

Elementos identificativos de la fundación: el nombre (1)

SUMARIO: a) SIGNIFICADO Y FUNCIONES MÚLTIPLES DEL NOMBRE DE LA FUNDACIÓN.—b) LA UTILIZACIÓN DEL TÉRMINO «FUNDACIÓN» COMO DERECHO EXCLUSIVO.—c) EL PRINCIPIO DE LIBERTAD RELATIVA EN LA ELECCIÓN DEL NOMBRE. EN ESPECIAL, LA PROHIBICIÓN DE IDENTIDAD O SEMEJANZA CON EL DE OTRA FUNDACIÓN PREEXISTENTE: c.1) CONFLUENCIA DEL RÉGIMEN DE LA DENOMINACIÓN DE LA FUNDACIÓN CON LA LEY DE MARCAS Y LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL: DENOMINACIÓN Y SIGNOS DISTINTIVOS. c.1) COINCIDENCIA O SEMEJANZA CON OTRA DENOMINACIÓN PREVIAMENTE INSCRITA EN EL REGISTRO DE FUNDACIONES. C.3) LA AUTORIZACIÓN DE LA PERSONA AFECTADA POR LA COINCIDENCIA O SEMEJANZA.

a) SIGNIFICADO Y FUNCIONES MÚLTIPLES DEL NOMBRE DE LA FUNDACIÓN

La personalidad del ser humano deriva de su dignidad como tal, mientras que la de los entes morales tiene un carácter instrumental. Pero aunque ontológicamente existe una gran distancia entre la persona física y la moral (2), ambas resultan equivalentes en la sintaxis del tráfico jurídico, donde operan como sujetos protagonistas. De ellas se predicán derechos y obligaciones y quedan ligadas entre sí por el vínculo de las relaciones jurídicas, que generan responsabilidades. Es pues una cuestión de orden público, a la vez que un derecho subjetivo, su perfecta identificación.

Esta se logra, fundamentalmente, a través del nombre. El nombre es la señal de identidad que representa fielmente al sujeto y lo individualiza en el tráfico.

Pero no sólo distingue a cada persona de las demás, sino que incorpora o trasluce una serie de características de aquéllas, que pueden tener una re-

(1) Proyecto de Investigación científica y despliegue tecnológico de la Generalitat Valenciana sobre «Contratos bancarios y persona moral», GV-B-ES-16-088-96.

(2) Como queda reflejado en la regulación constitucional de los derechos de asociación y fundación (arts. 22 y 33 CE).

levancia moral o económica. Piénsese en la proyección de la fama de un empresario, o en la utilización del nombre como signo distintivo en el mercado, o en el prestigio social o profesional que puede ir ligado a ciertos apellidos. En el caso de las personas físicas, el nombre, además, manifiesta la filiación, a través de los apellidos.

El nombre es, pues, esencial en un doble plano. Es a la vez exigencia de la personalidad y de la seguridad requerida por el orden público. En el primer sentido, se ha calificado como atributo de la personalidad, como derecho básico e, incluso, empleando una expresión conscientemente técnica, como derecho fundamental, pese a no hallarse incluido en el correspondiente elenco constitucional. En cuanto imperativo del orden público, la perfecta identificación del sujeto mediante el nombre constituye un deber (3). Este doble plano de derecho/deber queda de manifiesto en la vigente Ley estatal de Fundaciones. Mientras que el artículo 3,2 establece que sólo las entidades inscritas en el RF podrán utilizar la denominación de «fundación» (por tanto, se pronuncia desde el punto de vista del derecho subjetivo), el artículo 9.1, apartado a), afirma que en los Estatutos se hará constar la denominación de la entidad, con las especificaciones que a continuación se enuncian (con lo cual configura esta mención como deber).

No puede sorprender, después de lo dicho, que el artículo 9 de la Ley de Fundaciones (LF) se refiera en su apartado 1, a), a la DENOMINACION, como mención necesaria de los Estatutos. La denominación, elemento identificativo esencial de la persona, forma parte del contenido imperativo de los Estatutos de la Fundación, al igual que sucede con los de otras personas jurídicas (4):

(3) Salvo lo dicho respecto a la filiación y las matizaciones que puedan introducirse en cuanto a la «fama» u «honor» que denota el nombre de la persona que los ha merecido (con respecto al honor de las personas jurídicas, puede consultarse el trabajo de RODRÍGUEZ GUITÁN, A. M^a, «El derecho al honor de las personas jurídicas (Comentario a la STCC 139/1995, de 26 de septiembre).», Sección de jurisprudencia comentada del Tribunal Constitucional, ADC, t. XLIX, abril-junio 1996, así como la jurisprudencia y doctrina allí citadas), lo que se afirma respecto al nombre de la persona física puede aplicarse a la persona jurídica y, en concreto, a la Fundación. El fundamento de la necesidad del nombre es análogo en ambos casos. Así lo reconoce la RDGRN 10-V-46, citada por BOTANA AGRA, autor que afirma la condición de derecho fundamental atribuible al nombre de las personas jurídicas, en relación con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 26-IX-95 («A propósito de las colisiones entre denominaciones sociales y nombres comerciales», *La Ley*, n.º 4023, abril 1996, pág. 2). Hay que reivindicar el tema como propio de la Teoría general de las personas, aun cuando después se realice un tratamiento específico según se trate de personas físicas o morales. Con ello se daría respuesta a una serie de exigencias prácticas que irán siendo desgranadas a lo largo de estas páginas.

(4) Hasta que se promulgó el Reglamento de las Fundaciones Culturales Privadas por Decreto 2930/1972, de 21 de julio, no existía en nuestro Derecho positivo regulación

«En los Estatutos de la Fundación se hará constar:

a) La denominación de la entidad, en la que deberá figurar la palabra Fundación, que no podrá coincidir o asemejarse de manera que pueda crear confusión, con ninguna otra previamente inscrita en el Registro de Fundaciones.»

Los términos en que se expresa la Ley son significativos y encierran una serie de cuestiones o problemas que irán siendo desarrolladas a lo largo de este trabajo.

Al tema de la denominación hacen alusión, igualmente, la mayoría de las leyes autonómicas, o normas de rango inferior, sobre fundaciones. (5)

En conexión con la función identificadora, el nombre tiene una utilidad adicional, de enorme importancia, sobre todo para los terceros que se relacio-

expresa sobre este extremo, con la excepción de la legislación sobre fundaciones laborales. A pesar de ello, nunca se dudó de la necesidad de que la Fundación tuviera un nombre, por las razones apuntadas. Sobre la necesidad del nombre bajo la legislación anterior, puede consultarse VALERO AGUNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Universidad de Valladolid, 1969, págs. 308-309.

(5) El artículo 9 de la Ley catalana 9/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas establece que *«en los Estatutos de la fundación deben constar, por lo menos: a) La denominación, que deberá contener necesariamente las palabras «fundación privada» y, a continuación y entre paréntesis «sujeta a la legislación de la Generalitat de Catalunya».*

(El artículo 7 de la Ley vasca 12/1994, de 17 de junio de Fundaciones del País Vasco preceptúa: *«1. Los Estatutos de la Fundación deberán contener como mínimo, los siguientes extremos:*

a) La denominación de la entidad, en la que deberá figurar la palabra «Fundación» o «fundazioa» o «iraskundea», que no podrá coincidir con ninguna otra previamente inscrita en el Registro de Fundaciones.».

El Decreto 404/1994, de 18 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de organización y funcionamiento del protectorado y del Registro de Fundaciones del País Vasco, desarrolla, en su artículo 32, el tema de la *«Coincidencia de denominación».*

El artículo 33 trata sobre la posibilidad de solicitar del Registro una *«reserva temporal de denominación».*

El artículo 6 de la Ley gallega 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las Fundaciones de interés gallego, se limita a señalar que los Estatutos comprenderán la *«denominación de la Fundación».*

La Orden de 3 de julio de 1985 por la que se regula el funcionamiento del Registro de Fundaciones Privadas de Carácter Cultural y Artístico, Asociaciones y Entidades análogas, dictado en desarrollo del Decreto de la C.A. de Andalucía, 89/1985, de 2 de mayo, por el que se crea dicho Registro, señala, asimismo, en su artículo 8, que *«Los Estatutos de la Fundación, han de contener: 1. La denominación de la Institución.»*

El artículo 3 de la Orden de 9 de abril de 1986 de regulación del Registro de Fundaciones Privadas de Canarias, dispone que *«Los estatutos reguladores del régimen de funcionamiento de la Fundación incluirán necesariamente los siguientes apartados: a) La denominación de la Fundación.»* Y lo mismo se reitera en la Ley 1/1990, de 29 de enero, de fundaciones canarias.

nan con la fundación: Debe manifestar el tipo de persona al que identifica, ya que correlato esencial de esta tipología es la asignación de uno u otro régimen de responsabilidad patrimonial (6). El legislador es consciente de ello. De ahí que en la LF se diga expresamente que en la denominación de la entidad deberá figurar la palabra «Fundación» (7). Esta regla, en cuanto norma expresa de Derecho positivo y de ámbito estatal, constituye una novedad introducida por la Ley del 94. Sin embargo, no puede olvidarse el antecedente representado por diversas leyes autonómicas sobre la materia (8), así como el indudable paralelismo que existe con la regulación de las Sociedades mercantiles (9). Se trata, por otra parte, de una norma generalizada en los ordenamientos extranjeros.

Además, el nombre tiene un valor «moral», desde el momento en que absorbe el prestigio o fama que el ente pueda proyectar al exterior. Y puede tener, igualmente, un valor «económico», cuando se emplee como signo distintivo en el Mercado, en el que la fundación puede actuar como opera-

(6) Es ésta una característica propia del nombre de las personas jurídicas, ya que sólo existe un tipo de personas físicas, a tales efectos.

(7)• Ya con anterioridad a la Ley, estimaba VALERO AGUNDEZ (Ob. cit., pág. 310) que la denominación de la fundación debía incluir la palabra «Fundación», u otra equivalente, como «Patronato»: «Aunque no hay precepto alguno que expresamente lo imponga, existe una razón de claridad jurídica que exige que, junto con el nombre distintivo de un sujeto jurídico, no natural, se dé una indicación suficiente de la naturaleza del mismo, en cuanto ésta es la base del régimen de su responsabilidad patrimonial». Añadía que esto tiene particular importancia en los casos de Fundación como forma de empresa, «por la claridad exigida por la seguridad del tráfico mercantil, en las bases del régimen de responsabilidad patrimonial de cada sujeto de los que en él intervienen». Se planteaba, igualmente, para acabar rechazándola, la conveniencia de que en el caso de fundación-empresa, dicho carácter constara de alguna manera en la denominación, añadiendo, p. ej., a la expresión «Fundación», el calificativo de «mercantil». La razón que le lleva a concluir en un sentido negativo consiste en que la condición de comerciante de la fundación-empresa no modifica para nada el régimen de responsabilidad de la fundación: «comerciante o no, la fundación se somete a un idéntico régimen de responsabilidad. Basta, por tanto, para expresar abreviadamente este régimen en la denominación de la entidad, incluir en ella la expresión «Fundación», que es la que sugiere el régimen de la responsabilidad patrimonial de dicha entidad».

(8) Véanse el artículo 9 de la Ley catalana de fundaciones y el artículo 7 de su homónima vasca. La Ley catalana establece que, a continuación de las palabras «fundación privada» y entre paréntesis deberá constar la mención «*sujeta a la legislación de la Generalitat de Catalunya*». Con ello se introduce una nueva precisión, derivada de la organización del Estado español y su configuración como Estado de las Autonomías. Al igual que el término «Fundación» apunta al régimen de responsabilidad correspondiente a la persona, la segunda alusión indica el ámbito competencial - estatal o autonómico - al que se adscribe esa fundación y, por tanto, la legislación que le es aplicable.

(9) Véanse los arts. 2, 1 TRLSE (Real Decreto Legislativo de 22 de diciembre de 1989); artículo 2.1 L. 2/1995, de 23 de marzo, de SRL; y arts. 126, 146, 147 y 153 CCom, en cuanto a Sociedades Colectivas, Comanditarias y Comanditarias por acciones; así como el artículo 4.1 LGC.

dor (10). El valor económico no deriva de la existencia del nombre en sí, sino del uso que del mismo se haga en el tráfico (11). En este sentido, hay que tener en cuenta que, como dice VICENT CHULIÁ (12), la proyección del nombre en el tráfico cuando más que a una persona jurídica, designa a una empresa (lo que también puede ocurrir, en mayor o menor medida, en el caso de las fundaciones [13]), ha determinado la formación de un Derecho peculiar, distinto al que rige el Derecho Común del nombre civil. Sobre los problemas de relación entre el nombre como signo de identidad de la persona y los signos distintivos de ésta en cuanto operador económico en el mercado, hemos de volver.

b) LA UTILIZACION DEL TERMINO «FUNDACION»
COMO DERECHO EXCLUSIVO

A tenor del artículo 3,2 LF, «sólo las entidades inscritas en el Registro a que se refiere el apartado anterior, podrán utilizar la denominación de Fundación». Recordemos que la inscripción en el Registro de Fundaciones determina el nacimiento de la Fundación como persona jurídica. De ahí que, hasta que la misma se produzca, no pueda hablarse de verdadera «Fundación». En este sentido, puede afirmarse que la inscripción es constitutiva.

Sin embargo, en este punto hay alguna discrepancia doctrinal. PIÑAR MANSAS entiende que para poder usar el apelativo «fundación» «no basta con el otorgamiento de la carta fundacional. En tanto no se inscriba, la Fundación no es tal y, por tanto, no puede usar esa denominación. Aunque nada impide utilizar la expresión «fundación en formación» o alguna semejante» (14). Por el

(10) Ello es indudable después de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones. La doctrina mayoritaria admite incluso la vigencia en nuestro Derecho de la figura de la fundación-empresa, aunque no exista una regulación específica de la misma. Destaca en este tema, dentro del panorama doctrinal español, la obra de VALERO AGUNDEZ, *La fundación...*, cit., que no ha sido desbancada por otra, pese al tiempo transcurrido desde su elaboración. Puede consultarse, igualmente, el trabajo de LINARES ANDRÉS, «La actividad económica de las Fundaciones», *RCDI*, núm. 642, sept.-oct. 1997, págs. 1625-1665.

(11) De ahí que, como veremos después, si con el uso de una denominación se vulnera la propiedad industrial de otro sujeto o se incurre en competencia desleal, la sanción no debería atacar la existencia del nombre, sino impedir el uso de éste que produjera tales efectos.

(12) *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3.^a ed., t. I, vol. 2, Ed. Bosch, Barcelona, 1991, pág. 399.

(13) El inciso es mío. Estoy pensando en un concepto amplio de empresa, como operador económico.

(14) «Comentario al artículo 3 LF», en *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, Colección Solidaridad, Fundación ONCE, Escuela Libre Editorial y Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 31.

contrario, DEL CAMPO ARBULO estima que la afirmación del artículo 3.2 LF «no es exactamente algo que haya que tomar como verdad de fe. Se puede utilizar la palabra fundación o la denominación fundación sin inscripción en el Registro. Más aún. Es preciso utilizar esa denominación en determinados trámites previos. Por ejemplo, resulta obvio que para obtener el número de identificación fiscal, para hacer la declaración censal correspondiente, para abrir una cuenta corriente en la que depositar la dotación, es preciso utilizar ya la denominación de fundación. *Será fundación en constitución o como queramos llamarle*, pero fundación será, aunque el nombre sólo se pueda utilizar en esas circunstancias concretas» (15).

La fundación en proceso de formación no puede ser considerada como verdadera fundación (16), aunque está claro que el otorgamiento de la carta fundacional abre la puerta a determinados efectos jurídicos, a los que se refiere el artículo 11 LF. Con la finalidad de lograr la inscripción se articulan una serie de deberes, a la vez que se contempla la posibilidad de realizar una serie de actos «conservativos», y se vertebra un régimen de responsabilidades por los actos realizados durante este periodo por cuenta de la futura fundación. Con ese mismo carácter instrumental será posible utilizar la denominación de fundación para identificar a la que se encuentre en proceso de formación, bien entendido que si dicho proceso se frustra el empleo de tal nombre podrá dar lugar, en su caso, a responsabilidades jurídicas. Piénsese, p. ej., en el sujeto que realizó atribuciones patrimoniales en favor de la futura fundación y en consideración a que se trataba de este tipo de persona.

Por otra parte, el término queda reservado en exclusiva para esta clase de sujetos, con lo que se evita la confusión que, de otro modo, se produciría en el tráfico (17). No se olvide que, además de todo lo dicho, las fundaciones tienen en la sociedad un prestigio del que no pueden aprovecharse «gratuitamente» otras personas jurídicas. Al menos, de un modo directo. Podrían hacerlo constituyendo fundaciones que llevasen su nombre, lo que es una práctica bastante habitual en no pocos países y que se está extendiendo como una técnica más de *marketing*. En última instancia, utilizar el nombre de Fundación sin serlo constituiría un verdadero fraude. Lo anterior suma una razón extra y específica de las fundaciones para justificar una

(15) «Temas polémicos del Título I de la Ley y soluciones posibles», en *Las fundaciones. Su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 1995, pág. 106.

(16) No hay persona jurídica del tipo «fundación» sin inscripción y, además, al contrario de lo que ocurre con las sociedades, no hay «fundación» que no sea persona jurídica.

(17) PIÑAR MAÑAS apunta como antecedente de esta norma, el artículo 20 de la Ley francesa de 20 de julio de 1987, sobre el desarrollo del mecenazgo (*Comentarios a la Ley de fundaciones ...*, cit., pág. 31).

norma que, incluso sin aquélla, tendría sentido referida a cualquier tipo de persona moral.

La Ley española no determina, sin embargo, la sanción que debería recaer sobre quienes realizasen un uso indebido del calificativo de «Fundación». Se ha apuntado que podría incurrirse, en su caso, en el delito de falsedad en documento público o privado (18). Sin embargo, el nuevo Código Penal (19) no considera delito la falsedad ideal cometida por particulares. Pienso que, igualmente, podría incurrirse en el tipo de la estafa si, mediante la utilización del calificativo de fundación, se hubiera logrado, dolosamente, un desplazamiento patrimonial a costa de un sujeto que lo efectuaba creyendo que lo hacía, y precisamente por ello, en favor de una fundación (piénsese en posibles donaciones a supuestas «fundaciones»). En el plano civil, podría acudir-se, concurriendo los presupuestos, a las vías ordinarias de la responsabilidad contractual o extracontractual.

c) EL PRINCIPIO DE LIBERTAD RELATIVA EN LA ELECCION
DEL NOMBRE. EN ESPECIAL, LA PROHIBICIÓN DE IDENTIDAD
O SEMEJANZA CON EL DE OTRA FUNDACION PREEXISTENTE

En nuestro Derecho rige el principio de libertad en la elección del nombre de la fundación, característico de las personas jurídicas, al menos de las que tienen carácter jurídico-privado, al contrario de lo que ocurre con las personas físicas.

En general, en la actualidad, caben tanto denominaciones subjetivas como objetivas, aunque en la práctica predominan las primeras (20). En el caso de denominaciones subjetivas, entiendo que no podrá incluirse total o parcialmente el nombre o pseudónimo de una persona sin su consentimiento (aplic. analógica del artículo 401,1 RRM y artículo 2 y concordantes LO de 5 de mayo de 1982, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen) (21).

(18) PIÑAR MAÑAS, *Ob. cit.*, pág. 32. El mismo autor recuerda que en la legislación francesa (Ley de 23 de julio de 1987) se establecen expresamente sanciones pecuniarias determinadas por el uso indebido del término «fundación».

(19) Cfr. artículo 392, en relación con el 390.

(20) Decía VALERO AGUNDEZ que, en la práctica, las fundaciones suelen llevar el «nombre de sus fundadores, siendo menos frecuentes los casos en los que la denominación se forma por referencia a la actividad desarrollada o con elementos que nada expresan de lo uno ni de lo otro. Las pocas fundaciones laborales aún existentes llevan frecuentemente el nombre de la empresa fundadora o promotora de las mismas» (*Ob. cit.*, págs. 309-310).

(21) MARINA GARCÍA-TUÑÓN, «Denominación y domicilio social», en *Derecho de Sociedades Anónimas, I. La Fundación*, Coord. por ALONSO UREBA y otros, Civitas, Madrid, 1991, pág. 219), refiriéndose a las sociedades mercantiles, escribe: «parece lógico presu-

La denominación objetiva podría hacer referencia a uno o varios de los fines o actividades de la fundación, o ser de fantasía (ap. analógica del artículo 402.1 RRM, y en virtud del principio de libertad de elección). Cabría discutir si, al igual que ocurre con las Sociedades mercantiles (art. 402.2 RRM), quedan excluidas aquéllas denominaciones objetivas que guarden relación con fines o actividades que no sean las propias de la fundación. La cuestión entra de lleno en el ámbito de la prohibición de seleccionar denominaciones que induzcan a error sobre la persona que las utiliza. A este tema me referiré a continuación.

La vigente legislación sobre fundaciones laborales establece que el nombre podrá hacer referencia a su fundador, a las finalidades a que se dedique, a la Empresa o a cualquier otra circunstancia que la tipifique (O. 25-I-1962, artículo 22).

Sin embargo, se trata de una libertad relativa, en cuanto sometida a unos límites que derivan de las funciones que dicha denominación cumple. La Ley de Fundaciones expresa dichos límites cuando se refiere, por una parte, a la necesidad de incluir, como elemento de la denominación, el término «Fundación», extremo del que ya se ha tratado; y, por otra, a la prohibición de coincidencia o semejanza con la denominación de otra Fundación previamente inscrita en el Registro de Fundaciones.

A éstos debe sumarse el consistente en no utilizar términos o expresiones que resulten contrarios a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres (cfr. artículo 404 RRM, por analogía y artículo 1.255 CC). El concepto de orden público ampararía respecto a las fundaciones la prohibición de denominaciones que induzcan a error sobre la clase o naturaleza de la entidad (art. 402.2 RRM). En concreto, deben quedar excluidas aquéllas que guarden relación con fines o actividades que no sean las propias de la fundación, lo que podría generar el tipo de confusión que se trata de evitar (22). Estimo

mir que dicho consentimiento habrá de constar formalmente en la escritura de constitución de la sociedad o en la modificación de estatutos, si bien nada impedirá, al menos teóricamente, que el mismo se otorgue en otro documento público, pensando siempre en una mayor protección de los intereses de terceros».

Lo cierto es, en mi opinión, que al solicitarse la inscripción deberá poder acreditarse la autorización del tercero. En otro caso, el encargado del Registro deberá denegar la inscripción.

(22) La necesidad de que el nombre no cree este tipo de confusión o dé una falsa impresión de la persona jurídica, ha sido sentida en los diferentes ordenamientos extranjeros. SIMONART, *La personnalité morale en Droit privé comparé*, Bruylant, Bruselas, 1995, pág. 134, nota 23. Curiosamente esta autora pone como ejemplo la utilización en la denominación del término «*banque*», caso representativo en España. MARINA GARCÍA-TUÑÓN, y refiriéndose a las sociedades, trae a colación el artículo 367.2 RRM, según el cual, la denominación no puede hacer referencia a actividades que no estén incluidas en el objeto social. La referencia banco o banquero (como la de agencia de viajes, casino de juego, etc.) ha sido objeto de una regulación especial: Ley de Ordenación bancaria de

igualmente aplicable, por analogía, la prohibición de denominaciones oficiales a que se refiere el artículo 405 RRM (ver RD 77 asociaciones). Lo que guarda relación con la restricción anterior, por su identidad de fundamento.

Especial consideración merece la prohibición de identidad o semejanza con el nombre de fundaciones preexistentes. La Ley dice literalmente que la denominación no podrá coincidir o asemejarse de manera que pueda crear confusión, con ninguna otra previamente inscrita en el Registro de Fundaciones (23).

Es inevitable subrayar el paralelismo del artículo 9.1,a) LF con sus homólogos en el Derecho societario. En concreto, el artículo 2.2 TRLSA (24) (Real Decreto Legislativo de 22 de diciembre de 1989); artículo 2.1 L. 2/1995, de 23 de marzo, de SRL; así como las normas concordantes del Reglamento del Registro Mercantil; o el artículo 4.2 LGC (25) (Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas). En el mismo sentido discurre la Ley de Asocio-

1946. La RDGRN 12-I-84 extendió la aplicación de la ley a «bank»: «aparece frecuentemente en las abreviaturas o contracciones utilizadas por Bancos españoles, lo que podría dar lugar a evidentes confusiones...» (Ob. cit., pág. 215). Objeto de regulación especial ha sido también el uso de determinadas expresiones (Agencias de Viajes, Cooperativas, etc.) que quedan reservadas a las personas jurídicas que cumplan determinados requisitos (véase PELLISE PRAT, Ob.cit., págs. 704-705).

Entiendo que el mismo límite es aplicable a las fundaciones, con base en las exigencias del orden público.

(23) VALERO defendía bajo la legislación anterior, la conveniencia de establecer la prohibición de elegir denominaciones usadas ya por otra fundación anterior (Ob. cit., pág. 311).

En cuanto a las fundaciones laborales, hay que atender al artículo 25 de la Orden de 25 de enero de 1962.

La Ley vasca de fundaciones destaca por la regulación pormenorizada de este requisito, inspirada claramente en el RRM. Señala en su artículo 32: «1. A tenor de lo dispuesto en el artículo 7.1 a) de la Ley, las Fundaciones no podrán adoptar una denominación coincidente con la de otra previamente inscrita en el Registro.

2. Las denominaciones se considerarán coincidentes en los siguientes supuestos:

a) Cuando utilicen las mismas palabras en distinto orden, género o número.
b) Cuando utilicen las mismas palabras con la adición o supresión de términos o expresiones genéricas o accesorias, o de artículos, adverbios, preposiciones, conjunciones, acentos, guiones, signos de puntuación y otras partículas similares.

c) Cuando exista identidad de expresión fonética.

3. No obstante podrá admitirse la denominación coincidente cuando se presente certificación acreditativa, expedida por el órgano competente, de que la Fundación afectada por la nueva denominación autoriza el uso de la misma a la entidad que pretende su inscripción.

4. En los casos de fusión por absorción o creación de una Fundación nueva, también se aceptará la denominación coincidente, con la de la entidad absorbida o extinguida, como resultado de aquélla.»

(24) Según éste, «No se podrá adoptar una denominación idéntica a la de otra sociedad preexistente».

(25) «Ninguna Sociedad Cooperativa podrá adoptar denominación idéntica a la de otra ya preexistente, La inclusión en la denominación de referencia a la clase de Cooperativas no será suficiente para determinar que no existe identidad en la denominación».

nes (26). Se trata de preceptos anteriores en el tiempo a la Ley de Fundaciones y que, con seguridad, han influido en ésta. En realidad, el tema debería inscribirse en el seno la teoría general de la persona (27). Por si esto fuera poco, puede hablarse de un verdadero metabolismo asociativo de la vigente Ley de Fundaciones, hasta el punto de que en no pocas ocasiones llega a desvirtuarse la estructura tradicional de las fundaciones (28). Todo ello justifica los abundantes apuntes de Derecho societario que siguen.

La regla de la prohibición de identidad entre denominaciones ha sufrido una evolución significativa en la doctrina, jurisprudencia y legislación societaria. Es difícil comprender el verdadero alcance del artículo 9.1, a) LF, sin hacer referencia a esta evolución, cuya complejidad se acentúa por incurrir en importantes contradicciones sustantivas y formales.

La LSA de 1951 señalaba en su artículo 2: «*No se podrá adoptar una denominación idéntica a la de otra sociedad preexistente*». Buscando una flexibilización de la exigencia estricta de identidad e influida la Comisión de Codificación por la doctrina previamente sentada por la DGRN, a la que luego haré referencia, el Anteproyecto de LSA de 1987 intentó sustituir la expresión «denominación idéntica» por la de «denominación sustancialmente idéntica». La idea no prosperó (29), de modo que el artículo 2 TRLSA, mantiene los términos del antiguo precepto, aunque añade que «*reglamentariamente podrán establecerse ulteriores requisitos para la composición de la denominación social*». Se debió ello al triunfo de la enmienda número 180, presentada por el CDS. GARRIDO CERDÁ (30) califica de impecable su motiva-

(26) En este mismo sentido, discurre la Ley de Asociaciones, de 24 de diciembre de 1964. Establece que en los Estatutos deberá constar necesariamente la denominación de la asociación. Y añade que ésta no podrá ser idéntica a la de otras asociaciones ya registradas, ni tan semejante que pueda inducir a confusiones. Deberá hacer referencia al contenido de sus fines estatutarios.

El tema de la denominación de las asociaciones ha sido desarrollado por el R.D. de 1 de abril de 1977.

(27) No alcanzo a entender alguna afirmación, como la de VILASECA («Una Ley de fundaciones privadas», *RJC*, 1983, pág. 592), cuando realiza el siguiente y criticable juicio: «He estado pensando si convendría exigir, como se hace en las sociedades mercantiles y en las asociaciones, que la denominación fuese distinta de cualquier otra fundación existente, pero me ha parecido una complicación innecesaria, ya que la razón de esa previsión no tiene el mismo alcance en una fundación que en una sociedad mercantil. Por otra parte, así se puede suprimir un trámite burocrático más».

(28) A modo de ejemplo podemos subrayar cómo el Registro de Fundaciones se organiza a semejanza del Registro Mercantil, en concreto en lo referente al tema de la eficacia registral; o los muchos aspectos heredados de la Ley de Sociedades Anónimas, de los que el tema de la denominación es sólo un ejemplo; o el hecho de que se organice, lo que en la concepción originaria de las fundaciones son meras «actividades», como verdaderos órganos (así, el Protectorado).

(29) La expresión «sustancialmente idénticas» desapareció en el Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso, *BOCG* de 13-IV-89, Congreso.

ción, que propugnaba dejar para los Tribunales y el Registro de la Propiedad Industrial la defensa de los intereses relativos a la competencia mercantil y a la propiedad industrial. El nacimiento e inscripción de una sociedad en el Registro Mercantil debía ser independiente de la tutela de dichos intereses, sin perjuicio de que por la vía adecuada ésta pudiera llevar, si así lo estimaban los Tribunales, a la modificación de la denominación social. Para entender estos argumentos hay que tener en cuenta que en la flexibilización de la prohibición estricta de identidad subyace muchas veces el deseo de tutelar intereses competenciales o patrimoniales a través de la regulación de las señas de identidad de la persona jurídica, en concreto, del nombre. Se trata de evitar que con la elección de determinada denominación se vulneren los derechos de propiedad que ostenta otra persona sobre signos distintivos semejantes a aquélla. El Derecho societario, así, no sólo estaría regulando la función identificadora del nombre, sino que tutelaría también los derechos de propiedad industrial sobre los signos distintivos y la leal competencia.

La Ley de Sociedades Anónimas, con su opción definitiva —señala VICENT CHULIÁ (31)—, se aparta de formulaciones «más ambiciosas», como las de «idéntica o semejante», del RD regulador de las SAT, o «idéntica o que pueda confundirse», de la Ley de cooperativas valenciana (32), presentes también en otras legislaciones extranjeras. Podríamos añadir a las apuntadas por este autor, la expresión de la Ley de Asociaciones, que impide tanto la «identidad», como aquélla «semejanza que pueda inducir a confusiones».

Esta última sería la dirección seguida por la Ley de Fundaciones. Pero, debemos plantearnos si es la opción más conveniente, o la más correcta desde un punto de vista técnico-jurídico. La cuestión no es baladí. La labor de calificación o el juicio previo a la inscripción de la fundación en el Registro, dando por buena o no la denominación elegida, se ve afectada.

(30) «La denominación social», AAMN, t. XXX, vol. 1, EDESA, Madrid, 1991, pág. 624.

(31) *Compendio...*, cit., pág. 401.

(32) La Ley de cooperativas valenciana, tras las modificaciones introducidas en la misma por Ley 3/1995, de 2 de marzo, ha sufrido un cambio significativo en este tema. En efecto, frente a la dicción anterior —a la que se refiere la cita de VICENT CHULIÁ—, el vigente artículo 5, apartado 3, establece que «no se podrá utilizar una denominación idéntica con la de otra cooperativa preexistente, tanto si está sometida a esta Ley, como a la legislación estatal». Como señala el preámbulo de la Ley de reforma, el mencionado precepto limita la calificación del Registro de Cooperativas a determinar si la denominación de la cooperativa es «idéntica» a la de otra cooperativa preexistente y adopta la solución técnica presente en el Derecho de sociedades mercantiles. Resulta interesante, igualmente, el último inciso de la norma, que obliga a atender a las denominaciones de cooperativas sometidas tanto a esta Ley autonómica, como a la estatal. Con ello se precisa algo más el concepto respecto a la regulación de la Ley de Fundaciones. Pero obsérvese que no se hace referencia a cooperativas sometidas a otras legislaciones autonómicas, ni a otro tipo de personas jurídicas.

Para formular una conclusión es necesario, con carácter previo, interpretar correctamente el sentido de la expresión «*asemejarse de manera que pueda crear confusión*». De nuevo conviene no dejar la pista del Derecho societario.

El rigor del requisito de la identidad en la LSA de 1951, fue atenuado por la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual elaboró su doctrina en una etapa cronológica que discurre entre la LSA del 51 y el TRLSA vigente. Esta sería en gran medida asumida por el RRM, incluso violentando, en opinión de muchos, la letra y el espíritu de la LSA.

En primer lugar, la Dirección entendió que no debían inscribirse denominaciones «sustancialmente idénticas», estableciendo una serie de criterios para determinar cuándo ocurría esto (33), con lo que se flexibilizaba la exigencia estricta de falta de identidad.

Posteriormente, la idea anterior se conjugó con un nuevo criterio: el Registrador, para la calificación previa a la inscripción de la denominación, debía atender no sólo a la certificación del Registro Mercantil, sino también a la existencia en el tráfico de denominaciones notorias sustancialmente idénticas.

Se trata de una serie de resoluciones (RR. 11, 15, 16, 17, 18, 19 y 20-X-84) que resolvían casos idénticos: Se solicitaba la inscripción de varias SS.AA. cuyo nombre coincidía con el de sendos clubes de fútbol, todos ellos asociaciones deportivas notoriamente conocidas. La inscripción fue denegada sobre la base de la tutela que merece el tercero que puede verse inducido a confusión acerca de la «identidad» de la persona jurídica con que se contrata, y en el derecho al nombre (a la protección de su propia personalidad) «que asiste a toda persona jurídica ... y que debe ser protegido por el Registrador, aunque no aparezca en la certificación, siempre que sea un hecho notorio ... el Registrador no debe limitarse a aplicar el artículo 2 LSA, sino todo el ordenamiento legal y en especial los artículos 57 CCom (buena fe) y 7 CC. (impedir el abuso del derecho)». La DGRN entendía que «la certificación negativa del Registro es sólo un elemento más a tener en cuenta en el juicio que ha de verificar el Registrador, pues aparte de las normas de desarrollo de aquélla ... habrá de apreciar si existe un obstáculo que impida pueda aceptarse la denominación elegida» (34).

(33) Estos criterios serían recogidos después por la Instrucción de 16 de septiembre de 1987 y ha acabado por heredarlos, con algunas variaciones, el Reglamento del Registro Mercantil.

(34) En realidad, para denegar la inscripción, el Registrador había utilizado un cúmulo de argumentos muy diversos, algunos de los cuales recogería la DGRN. En la nota registral calificadora se decía: «Ser idéntico el nombre adoptado por las mismas al de entidades deportivas notoriamente conocidas y reguladas por la Ley de 31 de marzo de

Obsérvese que el fundamento de la interpretación extensiva del requisito de la identidad, que la Ley de Sociedades Anónimas refiere a identidad con las denominaciones de otras sociedades preexistentes, se sitúa, por un lado, en la necesidad de evitar que se genere una apariencia que pueda provocar confusión en terceros que entren en relación, en sentido amplio, con el sujeto; y, por otra, en la tutela del derecho al nombre que asiste a toda persona. Con esta base, se incide en un doble plano:

- a) Qué debe enjuiciar el Registrador: la sustancial identidad.
- b) A qué datos debe atender o en qué datos debe basar su juicio: no sólo a los que consten en el Registro, sino también a los que sean notorios en el tráfico.

Algún problema plantea la interpretación del término «notoriedad», que posteriormente recogerá el Reglamento del Registro Mercantil. GARRIDO CERDÁ entiende que se da siempre que el Notario o el Registrador que deban autorizar la escritura o practicar la inscripción, respectivamente, conozcan de modo directo la coincidencia de denominaciones, sea ésta o no del dominio público, y, por supuesto, siempre que lo sea. (35) Por su parte, PARICIO SERRANO interpreta la notoriedad como conocimiento por terceros o por el público en general, de que esa denominación identifica en el tráfico a determinado ente, sin que se halle inscrita en el Registro Mercantil. La ausencia de inscripción la refiere única y exclusivamente a la inscripción en el Registro Mercan-

1980 y del Decreto de 16 de enero de 1981, lo que puede inducir a error a los terceros en orden a la identidad de la persona jurídica con quien contratar, con infracción de la buena fe que debe presidir las relaciones mercantiles, según el artículo 37 (se refiere al 57) del Código de Comercio; sin que el hecho de acompañarse certificación negativa del Registro General de Sociedades desvirtúe lo expuesto, dado que si se solicitasen certificaciones como por ejemplo las de «Cruz Roja Española, S.A.», o «Fundación Juan March, S.A.», evidentemente las certificaciones también serían negativas y no parece posible inscribir sociedades mercantiles con denominaciones idénticas a las de otras personas jurídicas no mercantiles que ya la ostentan jurídicamente por sus inscripciones correspondientes».

Tras interponerse los correspondientes recursos gubernativos, el Registrador mantuvo su calificación, añadiendo a los argumentos anteriores, los de una posible competencia ilícita, el atentado contra el orden público (art. 1.255 CC) o la necesidad de impedir la persistencia del abuso del derecho (art. 7.2 CC) mediante la medida administrativa consistente en la no inscripción.

PELLISÉ PRATS («La denominación de las Sociedades Anónimas o de Responsabilidad Limitada y su Tratamiento Registral», *RJC*, LXXXIV, 1985, pags. 697 y ss.) se muestra enormemente crítico con esta doctrina.

(35) Ob. cit., pág. 633: «la calificación negativa debe aplicarse siempre que al Notario o Registrador le conste la existencia de la denominación anterior, ya sea por notoriedad, ya sea por conocimiento directo, pues éste implicará siempre «notoriedad» para el conocedor, aunque no la haya para otras personas».

til y no a la inscripción en otros registros públicos, pues parece más bien lo normal que se dé esta última (36).

La filosofía que subyace en dicha flexibilización se halla, en gran parte, en la tutela de la propiedad industrial e intereses conexos a ella. No se trata sólo de que el sujeto quede perfectamente identificado, sino de que no se pueda aprovechar torticeramente del prestigio ligado a signos distintivos ajenos, con los que su nombre guarde semejanza (37). Nadie puede dudar de la justicia de tal pretensión. Lo que habrá que resolver es si la vía utilizada (la del Derecho de sociedades, a través de la prohibición de denominaciones idénticas) es la adecuada o si se está interfiriendo indebidamente en el terreno de los signos distintivos, que tiene sus propios cauces de tutela. Muchos autores entienden que esta doctrina contraría la LSA, que prohíbe únicamente la identidad y se basa en la necesidad de que el sujeto quede perfectamente identificado en el tráfico.

El siguiente hito importante en el proceso que describimos lo constituye la amplia regulación de la denominación social que contiene el Reglamento del Registro Mercantil. A la misma se dedican hoy los artículos 395 y ss., bajo la rúbrica «*De la Sección de denominaciones de sociedades y entidades inscritas*». La doctrina de la DGRN ha sido en parte recogida en el RRM, que desarrolla el concepto de identidad, para extenderlo a supuestos que son más bien de semejanza, aunque de tal calibre que puede dar lugar a confusión (art. 408 [38]). Recoge además aquél criterio según el cual, deben tenerse en cuen-

(36) Ob. cit., págs. 1796-2797: «El término notoriedad debe ser «entendido en sentido estricto, y por tanto el Notario no podrá autorizar la constitución de una sociedad o el Registrador no podrá inscribir la sociedad constituida tan sólo cuando la denominación adoptada coincida con un nombre o denominación de la que es titular otra persona de hecho conocida y que no haya tenido acceso al Registro Mercantil». Señala, que si se partiera de la tesis de GARRIDO CERDÁ, en el caso de que se diera el conocimiento directo por el Notario o Registrador, pero no por el público en general, bastaría para resolver el problema, con acudir a otro Notario o a otro Registrador (Ob. cit., pág. 2797).

(37) Una prueba de que esto es así, la encontramos en el RRM, cuando excepciona la prohibición de la semejanza en el caso de que el afectado dé su autorización: esto solo tiene sentido si lo que ocurre, en el fondo, es que este sujeto renuncia a ciertos derechos que derivan de su «propiedad industrial». Volveremos sobre el requisito de la autorización.

(38) Art. 408 RRM: «Concepto de identidad.—1. Se entiende que existe identidad no sólo en caso de coincidencia total y absoluta entre denominaciones, sino también cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.^a La utilización de las mismas palabras en diferente orden, género o número.
- 2.^a La utilización de las mismas palabras con la adición o supresión de términos o expresiones genéricas o accesorias, o de artículos, adverbios, preposiciones, conjunciones, acentos, guiones, signos de puntuación u otras partículas similares, *de escasa significación*.
- 3.^a La utilización de palabras distintas que tengan la misma expresión o *notoria semejanza* fonética.

ta, no sólo las denominaciones inscritas en el Registro Mercantil, sino también las denominaciones notorias de personas jurídicas no mercantiles (art. 407). Como ha puesto de relieve un sector de la doctrina, el RRM llega a desnaturalizar el sentido de la LSA en lo referente a la prohibición de identidad. El problema tiene su origen en la remisión del artículo 2,3 TRLSA al desarrollo reglamentario acerca de la «composición» de la denominación social. Con base en esta remisión, y superando los límites de lo que es propiamente la «composición» de la denominación, el RRM parece redefinir el concepto o el principio de identidad violentando el espíritu de la LSA y por influencia, básicamente de la doctrina sentada por la DGRN en la materia. En este sentido crítico pueden verse, entre otros GARRIDO CERDÁ (39) y PARICIO SERRANO (40). En cualquier caso, el alcance de la disfunción —es necesario no olvidarlo— debe venir condicionado por el rango reglamentario de aquella norma.

Por su parte, la Ley de Fundaciones habla de una denominación «que no podrá coincidir o asemejarse de manera que pueda crear confusión, con ninguna otra previamente inscrita en el *Registro de Fundaciones*».

Como he dicho, el nombre cumple una función identificadora de la persona, física o jurídica, además de ser atributo esencial de la personalidad. El nombre, que puede consistir en un término genérico (lo que no ocurre con las marcas), sin embargo, determina perfectamente al sujeto: Individualiza a la

2. Los criterios establecidos en las reglas 1.^a, 2.^a y 3.^a del apartado anterior no serán de aplicación cuando la solicitud de certificación se realice a instancia o con autorización de la sociedad afectada por la nueva denominación que pretende utilizarse.

En la certificación expedida por el Registrador Mercantil Central se consignará la oportuna referencia a la autorización. La autorización habrá de testimoniarse en la escritura o acompañarse a la misma para su inscripción en el Registro Mercantil.

3. Para determinar si existe o no identidad entre dos denominaciones se prescindirá de las indicaciones relativas a la forma social o de aquellas otras cuya utilización venga exigida por la Ley.»

En negrita aparecen los cambios introducidos por el R.D. 1784/1996, de 19 de julio.

(39) GARRIDO CERDÁ, Ob. cit., pág. 612, nota 4: «...no parece muy ortodoxo desde el punto de vista del rango de normas que el artículo 2.3 del RD-L de 22 de diciembre, al igual que la Ley de julio, delegue en favor del Reglamento una materia que va a contradecir la escueta y terminante disposición del punto 2 de dicho precepto».

(40) «La denominación social y el nombre comercial. Reflexiones en torno al concepto y a su relación desde la perspectiva de la competencia desleal», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al prof. BROSETA PONT*, t. III, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 2791: «El Reglamento del Registro Mercantil, al establecer una serie de excepciones a la regla general —prohibición de adoptar una denominación idéntica a otra preexistente— lo que de facto ha hecho ha sido desnaturalizar dicha regla general. Para conseguir este fin se ha servido de una norma de remisión (art. 2.3 TRLSA). El resultado ha sido que el criterio sancionado por la Ley ha quedado sustituido por el criterio sancionado por el Reglamento. el espíritu de la ley, a la que se dice desarrollar, queda vulnerado y, además, con el agravante de llevarse a cabo por una norma de rango inferior».

persona en el tráfico jurídico, y para ello es necesario que la distinga de los otros sujetos. En este sentido, no debe provocar confusión.

Para ilustrar de modo sencillo la cuestión, permítaseme utilizar un ejemplo extraído de la práctica. En Valencia tenía su domicilio una sociedad dedicada al almacenamiento de joyería. Un buen día comenzaron a recibirse en el domicilio social una serie de reclamaciones de cantidad por mercancía supuestamente suministrada a dicha entidad por otra compañía, que todavía no había visto satisfecho su precio.

Tras una serie de indagaciones se descubrió que la deudora era una sociedad de responsabilidad limitada con el mismo nombre que la valenciana, aunque domiciliada en Córdoba, y ya disuelta. No importa en este momento indagar cómo pudieron acceder al Registro dos sociedades con el mismo nombre (lo que se explicaría si la valenciana hubiera sido inscrita posteriormente a la disolución de la otra), ya que lo que queremos ilustrar es la función identificadora de la denominación de la persona moral, lo que exige evitar coincidencias entre denominaciones de distintos sujetos. El caso pone de relieve, igualmente, que esta función no sólo satisface el interés privado de la persona y el de aquéllas con cuyo nombre se confunde el de ésta, sino el de los terceros (en este caso, los acreedores), además del interés general de la comunidad en el correcto funcionamiento del tráfico jurídico.

No hay que mezclar esta cuestión con la confusión lesiva de derechos de propiedad industrial o atentatoria contra las leyes de la competencia. (41) Así lo ha reconocido en diversas ocasiones la jurisprudencia (aunque pueden encontrarse, igualmente, sentencias en las que se entremezclan ambos temas, pues el TS no mantiene en esta materia una opinión constante ni clara). Es interesante en este sentido, la S. 31-V-79. Se plantea en ella «la distinta función de los dos Registros, ya que mientras el Registro Mercantil sirve, en general, al objeto de identificar al comerciante —individual o social—, y como efecto reflejo, a la contratación mercantil..., el Registro de la Propiedad

(41) En el sentido de deslindar la denominación social del nombre comercial y las marcas, resultan de interés las RRDGRN 2-IX-82 y 16-IX-58 (citadas por PELLISÉ PRATS (Ob. cit., págs. 143-144, nota 37). Con referencia al artículo 2 LSA, señala la primera: «son distintas la denominación social de una parte y el nombre comercial y marca de fábrica de otra, y se rigen por normas diferentes, y por eso normalmente no debe constituir obstáculo para la inscripción de aquéllas en el Registro Mercantil una pretendida contradicción entre ambos tipos de normas». La resolución del 58, afirma: «el artículo 2 de la Ley de 17 de julio de 1951 establece ... el sistema de libertad de elección de nombre social, sin más limitaciones que la de figurar necesariamente en él la indicación de «Sociedad Anónima» y la de no poderse adoptar nombre igual al de otra sociedad preexistente, y por tanto, nunca debe constituir obstáculo para la inscripción en el Registro Mercantil una pretendida contradicción con alguna de las normas sobre marcas y nombre comercial».

Industrial atiende a la finalidad de reconocer y proteger esta especial forma de propiedad en sus distintas modalidades». GARRIDO CERDÁ (42), que cita la sentencia anterior, abunda en la idea: el Registro de la Propiedad Industrial es un registro de bienes (en concreto, a él acude el nombre comercial como «objeto de derecho», que puede ser transmitido con el negocio —artículo 79 LM.—), similar al Registro de la Propiedad mientras que el Registro Mercantil es fundamentalmente un registro de personas, identificadas por su nombre civil o denominación social.

Lo mismo debe defenderse con referencia al Registro de Fundaciones. Una cosa es la identificación de la persona como tal, misión del Derecho societario y del Derecho de fundaciones o de asociaciones (y de los Registros Mercantil, de Fundaciones, de Asociaciones), y otra distinta la tutela de derechos de propiedad industrial o de intereses comerciales o relacionados con el Mercado (donde tendría relevancia el Registro de Propiedad Industrial, hoy Oficina española de patentes y marcas). Se trata de dos planos distintos: el uno, personal; el otro, patrimonial.

Desde este punto de vista, ¿resulta más conveniente prohibir tan sólo denominaciones «idénticas» o debe darse entrada a fórmulas más amplias y flexibles, como la de la LF?

El tema fue incluso debatido en el Parlamento, cuando se discutía el Proyecto de Ley de fundaciones. El Grupo Popular presentó en el Congreso, entre otras, la enmienda núm. 263, por la cual proponía suprimir del artículo 9.1, a) el inciso «... o asemejarse de manera que pueda crear confusión...», quedando redactado el precepto así: «a) la denominación de la entidad, en la que deberá figurar la palabra fundación, que no podrá coincidir con ninguna otra previamente inscrita en el Registro de Fundaciones». Se aducían razones de seguridad jurídica y de evitación de interpretaciones arbitrarias. La enmienda, sin embargo, no prosperó.

Ya hemos visto la reacción que provocó la prohibición de identidad en la legislación societaria. Y las críticas que ha merecido la solución arbitrada por la DGRN y la jurisprudencia del TS y parcialmente recogida en el RRM.

La LF habla de «coincidir», lo que equivale a una identidad estricta, y de «asemejarse de manera que pueda crear confusión». ¿A qué tipo de confusión se refiere? Entiendo que la interpretación correcta debe traducir esta confusión como la potencialidad de la semejanza para generar dudas acerca de la identidad, es decir, que puedan entorpecer la identificación del sujeto por quien se relacione con él. Quedaría fuera sin embargo, aquella confusión que pueda lesionar, o en cuanto lo haga, los derechos de propiedad industrial o la leal competencia, lesiones que tienen sus propios cauces de prevención y

(42) Ob.cit., pág. 616.

represión. (43) La reparación o inhibición de estos daños se ha de conseguir por otras vías: las correspondientes a la defensa de la propiedad industrial y de la leal competencia.

A estos mismos criterios hay que acudir al interpretar el artículo 14.1 del Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal, cuando señala, al tratar de la solicitud de certificaciones negativas relativas a que una determinada denominación está o no inscrita en el Registro de Fundaciones, que «Las certificaciones negativas habrán de incluir, en su caso, las denominaciones inscritas que, *por su semejanza con la denominación de la que se solicita información, pueda crear confusión entre unas y otras*». El precepto reglamentario responde a la norma del artículo 9,1,a) LF.

En el mismo sentido parece desenvolverse el artículo 406 RRM, al señalar que «*No podrá incluirse en la denominación término o expresión alguna que induzca a error o confusión en el tráfico mercantil sobre la propia identidad de la sociedad o entidad, y sobre la clase o naturaleza de éstas*». El precepto ha mejorado la redacción del antiguo artículo 371 RRM, según el cual no podía «*incluirse en la denominación término o expresión alguna que induzca a error sobre la clase o naturaleza de la sociedad o de la entidad a que se refiera*». Hacía pues referencia al error acerca de la clase o naturaleza de la entidad (lo que apunta de modo principal al régimen de responsabilidad patrimonial). Hoy, junto a ello, se habla del error acerca de la propia *identidad* del ente. De lo que se trata en suma, es de que la entidad quede perfectamente individualizada en el tráfico jurídico. Así como otros preceptos del RRM son criticables, por cuanto parecen situar el fundamento de la prohibición de identidad en la protección de derechos de propiedad industrial y en la defensa de la leal competencia (así, el 408.2, sobre el que luego volveremos), el artículo 406 refleja con exactitud la función principal, identificativa, que cumple la denominación de las personas jurídicas, y en la que se deben cifrar las limitaciones que normas como ésta impongan al principio de libre elección del nombre. La tutela de los derechos de propiedad industrial y de la leal competencia es misión de otras normas. En todo caso, ambos planos deben quedar perfectamente deslindados, si no queremos caer en soluciones viciosas. Muchos han sido los autores que han criticado el criterio de la «confundibilidad» sustentado por el RRM, por constituir una vulneración del principio de «identidad» de la LSA, sobre todo si se relaciona la «confusión» con

(43) Lo mismo cabe decir de la Ley de Asociaciones. Esta Ley prohíbe las denominaciones idénticas con las de otras sociedades ya registradas, y las que sean tan semejantes que puedan inducir a confusiones. Desde mi punto de vista, dicha confusión debe interpretarse en el mismo sentido apuntado para la Ley de Fundaciones. El fundamento de la prohibición en ambas leyes es el mismo: evitar problemas de identificación del sujeto en el tráfico jurídico, como centro de imputación de derechos y obligaciones y, en consecuencia, de responsabilidades.

la tutela de la propiedad industrial y la leal competencia. Y, en efecto, es criticable si se parte de esta idea que, a la vista de los antecedentes, podemos entender que estuvo en la mente del reglamentador. Creo que el único modo de resolver la discordancia, interpretando los preceptos reglamentarios de acuerdo con la filosofía de la Ley que desarrollan es entender la confusión a reprimir por el Derecho societario y el Registro Mercantil en el sentido expuesto, como confusión que impida la identificación del sujeto como tal.

En no pocas ocasiones, determinada semejanza tendrá consecuencias en ambos planos: el de la identificación en sentido estricto y el de la vulneración de la propiedad industrial o las normas de competencia. Podrá entonces actuarse por diferentes vías, pues no son incompatibles. En uno y otro caso se trata de prevenir distintos efectos derivados de la identidad o semejanza de denominaciones. El tema merece ser desarrollado en un epígrafe específico.

c.1) CONFLUENCIA DEL RÉGIMEN DE LA DENOMINACIÓN DE LA FUNDACIÓN
CON LA LEY DE MARCAS Y LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL:
DENOMINACIÓN Y SIGNOS DISTINTIVOS

En contra de lo que venimos defendiendo, suele afirmarse que la jurisprudencia ha consolidado una línea según la cual debería modificarse la denominación social que pudiera confundirse con un signo distintivo preexistente. Se incluye así dentro del régimen de la denominación social la función tuitiva de la propiedad industrial y de la leal competencia (44).

Entre todas las sentencias que consagran esta doctrina (45), se cita como máximo exponente la del «Caso Domestos» (STS 16-VII-85). La sociedad «Lever Ibérica, S.A.» era titular de las marcas registradas «Domestos» para la distribución de jabones y detergentes. Demandó a la sociedad «Domestos S.A.», constituida con posterioridad al registro de aquellas marcas y cuyo objeto social consistía en vender jabones y detergentes. La demandante solicitaba que se condenara a «Domestos, S.A.» a modificar su denominación social. En ambas instancias se desestimó la pretensión, basándose en el principio de libre elección de la denominación social, con el único límite de la colisión con una denominación idéntica correspondiente a una sociedad preexistente. El TS casó la sentencia y estimó la pretensión de la recurrente,

(44) Puede encontrarse un resumen de las sentencias que han ido conformando esta dirección jurisprudencial, en AREAN LALIN, «La protección de una marca registrada frente a una denominación social confundible», *ADI*, núm. 12, 1987-1988, págs. 207 y ss., que se muestra conforme con la posición del Supremo.

(45) SSTs 27-XII-54 (Caso «Laboratorios OM, SA»); 11-III-77 (Caso «Finresa»); 7-VII-80 (Caso «Kemen»); 16-VV-85 (Caso «Domestos»); 26-VI-95 (Caso «Avianca»); y 4-VII-95 (Caso «Arevalillo»).

calificando de rigorista la decisión de instancia. Sus argumentos podrían resumirse del modo siguiente:

1) Deben coordinarse las dos normativas en juego —Ley de Sociedades Anónimas y legislación sobre Propiedad industrial— en cuanto tienden ambas a evitar el riesgo de error o confusión que, tanto entre las personas jurídicas como entre sus actividades y productos puedan producirse, por la denominación coincidente entre una marca y una denominación social, cuando aquélla ampara la comercialización de los mismos productos que constituyen el objeto social de la anónima, cuya idéntica designación puede, además, encubrir un acto apropiatorio de los derechos adquiridos por la más antigua denominación —por cierto de pura fantasía (46)— a la par que un aprovechamiento de los beneficios derivados del esfuerzo ajeno.

2) La mera comprobación, en el Registro Mercantil, por una sociedad anónima, del dato de que no existe registrada una denominación idéntica a la elegida por ella, no agota las posibilidades de que se declare la improcedencia de la denominación social pretendida, cuando exista un obstáculo de sentido contrario a esta pretensión, con entidad ético-jurídica suficiente, tal y como sucede en el presente caso en el que se impone erradicar el riesgo de error o confusión en el mercado, provocado por la absoluta identidad denominativa y de productos amparados entre una marca preexistente, notoriamente conocida, y una denominación social. De otro modo, se sobrepasarían los límites normales de ejercicio de un derecho con daño para tercero.

En realidad, en todos estos casos, la vulneración de los derechos de propiedad industrial o, en su caso, la competencia desleal, derivan no ya de la coincidencia entre la denominación social de la persona y los signos distintivos preexistentes en favor de otra, sino del hecho de que aquella denominación social se utilice en el tráfico como verdadero signo distintivo de la empresa, empleándolo, p. ej., como nombre comercial, en sus rótulos, en la publicidad, en la documentación comercial (47).

Es cierto que la utilización de la denominación como signo distintivo lesiona los derechos de propiedad industrial de las personas que cuentan con signos distintivos preexistentes con los cuales se pueda confundir aquélla

(46) Con este inciso parece querer apuntarse a la mala fe del que elige el mismo nombre, sin ninguna relación objetiva o subjetiva con la persona.

(47) Quizá la única excepción sea el caso «Domestos». Señala BOTANA AGRA (Ob.cit., pág. 6): «en la mayoría de los casos enjuiciados en las sentencias que al respecto se citan, todo induce a tener por más cierto que las denominaciones sociales que hubieron de modificarse por colisionar con signos distintivos prioritarios eran utilizadas en el tráfico mercantil como nombres comerciales, y no como signos sólo de identidad personal». Por ello, niega que se pueda hablar de una línea jurisprudencial reiterada y, menos, consolidada, en el sentido de que la denominación social debe ceder ante signos distintivos previos cuando exista riesgo de confusión entre los mismos.

denominación (a tenor de la Ley de Marcas, basta la idoneidad para la confusión, no se requiere identidad, lo cual es lógico si tenemos en cuenta cuáles son los intereses tutelados) e, incluso, puede suponer un ejercicio de competencia desleal. Sin embargo, estos actos ilícitos tienen su propio cauce de represión: Ley de Marcas y Ley de Competencia Desleal. Aplicando estas leyes, debería condenarse a cesar en todo empleo de la denominación que la haga jugar como signo distintivo, pero no, necesariamente, a la modificación de la denominación. Así lo entendieron en muchas de las sentencias citadas, los Juzgadores de instancia (p. ej., en el Caso «Laboratorios OM» (STS 27-XII-54). Los problemas pueden derivar, en la práctica, de la dificultad o imposibilidad de evitar que una denominación opere como signo distintivo (48).

La finalidad que persiguen las Leyes de Marcas y de Competencia Desleal es completamente distinta a la de la normativa reguladora de la denominación social o, la que a nosotros nos interesa, fundacional. Aunque el tema se ha proyectado en la práctica y en su análisis doctrinal en el ámbito de la denominación social, las ideas son perfectamente reconducibles a las fundaciones. Recordemos, una vez más, que en la actualidad es indiscutible que la fundación pueda operar en el tráfico como agente económico.

Ultimamente, la STS 21-X-94 ha roto con aquella reiterada jurisprudencia, manifestándose en la línea crítica que acabamos de apuntar. Aunque las SSTS 26-VI y 4-III-95 vuelven a la antigua doctrina. La sentencia del 94 deslinda perfectamente la regulación de la denominación social (lo que es aplicable a la denominación de la fundación), de la que atañe a los signos distintivos. La conclusión a la que llega se basa en la distinta finalidad y

(48) Como señala BOTANA AGRA, «no es infrecuente ... que ... la denominación sea utilizada en el tráfico mercantil, en situación extrarregistral, a título de marca, de nombre comercial o de rótulo de establecimiento. Es más, no parece del todo desterrada aún la creencia de que el registro de la denominación social en el Registro Mercantil autoriza de por sí para usarla como signo diferenciador de productos y servicios, como signo distintivo de actividades empresariales o como signo individualizador de locales en los que se ejerce una empresa». Añade que así como no parece difícil detectar el empleo extrarregistral de la denominación social como marca o como rótulo de establecimiento, no ocurre lo mismo con su uso como nombre comercial, ya que la proximidad que existe entre sus respectivas funciones, enturbia las más de las veces definir con seguridad sus lindes. Téngase en cuenta que, así como la denominación o la razón social identifican a su titular como persona, el nombre comercial (véase el artículo 76, 1 LM) identifica a éste como empresario o, si se quiere, identifica a la empresa (esta concepción objetiva facilita la delimitación entre denominación y nombre comercial. Formalmente, el nombre comercial puede o no coincidir con la denominación).

En el mismo sentido, PELLISÉ PRATS, Ob. cit., pág. 137, nota 29: «Es frecuente, no sólo entre particulares, sino también entre profesionales del Derecho, la creencia errónea de que las certificaciones del Registro General de Sociedades Mercantiles, aparte de abrir paso a la aceptación de una denominación social en el Registro Mercantil, legitiman el uso comercial de tal denominación».

función de la denominación de la persona jurídica y el régimen de los signos distintivos. Frente a la función identificadora del nombre, que se configura como atributo de la personalidad y exigencia inexcusable del orden público, los signos distintivos tiene virtualidad en un marco de competencia. Representan para su titular un derecho de exclusiva que se inscribe en el ámbito de la propiedad industrial, a la vez que son pieza fundamental del orden concurrencial. Se trata de funciones perfectamente deslindables (49).

Cabe con todo que nos detengamos en el análisis del juego de dos criterios, a los que se refiere la STS 21-X-94, en este campo: el de la buena fe (suele alegarse en el sentido de buena fe mercantil, lo que parece apuntar a la leal competencia) y el del abuso del derecho.

a) Al criterio de la buena fe se alude en relación con el artículo 33.1,a) Ley de Marcas. Señala BOTANA AGRA que «para el alto Tribunal (en la sentencia comentada) parece claro que la única incursión que las normas protectoras de los signos distintivos podrían efectuar en ese círculo reservado a la denominación social como signo de identidad personal, sería la que permite el artículo 33.1,a) de la Ley de Marcas en caso de falta de buena fe en el uso de la denominación en esa dimensión» (50). Sin embargo, parece difícil imaginar un supuesto de mala fe en el que a la vez la denominación no estuviera siendo utilizada en el mercado como signo distintivo. Si cabe, estaría reprimido, no sólo por el artículo 33.1,a) LM, sino por el principio de buena fe, positivizado en el Código Civil y en el Código de Comercio. Si la mala fe supone utilización como signo distintivo, ésta sería reprehensible por aplicación del régimen de los signos distintivos y de la competencia desleal, pues se entraría de lleno en su ámbito de actuación. Por otra parte, pienso que siempre que se utilice una denominación social como signo distintivo en el Mer-

(49) Señalan MONTIANO y SALELLES, al comentar esta sentencia, que «la denominación social no tiene por finalidad distinguir la actividad empresarial en el mercado evitando el riesgo de confusión con otros agentes económicos, sino identificar al sujeto responsable de las relaciones jurídicas, permitiendo su aislamiento registral». «En este sentido, es claro que basta con establecer la prohibición de identidad... El riesgo de confusión que se pudiera provocar en el mercado como consecuencia de la utilización de la denominación social como signo distintivo, fundamentalmente como nombre comercial, no compete, pues, al Derecho de sociedades (añadiría yo, ni al de Fundaciones). No queda desasistido, sin embargo, el riesgo señalado, por cuanto recae plenamente en el ámbito del Derecho de marcas o, en su caso, en la normativa contra la competencia desleal» («De nuevo sobre el conflicto entre denominación social y nombre comercial (Comentario a la STS., Sala 1ª, de 21-X-94)», *RGD*, mayo 1995, pág. 5480).

(50) Ob. cit., págs. 5. BOTANA matiza de este modo su opinión tras poner de manifiesto su simpatía por las conclusiones de la STS. 21-X-94 y concluir que a la pregunta de si está facultado el titular de el nombre comercial para exigir, con base en su derecho de propiedad industrial, el cambio de una denominación social confundible, hay que responder que no, salvo que se emplee como signo distintivo, siendo este último uso, en todo caso, el que podría ser atajado obligando al titular a cesar en el mismo.

cado, de buena o mala fe, dicho uso caerá bajo el campo de acción de la LM y de la LCD. Lo determinante es el uso objetivo que se haga de la denominación, no el ánimo subjetivo con que se haga.

b) En cuanto al abuso del derecho, la sentencia estimó inaplicable el artículo 7.2 CC, «puesto que la situación de estimación de abuso del derecho lo determina el exceso en el ejercicio del mismo o la presencia de la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad legítima, seria y suficientemente justificativa, pudiendo sólo acudir a su concurrencia en casos patentes, lo que no sucede en la presente cuestión».

Creo que el empleo de una denominación social como signo distintivo cuando preexisten otros con los que puede confundirse no es abuso de derecho: No hay *extralimitación* en el ejercicio de un derecho, sino que falta el derecho mismo. Entendiendo como tal el derecho a usar la denominación como signo distintivo. Una cosa es el derecho a un signo de identidad personal (derecho de la personalidad) y otra diferente el derecho a un signo distintivo en el marco de la competencia (derecho patrimonial, de propiedad industrial).

c.2) COINCIDENCIA O SEMEJANZA CON OTRA DENOMINACIÓN PREVIAMENTE
INSCRITA EN EL REGISTRO DE FUNDACIONES

Nos planteamos en este apartado las razones y conveniencia de que la prohibición se ciña a la colisión con denominaciones inscritas en el Registro de Fundaciones. Si bien, en apariencia, esto es lo mismo que decir que coincida con la denominación de otras Fundaciones preexistentes, dado que la inscripción es presupuesto de la atribución de personalidad jurídica, hay un dato que estorba el carácter absoluto de esta afirmación: la existencia de Fundaciones regidas por las diversas Leyes autonómicas e inscritas en sus correspondientes Registros.

La Ley de Fundaciones es en este punto más restrictiva que la legislación societaria, tal y como viene siendo interpretada y aplicada por la jurisprudencia.

Hemos visto, anteriormente, cómo en materia de sociedades, una línea jurisprudencial asentada obligaba a tener en cuenta las denominaciones que, aunque no estuvieran inscritas, fueran notorias, a la hora de aplicar la prohibición de identidad. Esta idea ha sido llevada hasta el punto de afirmar que debe atenderse incluso a las denominaciones notorias de personas jurídicas no mercantiles. Lo cual encuentra hoy apoyo positivo en el RRM.

El RD 1597/1989, de 29 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento del Registro Mercantil, concretó el requisito al decir que «no se podrán inscribir en el Registro Mercantil las sociedades o entidades cuya denomina-

ción sea idéntica a alguna de las que figuren incluidas en la Sección de denominaciones del Registro Mercantil Central» (art. 373, 1). Pero, a continuación añadía: «2. Aun cuando la denominación no figure en el Registro Mercantil Central, el Notario no autorizará, ni el Registrador inscribirá, sociedades o entidades cuya denominación les conste por notoriedad que coincide con la de otra entidad preexistente, sea o no de nacionalidad española». La redacción se mantiene tras la reforma del RRM por R.D. 1784/1996, de 19 de julio, aunque el precepto es ahora el artículo 407 RRM. Con el último inciso, se complica todavía más la labor del Registrador, pero es sintomático de la tendencia a evitar toda confusión posible. Vemos pues como el RRM se hace eco de aquella línea jurisprudencial.

La cuestión que ahora me preocupa discurre en sentido inverso: cuando se solicite la inscripción de una Fundación en el Registro de Fundaciones, y en lo que a la denominación se refiere, ¿bastará con constatar que no entra en colisión con el nombre de otra fundación inscrita, o deberán tenerse en cuenta igualmente las denominaciones notorias de otras personas jurídicas y, añadiría en este caso, las denominaciones de Sociedades inscritas en el Registro Mercantil? ¿Qué decir, por otra parte, de aquellas fundaciones que, por estar sometidas a la legislación autonómica, no se inscriben en el Registro estatal, sino en el de la correspondiente Comunidad Autónoma?

De lo dicho anteriormente se desprende que el conflicto de denominaciones supera el ámbito de un tipo concreto de personas jurídicas. Así hay que entenderlo si de lo que se trata es de lograr la perfecta identificación de las mismas. Para que este objetivo pudiera alcanzarse al cien por cien, sería necesario contar con un Registro de denominaciones de todas las personas jurídicas, lo que no sucede hoy (51). En todo caso debería optimizarse la utilización de los instrumentos de que disponemos: Registros y apariencia derivada de la posesión del nombre. Es decir, el Registrador Mercantil debería atender a las denominaciones notorias, pero también sería conveniente que se solicitara una certificación de los Registros de Fundaciones y, en su caso, Asociaciones. Y, a la inversa, previamente a la inscripción de una fundación debería consultarse no sólo el Registro estatal de Fundaciones, sino también el Mercantil Central, y el de Asociaciones, además de atender a las denominaciones notorias (52) y a los Registros de Fundaciones de las CC.AA. (53).

(51) Alguna utilidad puede tener la posibilidad que regula el artículo 396 RRM.

(52) Siempre dentro del ámbito de la garantía de la perfecta identificación en el tráfico, y no de la protección de derechos de propiedad intelectual o derivados de la leal competencia. Cabría, en este sentido, pensar en la identidad con denominaciones notorias de comunidades sin personalidad jurídica, personas extranjeras, etc.

(53) Cabría plantearse hasta donde nos puede llevar la integración en la Unión Europea y la progresiva internacionalización de las relaciones jurídicas.

Ahora bien, si intentamos aplicar estas ideas a las fundaciones, nos encontramos aparentemente con un obstáculo de Derecho positivo. El artículo 9 LF prohíbe la coincidencia o semejanza con *con ninguna otra* (denominación) *previamente inscrita en el Registro de Fundaciones*. Interpretada literalmente la norma, sólo debería atenderse al Registro de Fundaciones estatal (habla de Registro en singular y, concretamente «del» Registro. Debe pues referirse al regulado en esa misma Ley). Sin embargo, creo que sería posible hacer uso de la doctrina sentada por la DGRN (que inspira el RRM) al tratar de la inscripción de las Sociedades Anónimas. Adaptándola a las fundaciones, diríamos que no sólo hay que respetar el artículo 9 LF, sino todo el ordenamiento jurídico en que éste se inscribe y, en concreto, los principios positivizados de buena fe y abuso del derecho. Por aplicación del artículo 9 debería consultarse el Registro de Fundaciones. Pero ello no excluye que por aplicación de aquellos principios no deba atenderse también a los nombres de otras personas jurídicas, inscritos en otros Registros públicos o notorios (54).

Podría aducirse, por otra parte, que cuando se trate de personas jurídicas de distinto tipo no importa que exista coincidencia en los términos utilizados en la denominación, ya que al añadirse la expresión que manifiesta el tipo: «Fundación», «S.A.», etc., la persona queda identificada. Sin embargo, no parece éste un argumento demasiado sólido. Incluso el Reglamento del Registro Mercantil establece en su artículo 408.3 que *«para determinar si existe o no identidad entre dos denominaciones se prescindirá de las indicaciones relativas a la forma social o de aquellas otras cuya utilización venga exigida por la Ley»*.

c.3) LA AUTORIZACIÓN DE LA PERSONA AFECTADA POR LA COINCIDENCIA
O SEMEJANZA

La autorización otorgada por la persona afectada por la coincidencia o semejanza de la denominación, ¿enerva la prohibición de identidad?

El Reglamento del Registro Mercantil establece en su artículo 373.2: *«Los criterios establecidos en las reglas 1.^a, 2.^a y 3.^a del apartado anterior no serán de aplicación cuando la solicitud de certificación se realice a instancia o con autorización de la sociedad afectada por la nueva denominación que pretende utilizarse»*.

En esta misma línea, el Decreto 404/1994, de 18 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de organización y funcionamiento del protectorado

(54) Lo mismo podría decirse de las asociaciones, cuya Ley prohíbe, como sabemos la identidad o semejanza que pueda inducir a confusión con las denominaciones de otras asociaciones *ya inscritas*.

y del Registro de Fundaciones del País Vasco, y que se inspira en el RRM, declara en su artículo 32, tras haber consagrado la prohibición de identidad: «No obstante podrá admitirse la denominación coincidente cuando se presente certificación acreditativa, expedida por el órgano competente, de que la Fundación afectada por la nueva denominación autoriza el uso de la misma a la entidad que pretende su inscripción». Obsérvese que, según esto, podría haber dos fundaciones con el mismo nombre.

No deja de resultar chocante la virtualidad de tal autorización, sobre todo si se tiene en cuenta que la función identificadora y, por tanto, individualizadora de la denominación de la persona jurídica, no sólo tutela intereses privados, sino que satisface, además, las exigencias del orden público: las personas deben quedar perfectamente individualizadas en el tráfico, de modo que pueda saberse quién es sujeto en las relaciones jurídicas y a quién debe imputarse determinada responsabilidad. Por otra parte, la autorización deriva de un acuerdo entre las personas cuya denominación coincide, en el que no participan los terceros que, sin embargo, pueden verse afectados, debido a la confusión que dos denominaciones similares, o incluso idénticas, puede generar en el tráfico: p. ej., los acreedores, o los consumidores. El alcance que se da a la autorización en los preceptos citados, tutela el derecho al nombre en cuanto derecho de la personalidad; tutela asimismo los derechos de propiedad industrial y la leal competencia, pero desconoce los derechos de los consumidores y las exigencias del orden público.

Al establecer la regla de la autorización parece que se está pensando en evitar competencia ilícita entre las personas afectadas o lesiones de la propiedad industrial de las mismas, cuando la misión de la denominación no es esta (la competencia desleal se reprime y la propiedad intelectual se tutela por otros cauces), sino la de identificación de la persona. El no diferenciar bien estas cuestiones es técnicamente incorrecto y provoca dificultades de interpretación como la que estamos viendo. El RRM es pues criticable en este punto, como en otros (55). Y lo mismo, la Ley de Fundaciones Vasca, que en este tema no hace otra cosa que reiterar las reglas del RRM.

La autorización no servirá para levantar la prohibición cuando se trate de denominaciones idénticas, por las razones expuestas. Hay una interpretación posible del RRM, en este sentido. El artículo 408.2 RRM habla de sociedad afectada por la «nueva» denominación que pretenda utilizarse y, además, hace referencia a los criterios de semejanza. Por ello, puede entenderse que quedan excluidas denominaciones idénticas en sentido estricto y que la autorización sólo puede operar en favor de las semejantes (aquéllas semejanzas que el artículo 408.1 RRM equipara a identidad). Sin embargo, aun así no

(55) En sentido crítico, igualmente, MONTEAGUDO, M. y SOLER, P., «Conflicto entre denominaciones sociales y signos distintivos», *RGD*, 1983, pág. 6522.

podría aceptarse la autorización cuando la semejanza fuera tal que impidiera la correcta identificación del sujeto (56).

La autorización podría ser efectiva si se refiriera al uso como nombre comercial y no en cuanto denominación social en sentido estricto, pero este es un tema que no debe ser regulado en la normativa sobre el Registro Mercantil o el Registro de Fundaciones, sino en la que ordena los signos distintivos.

En todo caso no hay que perder de vista el rango meramente reglamentario de la norma.

Entiendo, sin embargo, que en un supuesto sí habría que conceder relevancia a la autorización. Estoy pensando en la persona jurídica que crea una fundación a la que atribuye su mismo nombre, aunque calificado con el término «Fundación». En la actualidad constituye ello una práctica habitual de mecenazgo interesado, pues, de este modo, la imagen de la empresa fundadora se beneficia. No se constituye la fundación, o no sólo, con ánimo de liberalidad, sino que se trata de una técnica más de «marketing». Aquí, la autorización reviste unos matices especiales. Se trata, en efecto, de dos personas distintas, pero con la significativa particularidad de que la primera ha creado a la segunda, con fines, además interesados, al servicio, cuando menos, de su imagen. Existe una relación entre ambas. Frente a terceros es exigible que queden perfectamente identificadas, como sujetos diferentes. Pero nada impide, e incluso la realidad aconseja, que quede de manifiesto, al mismo tiempo, la conexión existente entre ambas, que puede y suele ir más allá del mero acto de fundación (no es extraño que los patronos sean socios, o cargos directivos, o tengan algún tipo de vinculación con la sociedad). La identificación se logra, en este caso sí, con la adición del término «Fundación». La atribución del nombre del creador refleja lo segundo. Al autorizar, o mejor atribuir su nombre al ente por ella creado, la persona fundadora no está renunciando a derechos de propiedad industrial. El atribuir el propio

(56) MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., «Denominación...», cit., pág. 225: el problema central consiste en determinar si la autorización puede abarcar también a denominaciones idénticas, en sentido estricto, o sólo a aquellas que guarden un grado de semejanza que, bajo el criterio legal, hayan de considerarse como idénticas. Del puro tenor literal de la norma, recordemos «... los criterios utilizados en el apartado anterior...», es decir, los definitorios de la identidad, o coincidencia total o absoluta, o las semejanzas que conducen a la identidad, parece deducirse, pues, claramente que sí se incluyen ambas posibilidades. Personalmente no se me alcanza de donde resulta esta claridad. Pero a continuación añade: «No obstante la solución no parece la más adecuada si consideramos de nuevo las funciones de identificación y diferenciación que está llamada a cumplir la denominación. Indefectiblemente, parece imposible que se alcancen tales objetivos si, a pesar de la aludida autorización, se permite el uso de expresiones y términos que conduzcan por su similitud, o incluso su identidad a una clara situación de confusión sobre una persona jurídica».

nombre a un ente por él creado parece más bien ejercicio del derecho al nombre como derecho de la personalidad. No creo que en este caso pueda afirmarse que se confunde a los terceros o se vulnera el orden público.

M^a DOLORES MAS BADÍA.
Profesora Titular de Derecho civil.
Universitat Estudi General de Valencia