conservando su denominación social (Diversiones S.A.) y otro (Inversiones Gozar Ltda.), cuyo objeto es la cesión a título oneroso de un establecimiento de comercio que hasta el momento ha sido propiedad del empresario cedente (Discoteca La Rumba), por lo cual el cesionario adquiere no sólo el conjunto de bienes para explotar esta actividad comercial sino además los derechos al uso del nombre comercial que la distingue en el mercado y que le permite coleccionar su clientela.

En este orden de ideas, el nombre comercial, más que un signo subjetivo que distingue al empresario, se presenta como de carácter objetivo, distinguiendo a la empresa, es decir, a la actividad mercantil realizada por un empresario a través de un establecimiento de comercio.

Esto es más claro si se tiene en cuenta que en el Derecho Comunitario Andino esta institución históricamente ha sido definida, de manera expresa, como distintiva de la actividad empresarial y no del sujeto de las relaciones jurídico – mercantiles.²⁴

*«Concebido así el nombre comercial presenta una función bien definida: servir de signo distintivo del establecimiento de comercio (empresa), independientemente de todos los cambios en la titularidad del establecimiento de comercio que pudieren ocurrir, viniendo a ser como condensación del aviamiento objetivo del establecimiento de comercio».*²⁵

²⁴ El art. 117 de la Decisión 313 del Acuerdo de Cartagena definía el nombre comercial como «el nombre, denominación, designación, sigla o signo con el cual se distingue a una empresa o aun establecimiento de comercio». La norma vigente sobre propiedad industrial, la Decisión 344, no define al nombre comercial, simplemente en su art. 128 establece que «El nombre comercial será protegido por los países miembros sin obligación de depósito o de registro».

²⁵ PACHÓN, Manuel y SÁNCHEZ, Zoradida, *El régimen andino de la propiedad industrial*. Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995, p. 304.

En este sentido, el nombre comercial se entiende como «una denominación impersonal y objetiva de la organización hacendal»²⁶, por lo cual es una institución jurídica de carácter objetivo: no es signo distintivo del empresario sino de su actividad empresarial.

Lo anterior se reafirma si se tiene en cuenta que el Convenio de la Unión de París en su artículo 8º dispuso que «*El nombre comercial será protegido en todos los países de la Unión sin obligación de depósito o de registro, forme o no parte de una marca de fábrica o de comercio*»²⁷.

De la norma transcrita puede inferirse que el nombre comercial se refiere a la empresa, puesto que se relaciona directamente con la actividad mercantil del empresario, sus productos o servicios, ya que se tutela este signo así sea parte o no de una marca, la cual es signo distintivo de productos o de servicios, y que, por lo tanto, lleva a inferir que el nombre comercial es signo de la empresa.

En este orden de ideas, la doctrina sobre propiedad industrial en el Derecho Comunitario Andino considera que el nombre comercial es una institución que distingue la actividad comercial ejercida por el empresario que usa este signo.

*El nombre comercial es la denominación con la cual una persona, física o jurídica ejerce su actividad mercantil, pudiendo evidentemente ser diferente a la denominación social, en el evento de un empresario colectivo, en cuyo caso, la denominación social opera como elemento distintivo del sujeto de derecho, sin que sea obstáculo para que tanto la denominación social como el nombre comercial coincidan.*²⁸

Siendo entonces la denominación con la cual se ejerce una actividad mercantil, cabe la pregunta si es signo distintivo del establecimiento de comercio. Interrogante que puede responderse aclarando que mientras la empresa es la actividad mercantil, el establecimiento de comercio es el instrumento para realizarla; de este modo, el establecimiento de comercio, más que con el nombre comercial (aunque sea uno de sus elementos

²⁶ ROTONDI, Mario, *Derecho Industrial*. 5ª ed. Padova, Cedeman, 1965, p. 87. Citado por PACHÓN y SÁNCHEZ en *op. cit.*, p. 304.

²⁷ Art. 8º, Convenio de la Unión de París. (Subrayas fuera del texto). Sobre esta norma, la Asociación Internacional Para la Protección de la Propiedad Industrial, AIPPI, en convención que tuvo lugar en Madrid en 1970 señaló que «*El nombre comercial es una designación que distingue una empresa de producción o de venta de productos, o de prestación de servicios*».

²⁸ ALEMÁN BADEL, *op. cit.*, p. 72.

integrantes) se identifica con la enseña comercial, pues el art. 583 del C. de Co. establece que «*Se entiende por enseña, el signo que utiliza una empresa para identificar su establecimiento*».²⁹

Por lo tanto, si bien es cierto que ambos son signos distintivos de carácter objetivo íntimamente ligados a la actividad mercantil, es el nombre comercial el signo de la empresa, y la enseña, el del establecimiento de comercio.

En este momento, cuando se ha concluido que el nombre comercial es diferente de la denominación o razón social y que es un signo distintivo mercantil de carácter objetivo, pues no distingue al empresario sino a la empresa, es pertinente investigar si el registro mercantil que adelantan las cámaras de comercio es un mecanismo que brinde una protección eficaz a los empresarios en relación con sus derechos sobre su nombre comercial.

PROTECCIÓN JURÍDICA DEL NOMBRE COMERCIAL COMO SIGNO DISTINTIVO DE CARÁCTER MERCANTIL

El art. 35 del C. de Co. define la función de registro del nombre que adelantan las cámaras de comercio en los siguientes términos:

Las Cámaras de Comercio se abstendrán de matricular a un comerciante o establecimiento de comercio con el mismo nombre de otro ya inscrito, mientras éste no sea cancelado por orden de autoridad competentes, o a solicitud de quien haya obtenido la matrícula.

*En los casos de homonimia de personas naturales, podrá hacerse la inscripción siempre que con el nombre utilice algún distintivo para evitar la confusión.*³⁰

Al investigar la interpretación que se le ha dado a este artículo en la Cámara de Comercio de Barranquilla, siguiendo los conceptos de Confecámaras, es posible precisar que en estas entidades el «nombre» a que se refiere la citada norma es tomado estrictamente como razón o denominación social (en el caso del comerciante colectivo) o nombre civil (comerciante persona natural).

²⁹ Art. 583, Num. 5° C. de Co.

³⁰ Art. 35 C. de Co. Negritas fuera del texto.

Por lo tanto, en las cámaras de comercio no se registra el nombre comercial entendido, como se ha planteado en este artículo, signo distintivo de la actividad mercantil que ejerce el empresario, sino como denominación o razón social o como nombre civil.

De igual manera, en el único caso en el que las cámaras de comercio se abstienen de matricular a un comerciante o establecimiento es cuando el nombre es el mismo, para lo cual se tienen en cuenta los siguientes criterios diferenciadores:

1. *No debe tenerse en cuenta el art. 607 del Código de Comercio para la aplicación del artículo 35, que es autónomo en sus señalamientos.*
2. *Las expresiones y abreviaturas que identifican el tipo de sociedad (Ltda., S.A., S. en C., etc.) no forman parte del nombre (C. Co, arts. 303, 324, 357, 373 y, por lo tanto, no sirven de diferenciador.*
3. *La sola igualdad fonética no es criterio suficiente para considerar que dos nombres son idénticos.*
4. *La adición de números es suficiente para considerar que dos nombres no son idénticos.*
5. *Dos nombres integrados por las mismas palabras pero en distinto orden no son idénticos.*
6. *Los diminutivos son diferenciadores.*
7. *En nombres conformados con palabras como bancos, corporaciones y cooperativas se aplican las normas pertinentes (D.1997/88 y L. 78/79). Si hay duda debe consultarse a la Superintendencia Bancaria, respecto de los nombres que pueden indicar intermediación, tal como lo señala el decreto mencionado.³¹*

De lo anterior se concluye que el sistema de registro que actualmente adelantan las cámaras de comercio sólo protege el nombre comercial cuando éste coincida con la razón o la denominación social del empresario o su nombre civil (ya que éstos son los nombres que se registran) y que el nombre comercial, tal y como se ha entendido en esta investigación, no tiene protección jurídica mediante el registro mercantil.

Ahora bien, suponiendo que el nombre comercial coincida con la denominación o razón social, esto tampoco es garantía alguna para el empresario, pues un segundo bien puede registrar uno similar o incluso casi

³¹ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Concepto acogido por el Comité jurídico de Confecámaras, mayo 6/94. Citado por Código de Comercio. Santa Fe de Bogotá, Legis, 2000, p. 18.

idéntico acogiéndose a los criterios diferenciadores anteriormente transcritos.

Igual puede acontecer en el caso de los establecimientos de comercio, en el cual un empresario puede registrar el suyo utilizando un nombre muy similar al de un establecimiento de la misma rama de negocios propiedad de otro, el cual ya tiene una clientela, ante lo cual las cámaras de comercio no podrán abstenerse de registrarlo, pues no tienen función para oponerse a esta solicitud: únicamente en caso de homonimia mercantil.

Un ejemplo de lo anterior bien puede ser el siguiente: existe un establecimiento de comercio de gran acogida por los consumidores llamado «El Café», propiedad de José Ortiz, y otro comerciante, Alberto Contreras, matricula su establecimiento con el nombre de «El Cafecito», con lo cual causa confusión en el mercado y puede obviamente desviar la clientela que el primer comerciante ya había ganado.

Más aun: un empresario puede estar registrado con su nombre civil y tener matriculado su establecimiento de comercio, pero su nombre comercial (entendido en el sentido en que se ha propuesto en este artículo) es diferente en este caso de su nombre civil (y por éste es conocido por su clientela); y otro comerciante, sabiendo la limitación de las cámaras de comercio en este sentido, puede matricular su establecimiento de comercio con el nombre comercial del otro empresario, desviando así su clientela, ante lo cual las cámaras de comercio no se opondrán en ningún caso, ya que sólo se abstienen de matricular nombres homónimos.

Un caso hipotético para ilustrar esta situación puede ser el siguiente: Carlos Pérez Amador es un reconocido comerciante de la ciudad que tiene abierto un establecimiento de comercio cuyo nombre es «Licores la 84», y esta actividad mercantil que ejerce este empresario es conocida por la clientela como «Tato Licores» (nombre comercial en el sentido planteado en este artículo); así las cosas, otro comerciante, Javier Ramírez Gómez, sabiendo que en el registro mercantil se encuentra matriculado Carlos Pérez Amador y el establecimiento «Licores La 84» y que el verdadero colector de la clientela es «Tato Licores», decide matricularse como comerciante persona natural utilizando para ello su nombre civil y su establecimiento de comercio con el nombre de «Tato Licores», ante lo cual la Cámara de Comercio, según la interpretación del art. 35 del C. de Co., no podrá abstenerse de tal registro. En consecuencia, este segundo empresario podrá hacer uso de este nombre en provecho suyo y pudiendo adquirir así una clientela que confunde su actividad mercantil con la que ejerce el primero.

De todo lo anterior se desprende que el registro mercantil no es un mecanismo que brinde real protección jurídica al nombre comercial.

Ahora bien, en tratándose del depósito del nombre comercial ante la Superintendencia de Industria y Comercio, la situación no cambia radicalmente: en primer lugar, porque el depósito no confiere derecho sobre el nombre comercial sino que es una presunción de quien es su titular y constituye una presunción de que el comerciante empezó a utilizarlo a la fecha de inscripción del depósito (lo cual puede ser desvirtuado por otro empresario en un proceso judicial utilizando medios idóneos de prueba que logren formar el convencimiento del juez para ello)³², especialmente si se tiene en cuenta que el derecho al nombre comercial se adquiere con el primer uso que el empresario haga de él; y en segundo lugar, porque este depósito es facultativo y no obligatorio³³.

A este respecto, la Superintendencia de Industria y Comercio afirma en su «Web-Site» que el depósito del nombre comercial sirve para lo siguiente:

*Para constituir una prueba, consistente en la presunción de que el nombre empezó a usarse desde el día de la correspondiente solicitud y que terceros conocen ese uso desde la fecha de inscripción del depósito. El derecho sobre el nombre comercial no se adquiere por su depósito sino mediante el primer uso.*³⁴

Por consiguiente, el depósito del nombre comercial ante la Superintendencia de Industria y Comercio tampoco es un mecanismo que brinde una protección jurídica eficaz al nombre comercial.

Así las cosas, no existe un medio idóneo para la protección jurídica al titular de derechos que confiere el nombre comercial, por lo que el empresario perjudicado deberá acudir a la justicia ordinaria, mediante proceso verbal, para que el juez decida quién tiene mejor derecho sobre el nombre comercial y ordene la correspondiente indemnización de perjuicios (lo cual implica que el perjudicado demuestre no sólo la existencia de perjuicios sino igualmente la cuantía de los mismos).

Ahora es pertinente proponer algunas alternativas para la protección jurídica del nombre comercial.

³² Cfr. Art. 605 C. de Co.

³³ Cfr. Art. 603 C. de Co.

³⁴ [http:// www.sic.gov.co/Depositos3.htm](http://www.sic.gov.co/Depositos3.htm).

PROPUESTAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL EMPRESARIO SOBRE LOS INTANGIBLES DE SU EMPRESA Y SU ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

El registro mercantil del nombre comercial como signo distintivo diferente de la razón o denominación social

En primer término consideramos que el «nombre» al que se refiere el art. 35 del C. de Co. no tiene por qué ser interpretado restrictivamente como nombre civil o razón o denominación social, puesto que el empresario no sólo se identifica con estos signos sino también con el que designa la actividad mercantil que éste ejerce.

Así mismo, con el mayor respeto por las posiciones en contrario, es nuestro criterio que la razón y denominación social y el nombre comercial son instituciones jurídicas que tradicionalmente han sido confundidas en la doctrina mercantil colombiana; de allí se deriva que en las cámaras de comercio se entienda por «nombre» exclusivamente al nombre civil del empresario y a la razón o denominación social, excluyendo al nombre comercial (en la concepción planteada en este artículo), cuando en realidad son instituciones jurídicas diferentes.

Por lo tanto, si la función del registro es netamente publicística del nombre de los comerciantes y sus establecimientos, nada impide que además de la matrícula del empresario como tal (nombre civil o razón o denominación social) se registre el signo con el cual se distingue la actividad mercantil que éste ejerce en el territorio donde la respectiva Cámara de Comercio tiene jurisdicción.

En este orden de ideas, creemos que es viable, incluso dentro del ordenamiento jurídico vigente, que exista un registro mercantil del nombre comercial como signo distintivo diferente de la razón o denominación social.

El registro de la enseña comercial

Así mismo, si se registra el establecimiento de comercio ¿por qué no ha de registrarse la enseña si es un elemento integrante del mismo?; ¿existe alguna prohibición legal para ello?; ¿el artículo 35 del C. de Co. no concede esta facultad a las cámaras de comercio o más bien se trata de una interpretación tradicional de los alcances de esta función?

En nuestro criterio, esta opción es legalmente viable, puesto que, como se ha expresado anteriormente, el Código de Comercio considera que la enseña comercial es uno de los elementos integrantes del establecimiento de comercio³⁵ y si las cámaras deben dar publicidad a los establecimientos mediante el registro mercantil, no hay una razón para que esta función publicística se circunscriba con exclusividad al nombre del establecimiento y descarte la enseña comercial.

Realmente no existe prohibición legal para ello y, de acuerdo con el argumento esbozado en el párrafo anterior, si la función del registro mercantil incluye la publicidad de los establecimientos de comercio y la enseña comercial es un elemento integrante de estas unidades económicas, no hay razón para que la enseña comercial no pueda ser registrada en las cámaras de comercio.

La creación de una base de datos centralizada de nombres comerciales

Finalmente, consideramos viable y de gran importancia la creación de una base de datos centralizada que manejen las cámaras de comercio (en coordinación con la Superintendencia de Industria y Comercio), la cual permita a estas entidades tener un conocimiento de todos los nombres comerciales existentes en el territorio nacional, y de este modo abstenerse de registrar uno idéntico atendiendo a criterios análogos a los establecidos en el art. 84 de la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena acerca de la notoriedad de la marca:

1. Actividad económica y ramo de negocios en que el empresario realice su actividad mercantil.
2. Antigüedad en el uso constante del nombre comercial.
3. Conocimiento e importancia del nombre comercial por parte de los consumidores en el territorio donde se pretenda su registro.
4. La intensidad o ámbito de difusión y de la publicidad o promoción del nombre comercial.
5. Análisis de producción y mercadeo de los productos o servicios que constituyen la actividad mercantil del empresario.

Estas propuestas no pretenden en ningún caso desconocer el depósito del nombre y la enseña comercial que actualmente adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio, ni la facultad del empresario que se

³⁵ Cfr. Art. 516 C. de Co.

vea perjudicado por sus competidores de acudir a la justicia ordinarias para obtener la correspondiente indemnización de perjuicios; simplemente se trata de plantear alternativas que brinden a los empresarios mecanismos más eficaces que los actuales para la protección de los derechos sobre los intangibles de su empresa y de su establecimiento de comercio.

En consecuencia, más que una respuesta definitiva al problema de esta investigación, se quiere proponer a la comunidad jurídica y a los empresarios una visión crítica del nombre comercial y unas alternativas para su protección jurídica, con el ánimo de propiciar una revisión a este tema y un estudio sobre los mecanismos más viables de protección de estos derechos, los cuales adquieren cada día mayor importancia en el contexto de la globalización de la economía y de un mercado cada vez más competitivo.