
ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DEL CONTROL DE LA HOMONIMIA DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA NRO. 815/011 DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

FEDERICO FISCHER CASTELLS

SUMARIO: 1. El caso en análisis. 2. Concepto de denominación social. 3. Argumentos y puntos en conflicto. 4. Valoración crítica de la sentencia – proyección del giro “semejante” del art. 12 de la LSC como un concepto jurídico indeterminado.

1. El caso en análisis

En los autos caratulados: “AGA S.A. c/ Estado, Ministerio de Economía y Finanzas, Acción de Nulidad” comparece ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (“TCA”) la actora - AGA S.A. - solicitando se revoque una resolución emanada de la Auditoría Interna de la Nación (“AIN”), por la cual se desestimó el cambio de denominación que dicha entidad solicitara.

En efecto, AGA S.A. - la filial uruguaya del Linde Group, grupo internacional líder en la producción y comercialización de gases industriales – había solicitado a la AIN la autorización del cambio de denominación de la sociedad a “LINDE GAS URUGUAY S.A.” Sin embargo, la AIN no hizo lugar a la solicitud en virtud de ya existir en sus registros otra sociedad preexistente – la sociedad “LINDE’S S.A. - cuya denominación incluía el término “LINDE”.

El TCA no compartió los argumentos presentados por AGA S.A. y en su Sentencia rechazó la Acción de Nulidad impetrada.

2. Concepto de denominación social

Previamente a profundizar en el estudio del caso particular, conviene precisar brevemente la noción del instituto jurídico en aplicación - la denominación social - a fin de delimitar su contenido y alcance, así como diferenciarlo de otras figuras afines también previstas por el ordenamiento jurídico.

La denominación social es uno de los contenidos propios que del contrato o estatuto social, conforme dispone el art. 12 de la Ley de Sociedades Comerciales N°16.060 (“LSC”).

La Doctrina – sin perjuicio de los matices propios de cada autor - conceptualiza a la denominación social en base a dos caracteres fundamentales: i) el hecho que la denomi-

nación social constituye un atributo inherente a la sociedad en tanto persona jurídica¹, y ii) su función identificatoria. En definitiva, se asimila a la denominación social con el nombre propio de la persona física.²

En efecto, la gran mayoría de las definiciones ensayadas hacen énfasis en la denominación social como un “atributo de la personalidad”, el cual expresa la “identidad” o “individualidad” de la sociedad.

Así, entre otros, GERMAN y CARRAU señalan que la denominación social “consiste en un atributo de la personalidad que sirve para identificar al sujeto de derecho al igual que el nombre de la persona física. En otras palabras, posibilita identificar un centro de imputación configurando un derecho de identidad de las sociedades”; BUGALLO, expresa que este instituto “es la expresión de identidad de la sociedad comercial y constituye uno de los elementos que deberá establecer el contrato social. Sirve para expresar inequívocamente la individualidad de la sociedad comercial a la que corresponde, sujeto de derecho dotado de personalidad jurídica”; y en el mismo sentido, CABANELLAS DE LAS CUEVAS, menciona que “El nombre social, que abarca tanto a la denominación como a la razón social, constituye un signo verbal indetificatorio de la sociedad en cuanto persona jurídica”. Asimismo, FERREIRA TAMBORINGEDUY, destaca que la denominación social “no es otra cosa que la forma de identificar a una sociedad comercial de otras, asegurando la transparencia de las relaciones comerciales y el correcto funcionamiento de las sociedades”.³

No obstante ello, a la hora de analizar, conceptualizar y aplicar este instituto, no puede soslayarse que, en los hechos, la denominación social cumple una función no solamente identificadora, si no también distintiva, individualizando al sujeto como operador económico en el mercado.

En este sentido, se coincide con HALPERIN, en cuanto a que este instituto: “tiene una doble función de identificación y de atracción de clientela”.⁴

1 Destaca SUSENA BARDALLO que existe opinión generalizada en favor de considerarlo un atributo de la personalidad de la sociedad que sirve para identificarla” (“SUSENA BARDALLO, Emilio, “Denominación Social y Contralor de Homonimia”, en Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, Tomo 98, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2012, pág. 103)

2 2. Cfse. RODRIGUEZ OLIVERA, Nuri, “Denominación Social”, en <http://www.derechocomercial.edu.uy/clasecont-soc02a.htm>. A mayor abundamiento, cabe precisar que, como señala LAMAS: “el nombre de la personas jurídicas cumple una función individualizante, en tanto identificación de una persona como centro de imputación de derechos, y en esa medida cumple similar función que el nombre de las personas físicas. La diferencia, según vimos, es que el nombre de los seres humanos, además, tiene que ver con la protección de su identidad, y el de aquellas no”. (LAMAS, Mario Daniel, “Derechos de la Personalidad y Explotación de la Apariencia Humana”, Cikato Abogados, 1era Ed. 2004, Montevideo, pág. 142).

3 CARRAU, Matilde y GERMAN, Daniel, “Conflictos entre Nombre Comercial, Denominación Social y Nombre de Dominio” en Anuario de Derecho Comercial Tomo 10, FCU, 2004, pág 107; BUGALLO, Beatriz, “Propiedad Intelectual”, FCU, 1era Ed., 2006, Montevideo, pág 285; CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, “Derecho Societario Parte General – El Contrato de Sociedad”, Editorial Heliasta S.R.L., 1era Ed. 1994, Buenos Aires, pág 531; FERREIRA TAMBORINGEDUY, Héctor, “La notoriedad de la Denominación Social”, en Obra Colectiva “Dinamismo y Desafíos del Derecho Comercial. Semana Académica 2013” FCU, 2013, Montevideo pág. 90,

4 HALPERIN, Issac, señala que “el nombre tiene una doble función de identificación y de atracción de clientela; de ahí que la ley 3975 y la doctrina concuerdan en que: a) no debe inducir a error en cuanto al objeto; b) ni confundirse con el de otra sociedad” (“Curso de Derecho Comercial”, vol I, Depalma, 2000, p. 323). Asimismo, Cfse. BUGALLO, Beatriz, ob. cit. pág. 289.

A diferencia del nombre comercial, la denominación social no constituye una propiedad industrial y por tanto no puede ser transferida o enajenada de forma separada del resto de la sociedad.

Finalmente, es importante tener presente que la denominación social convive en el comercio con otros signos que identifican la actividad del comerciante – como son las marcas, indicaciones geográficas, nombres comerciales, nombres de dominio, etc. – los cuales si bien tienen una raíz común y pueden aparecer en un principio como similares, cumplen funciones disímiles y se rigen por distintas normas y principios.⁵

Asimismo, un signo que constituye una denominación social, puede a la vez, ser un nombre comercial, operar como una marca registrada e incluso constituir un nombre de dominio.

En este contexto, en caso de que existan dos signos en pugna, es tarea del operador jurídico analizar la naturaleza jurídica de los mismos y el régimen jurídico aplicable a cada uno de ellos.

3. El punto en conflicto – interpretación del giro “semejante” del art. 12 de la LSC

El centro del análisis realizado por las partes del litigio y el TCA radica en determinar si en la especie la solicitud de cambio de denominación social impetrada por la actora viola o no lo dispuesto en el inciso 3ero del artículo 12 de la LSC.

Como es sabido, la referida norma establecía - al momento del dictado de la sentencia en análisis⁶ – que:

“La denominación no podrá ser igual o semejante a la de otra sociedad preexistente.”

Asimismo, la AIN en el ejercicio de su discrecionalidad ha explicitado a través del “Manual de Procedimiento de Control de Denominaciones Sociales” (“el Manual”) y las circulares Nro. 1/95 y 7/95 los criterios técnicos adoptados por este organismo para determinar cuándo una denominación es semejante a la otra, y cuáles son las excepciones admitidas a dichos criterios.⁷

5 No obstante ello, por mucho tiempo no existió un consenso en la doctrina y jurisprudencia uruguaya respecto de cuáles eran los caracteres individualizantes de estos institutos y las disposiciones legislativas que los regían. A mayor abundamiento cfse. SUSENA BARDALLO, Emilio, “Denominación Social y Contralor de Homonimia”, ob. cit. págs. 102 y ss.

6 Es importante destacar que la redacción del inciso 3ero del artículo de la LSC fue ligeramente modificada por el art. 112 de la reciente Ley N° 18.996 (Ley de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal. Ejercicio 2011). Actualmente, la nueva redacción de la referida disposición establece que: “La denominación no deberá ser igual o notoriamente semejante a la de otra sociedad preexistente”. Sin perjuicio que el análisis de esta modificación excede el objeto del presente trabajo, cabe formular las siguientes puntualizaciones preliminares con relación al nuevo texto de la disposición: i) se impone un estándar más estricto para determinar cuándo se configura la homonimia – la mera similitud de una denominación social con otras no basta para rechazar la misma; ii) en este caso el giro “notoriamente similar” refiere a que las denominaciones sociales deben mostrar una clara o evidente semejanza. No parece utilizarse el adjetivo notoriedad en el sentido utilizado en el derecho marcario, esto es, entendiéndose lo notorio como algo público o conocido por todos; iii) la indeterminación del término “notoriamente semejante”, agrega una subjetividad aún mayor al control de la existencia o no de homonimia de las denominaciones sociales; y iv) deberían ajustarse los criterios técnicos de la AIN en virtud de la modificación prevista por la nueva redacción de esta norma.

7 En lo relevante al caso concreto, el criterio 7 del Manual, dispone que: “Las circulares Nro. 1/95 y 7/95 permiten al

En particular, en cuanto a la semejanza, el manual dispone que:

“(Concepto 3) Se entiende que una denominación es semejante a otra preexistente cuando los vocablos dominantes o raíz son iguales, diferenciándose el nombre solo por la existencia de aditamentos”.

A continuación nos referiremos a los argumentos vertidos por las partes en cuanto a estos puntos:

3.1. Tesis de la parte actora

La parte actora plantea que la AIN no estaría facultada para controlar si la denominación social de una sociedad es “igual o semejante” a la de otra sociedad preexistente, haciendo eco del planteo de OLIVERA GARCÍA.

OLIVERA GARCÍA ha sostenido que – dado que, como se explicará en detalle, la similitud o semejanza son conceptos propios de la propiedad industrial, cuya determinación hace a aspectos concurrenciales – la AIN carecería de elementos de juicio suficientes para determinar la similitud entre dos denominaciones, y este control debería realizarlo la parte agraviada.⁸

En este sentido señala OLIVERA GARCÍA que “Para poder determinar la existencia o peligro de confusión en el mercado o el desplazamiento de clientela de una sociedad a otra, no basta con atender al objeto social de una y otra, sino que es completamente necesario conocer la actividad y operativa efectivamente desarrollada. La similitud o semejanza no puede ser comprendida en abstracto (...) En la medida que la AIN no conoce, ni puede conocer, la actividad u operativa realizada por las sociedades cuya denominación se comprara, ya que carece de la formación necesaria para ello y de la posibilidad de obtener esa información, resulta evidente que no puede ejercer ese control entre denominaciones sociales. Es la parte lesionada con la desviación de la clientela, o perjudicada de otro modo por la confusión en el mercado, quien deberá proteger su denominación social (...)”.⁹

A consecuencia de ello, señala la actora que las denominaciones en cuestión no sería confundibles, dado que la sociedad “LINDE’S S.A.” no desarrolla ninguna actividad, y, aun cuando la desarrollara, ello no tendría importancia puesto que el objeto social de ambas sociedades es diverso.

Asimismo, el actor plantea que no corresponde la aplicación de las circulares Nro. 1/95 y 7/95. Entiende que serían ilegales, por cuanto se apartarían de lo previsto por art. 12 de la LSC.

usuario la posibilidad de utilizar un nombre similar a otro preexistente, si se le adiciona la actividad que desarrollará en la denominación y a su vez tiene objeto exclusivo, siempre que la sociedad existente no contenga el mismo giro en el nombre”.

8 Cfse. OLIVERA GARCÍA, Ricardo, “El Control de la Homonomía en la Constitución de las Anónimas”, en *Obra Colectiva “Hacia un nuevo Derecho Comercial. Semana Académica 2012”*, Montevideo : FCU, 2012, pág 189-193

9 OLIVERA GARCÍA, Ricardo, op. cit. págs. 190 y 191.

En este sentido, se señala que conforme al art. 12 de la LSC una denominación semejante a otra anterior solo puede ser prohibida cuando induzca a confusión por desarrollar una misma actividad y tener un mismo objeto social, y que dicha situación no se verifica en la especie puesto que ambas sociedades tienen un objeto distinto.

3.2 Tesis de la parte demandada, acogida por el TCA

La parte demandada, y en definitiva el TCA desestima *in totum* los argumentos planteados por la actora.

Así, se afirma que la LSC y la normativa reglamentaria le otorgan a la AIN la facultad expresa de controlar a las sociedades anónimas respecto de la modificación de su contrato social, y que, en ese marco, “el referido cometido de control le atribuye a la AIN la discrecionalidad técnica para establecer los criterios o pautas que aplicará para determinar en los casos en que las denominaciones de las sociedades anónimas sean iguales o semejantes”.¹⁰

En suma, se sostiene que no puede objetarse la competencia de la AIN para el análisis de la sujeción legal de las denominaciones – ni los criterios técnicos que este órgano establezca en el cumplimiento de este cometido.

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el Manual de la AIN que explicita los criterios técnicos del órgano, la denominación en estudio sería “semejante” y por tanto, contravendría el art. 12 de la LSC.

No corresponde – para la demandada y el TCA - entonces adentrarse en el análisis del objeto o la actividad que ambas sociedades efectivamente desarrollan.¹¹

Finalmente, en cuanto a las circulares 1/95 y 7/95 simplemente se expresa que no corresponde su aplicación en virtud de que no se configuran los extremos previstos en las propias normas a tal fin – más nada se dice respecto de si estas se adecúan a lo previsto por el art. 12 de la LSC.

3.3 Nuestra opinión – reflexiones en torno al art. 12 de la LSC

Como queda de manifiesto en el caso en cuestión, la interpretación del criterio de “similitud” o “semejanza” previsto en el art. 12 de la LSC no es unívoca y presenta un problema de difícil solución para los operadores jurídicos que se enfrentan a la aplicación de la citada norma.

Sin perjuicio que la LSC parece afiliarse a la tesis que asimila la denominación social al nombre de la persona física – lo que apareja la imposibilidad de que existan dos denominaciones sociales semejantes, sin importar ninguna otra característica que las diferencie – el giro utilizado impone el análisis de cuestiones concurrenciales, propias del

¹⁰ “AGA S.A. con ESTADO. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. Acción de Nulidad” (Ficha No. 800/09), Sentencia Nro. 815/011 del TCA.

¹¹ En este caso parecería que la demandada y el TCA se afiliarían a una posición civilista – la cual parecería ser la mayoritaria en doctrina nacional – que asimila a la denominación social con el nombre de la persona física.

derecho de la propiedad industrial, a la hora de analizar la semejanza o confundibilidad de las denominaciones en pugna.

Al respecto, señala con acierto BUGALLO que: “este planteo pone en evidencia las dos posiciones en las que se divide la doctrina comparada al analizar la naturaleza jurídica de la denominación social. Una de las posiciones, tesis tradicional, identifica a la denominación social con el derecho civil y pretende que se regule por sus principios. La otra posición, sostiene que la denominación social es un signo distintivo, en su dimensión”.¹²

Ante esta situación, parecería que las dos tesis planteadas por las partes en el caso en cuestión resultan insuficientes para apreciar la semejanza o similitud de las denominaciones, a la luz de lo dispuesto en el art. 12 de la LSC y lo que parecería ser la *ratio legis* de la norma.

Así, por un lado, la posición del actor, al solamente considerar aspectos concurrentes, equipara el análisis de la semejanza de las denominaciones sociales al del nombre comercial, y soslaya la función identificatoria - en tanto atributo de la personalidad - de la denominación social.¹³ Por otra parte, la AIN y el TCA abogan por un análisis frío, abstracto y en base a criterios preestablecidos, que no considera la función distintiva del signo en cuestión y que tampoco toma en cuenta otros elementos ajenos a la mera comparación de las denominaciones en pugna.

Coincidimos con BUGALLO en que el equilibrio solamente se puede plasmar en la práctica analizando las circunstancias de cada caso concreto¹⁴, las cuales deberán ser consideradas en su globalidad y a la luz de una interpretación finalista del art. 12 de la LSC, que considere la naturaleza dual de la denominación social.

En consonancia con lo expuesto, no nos parece acertado que se establezca una definición única y de aplicación ineludible de “similitud”, que positive y delimite dicho concepto – máxime cuando la misma no es una interpretación auténtica y emana de una norma de menor jerarquía.

12 BUGALLO, Beatriz, ob cit. pág 288.

13 Sin perjuicio que -como bien señala OLIVERA GARCIA - es insoslayable que la utilización del giro “semejante” en el art. 12 de la LSC impone análisis que se base en cierta medida en criterios concurrentes, no parecería razonable equiparar el control de la homonimia con el de los nombres comerciales.

14 Con respecto a este punto, nos parece acertada la iniciativa de FERREIRA TAMBORINDEGUY, quien ha pugnado por la introducción del concepto de notoriedad como elemento a valorar a la hora del análisis de la semejanza de las denominaciones sociales – si bien el mismo es un concepto propio del derecho de propiedad industrial. (TAMBORINDEGUY, Héctor, “La notoriedad de la Denominación Social”, en Obra Colectiva “Dinamismo y Desafíos del Derecho Comercial. Semana Académica 2013” FCU, 2013, Montevideo). Lo anterior, por cuanto en los hechos se ha demostrado que existen situaciones en donde la adopción de una determinada denominación social no afecta la función identificatoria de la misma, pero vulnera de forma flagrante, por el mero registro, su función distintiva, y no están contempladas en el Manual de la AIN. Así, piénsese por ejemplo, en el caso de que se constituya una sociedad con la denominación “adidas S.R.L.” o “Coca Cola S.A.”. De todas maneras, al no tener nuestro país, a diferencia de otras legislaciones latinoamericanas, un registro de signos marcarios o nombres notorios o renombrados, la aplicación de este criterio en la práctica dependería de la valoración de la prueba que la parte que solicita el reconocimiento de la notoriedad de su denominación pueda aportar. Así, en la jurisprudencia podemos encontrar fallos que consagran soluciones en ambos sentidos ante situaciones similares a la presente: Cfse. el caso “KEYSTONE S.A.c/ KEYSTONE DISTRIBUTION URUGUAY S.A.” – Daños y Perjuicios, TAC 6, Sentencia N° 148/98 de 27 de julio de 1998, y el caso “TAUNUS, S.A. C. TAUNUS ARGENTINA, S.A.”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, en Sentencia de fecha 23 de mayo de 1989.

Como hace largo tiempo se sostiene en el campo de la propiedad industrial, la similitud o semejanza es un concepto teñido de subjetividad, y cuyo alcance y aplicación debe analizarse en cada caso concreto.

Al respecto, el Prof. OTAMENDI enfatiza que: “la apreciación de la confundibilidad es una cuestión difícil, y que no existe una regla matemática, clara y precisa, que sirva para determinar la posibilidad de confusión. Lo que para algunos es confundible, para otros no lo será”.¹⁵

En virtud de ello, es claro que el analizar la similitud o confundibilidad de dos denominaciones sociales en pugna exclusivamente a la luz de los criterios técnicos del Manual de la AIN, es probable que se arribe a resultados injustos que contraríen la finalidad del art. 12 de la LSC. Idéntico razonamiento es aplicable en relación con la aplicación de las excepciones previstas en las circulares Nro. 1/95 y 7/95.

4. Proyección del giro “semejante” del art. 12 de la LSC como un concepto jurídico indeterminado – valoración crítica de la sentencia

La sentencia del TCA conceptualiza a la labor de la AIN de calificación acerca de la existencia o no de semejanza entre las denominaciones en pugna como una actividad inherente a las competencias de dicho órgano, para cuyo desenvolvimiento se le atribuye una potestad discrecional.¹⁶

No obstante ello, del análisis del art. 12 de la LSC parecería que en el caso la labor del operador jurídico se trata de dar contenido para cada situación particular a un “concepto jurídico indeterminado”, y no ejercer una actividad discrecional, lo cual es ciertamente diferente.

Destaca BRITO que por concepto jurídico indeterminado debe entenderse aquel concepto jurídico: “cuya concreción se opera en la formulación de un juicio, revelador para cada situación concreta juzgada, de si se satisface o no el interés comprometido”.¹⁷

Asimismo, como expresa COMADIRA: “lo singular de estos conceptos radica en que su calificación en circunstancias concretas no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; la autoridad administrativa tiene ante él, sólo una solución justa posible”.¹⁸ A raíz de ello, se coincide a nivel doctrinario y jurisprudencial en afirmar que la precisión de su contenido siempre es una ardua tarea.

15 OTAMENDI, Jorge, “Derecho de Marcas”, 5ta Ed. Actualizada, Lexis Nexis, Abellido-Perrot, 2003, pág. 149.

16 En efecto, se consigna expresamente en la sentencia que de acuerdo a los criterios técnicos adoptados por la AIN para el control de la homonimia: “la AIN en ejercicio de su discrecionalidad, entendió que la denominación propuesta “LINDE GAS URUGUAY S.A.”, resulta semejante a la preexistente “LINDE S.S.A.”.

17 BRITO, Mariano, “Principio de Legalidad e Interés Público en el Derecho Uruguayo”, LJU, Tomo 90, Montevideo, 1985, pág. 14. Asimismo, se ha dicho que: “Cuando se habla en el derecho administrativo de conceptos jurídicos indeterminados se hace referencia a aquellas fórmulas jurídicas que regulan la actividad de la administración, sin que precisen la medida o decisión administrativa concreta, en un caso particular, pero delimitando su orientación”, SARRIA, CONSUELO, “Discrecionalidad Administrativa”, en obra colectiva “Acto Administrativo”, Ed. UNSTA, Tucumán – Argentina, 1982, pág. 118.

18 COMADIRA, Julio R, “Derecho Administrativo – Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios”, Lexis Nexis – Abeldo Perrot, 2da Ed, Buenos Aires, 2003, pág. 502 y 503.

En este caso, si bien el giro “semejante” del art. 12 de la LSC es un concepto al cual la subjetividad le es inherente, y para cuya aplicación resulta de gran dificultad poder adecuarse a parámetros objetivos, el margen de apreciación que tiene el intérprete a la hora de su interpretación y aplicación – aun cuando es ciertamente amplio – no puede ser entendido como una facultad discrecional.¹⁹

En este mismo sentido, GARCIA DE ENTERRÍA y FERNANDEZ, enfatizan que no debe confundirse el concepto de discrecionalidad con los conceptos jurídicos indeterminados, y que esta confusión ha supuesto en la historia del Derecho “un gravísimo peso”. Dicen los autores que en la discrecionalidad existe una libertad de elección entre alternativas igualmente justas y que en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados solo una solución será la justa. En efecto, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, enfatizan, es un caso de aplicación estricta de la ley, que consiste en subsumir en una categoría legal una situación real determinada.

Además, y lo que es más importante, GARCIA DE ENTERRÍA Y FERNANDEZ, señalan que: “el juez debe fiscalizar la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados al caso concreto, y formular juicios de valor acerca de si se llegó a la única solución justa que la ley permite”.²⁰

Siguiendo este orden de ideas – con el que coincidimos – entendemos que, en tanto órgano jurisdiccional el TCA debió haber indagado acerca de si la AIN ejerció correctamente el proceso de intelección para arribar a esa única solución justa admitida por el concepto jurídico indeterminado del art. 12 de la LSC (“semejante”), y si se llegó o no a la solución que debió haber sido aplicable al caso concreto.

En otras palabras, a la hora de dicho análisis el TCA debió haber ponderado los criterios de la AIN a la luz de una interpretación teleológica del art. 12 de la LSC, y determinado si los criterios técnicos de la AIN se ajustan – en el caso particular – al mandato legislativo en cuestión, todo lo cual no fue reflejado en la sentencia en análisis.

Finalmente, a nuestro entender se dejó pasar una muy valiosa oportunidad para que el TCA se pronunciara sobre la admisibilidad y ajuste del conjunto de reglas elaboradas

19 Esta es la posición, entre otros, de SAINZ MORENO. COMADIRA, explicando la posición de este autor, expresa que: “el margen de apreciación que es dable reconocer, en tales situaciones, a la autoridad administrativa, para adoptar la mejor solución, no tiene vinculación con la discrecionalidad, porque solo opera cuando no es posible demostrar cuál es la decisión que más se ajusta a la idea que el concepto expresa. No es, sostiene, un caso de libertad de opinión sino de libertad de prueba” (COMADIRA, Julio R. ob. cit. pág. 503, en referencia a SAINZ MORENO, “Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa”, Madrid 1976. Págs. 347/348. Asimismo, GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, expresan respecto del margen de apreciación que: “Tal margen no da entrada a la libre voluntad de la Administración (si tal fuese se trataría de discrecionalidad), sino un ámbito puramente cognoscitivo e interpretativo de la Ley en su aplicación a los hechos; supone reconocer la dificultad de acercarse de forma exacta a la solución justa y, todo lo más, el otorgamiento a la Administración del beneficio de la duda (GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, “Curso de Derecho Administrativo, Tomo I”, Séptima Edición, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, pág. 449 y ss.). No obstante, cabe destacar que esta posición no es admitida por todos los autores, y hay quienes entienden que no es posible afirmar que en todos los casos en los que se aplica un concepto jurídico indeterminado se impone una única solución justa. Al respecto cfse. BELTRAN DE FELIPE, “Discrecionalidad administrativa y Constitución”, Tecnos, Madrid, 1995.

20 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNANDEZ, ob. cit., pág. 447.

por la AIN para el análisis de cuestiones de homonimia, y no se puso a prueba dicho conjunto de reglas, ni explicitó el TCA las suyas propias.

.....

SENTENCIA

//Montevideo, 4 de octubre de 2011.
No. 815

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "AGA S.A. con ESTADO. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. Acción de Nulidad" (Ficha No. 800/09).

RESULTANDO:

I) Que con fecha 8/12/09 comparece el representante de la actora solicitando la anulación de la resolución dictada el 27/3/09 por la Auditoría Interna de la Nación, que desestimó el cambio de denominación de la Sociedad "AGA S.A." a "LINDE GAS URUGUAY S.A." (Art. 1º del Estatuto Social) (fs. 85 AA).

Explica que AGA es la filial en Uruguay de Linde Group, líder mundial en la producción y comercialización de gases industriales, siendo su actividad de público conocimiento tanto a nivel nacional como internacional.

Sostuvo que la resolución impugnada es ilegítima, por cuanto la AIN carece de facultades para controlar la similitud o semejanza de la denominación propuesta con la de una sociedad preexistente; conceptos propios de la propiedad industrial. En el caso es equivocado determinar una semejanza entre una denominación social y otra cuando los términos sean fonéticamente similares como pretende la AIN. La mera existencia en sus registros de una sociedad cuya denominación social incluye el vocablo "Linde", no es un criterio para desestimar el uso por la sociedad de la denominación propuesta.

Afirmó que la resolución se funda en una interpretación errónea de la norma contenida en el inciso 3º del art. 12 de la ley de sociedades comerciales (LSC) aplicable al caso. Expresó que la denominación "LINDE GAS URUGUAY S.A." no es igual ni semejante a "Linde`s S.A." en la medida que no es confundible con ésta. "LINDE GAS URUGUAY S.A." no podría inducir a confusión a la clientela de "Linde`s", la cual no desarrolla ninguna actividad. Aún cuando esta última desarrollara actividad, ésta no sería confundible con la de "LINDE GAS URUGUAY S.A.", en la medida que su objeto social es diverso. La denominación "LINDE GAS URUGUAY S.A." permite asociar la actividad de la sociedad con la actividad y las marcas de Linde Group, y no induce a confusión con "Linde`s S.A."

Alegó que la aplicación de las circulares Nos. 1/95 y 7/95 es ilegal por ser contraria a la norma del art. 12 LSC. No existe ningún elemento consagrado en el art. 12 de la LSC que permita a la reglamentación ni a la AIN exigir a una sociedad un objeto único a fin de permitirle utilizar una denominación semejante a otra preexistente. De la LSC se desprende que el objeto debe ser distinto, sin importar que sea único o no. No corresponde aplicar al caso los criterios ilegales recogidos en las circulares 1/95 y 7/95, sino el criterio recogido en el art. 12 de la LSC, cual es que una denominación semejante a otra denominación anterior sólo puede ser prohibida cuando induzca a confusión por desarrollar una misma actividad y tener un mismo objeto social. Aún atendiendo a que la norma reglamentaria no es legal, la denominación "LINDE GAS URUGUAY S.A." cumple con los criterios requeridos, puesto que la sociedad tiene objeto único y el aditamento "Gas Uruguay" indica el giro o ramo de actividad a que se dedica en forma exclusiva la sociedad y éste coincide con el único objeto social.

Agregó que Linde's es una sociedad nula, ya que tiene un objeto "ómnibus" o indeterminado, en contravención con lo exigido por la LSC (arts. 6, 79, 159.4, 240, 362, 363, 325, 365).

Por último expresó que la resolución debe ser anulada por ser contraria a derecho y producirle a su representada graves perjuicios comerciales.

II) A fs. 26-35, contesta el traslado conferido al representante del demandado. C A D E 5312.

Afirmó que por expresa disposición del art. 409 de la ley 16.060 y los arts. 1 y 2 del Decreto 335/990, la AIN respecto de las sociedades anónimas tiene el cometido de controlar la "constitución y modificación de su contrato social", lo que incluye la fiscalización de lo preceptuado por el art. 12 en cuanto a las denominaciones sociales propuestas, principalmente en lo expresado en su inciso final: "la denominación no podrá ser igual o semejante a la de otra sociedad preexistente". El referido cometido de control abroga, a la AIN discrecionalidad técnica para la fijación de los criterios o pautas a partir de las cuales se determinará los conceptos de "igualdad" o "semejanza" en la denominación de las Sociedades Anónimas.

Expresó que el art. 12 es claro y no admite otra interpretación que la que surge de su propio tenor literal. La denominación propuesta vulnera en forma evidente lo establecido en dicho artículo "in fine", así como tampoco encuadra dentro de las excepciones previstas por las Circulares de la AIN 1/95 y 7/95. La recurrente pretende la autorización de una denominación cuyo vocablo dominante o "vocablo raíz" ya es utilizado por otra sociedad preexistente, que identifica e individualiza la misma, y a la cual solo se le agregan vocablos genéricos, "aditamentos", relativos a parte del objeto social "GAS" y la ubicación geográfica de la misma "URUGUAY". No obstante los aditamentos genéricos mencionados, la evidente semejanza radica en el vocablo raíz identificatorio de la sociedad, esto es "LINDE". En mérito a la subjetividad del término "semejante" contenido en el art. 12 de la ley, las situaciones previstas en las circulares de la AIN 1/95 y 7/95 son las excepciones que se ajustan a la voluntad del legislador y el fin pretendido por la norma. El accionante procura eludir el texto legal y forzar la aplicación de las excepciones prevista en las circulares. Los esfuerzos por demostrar la inactividad de la sociedad Lin-

de's, las diferencias en los objetos sociales y hasta el origen internacional de la sociedad recurrente, devienen irrelevantes e inaplicables.

Dijo que la AIN cuenta con discrecionalidad técnica para la fijación de los criterios o pautas a partir de las cuales se determinará los conceptos de "igualdad" o "semejanza" en la denominación de las sociedades anónimas. La circular 7/95 en su numeral 7.4 establece como excepción "Los casos en que el aditamento agregado al vocablo raíz indique precisamente el giro o ramo de la actividad a que se dedicará en forma exclusiva la sociedad y éste coincida con el único objeto social. Para la aceptación de la denominación propuesta se comparará el nombre entero con la palabra raíz y el agregado del giro". La situación de autos queda evidentemente fuera de lo preceptuado por la excepción relacionada, resultando notorio el contenido diverso del objeto social.

Respecto al objeto de la sociedad "Linde's", expresó que la misma cuenta con un objeto amplio pero de ninguna manera indeterminado. La sociedad Linde's S.A. es una sociedad que fue constituida conforme a derecho, inscripta y publicada, con plazo vigente y estos datos son los únicos elementos relevantes al momento de analizar una reforma estatutaria de otra sociedad que pretende utilizar una denominación igual o semejante a la primera. En definitiva solicitó la confirmación del acto impugnado por ser acorde a derecho.

III) Abierto el juicio a prueba, sólo la produjo la actora, lo que obra certificado a fs. 48..

IV) Alegaron las partes por su orden a fs. 50-55 y 58-62V) Fue oída la Sra. Procuradora del Estado en lo Contencioso Administrativo (I) (dictamen No. 668/2010 fs. 68). Finalmente se llamó para sentencia, pasando los autos a estudio de los Sres. Ministros, quienes la acordaron y dictaron en forma legal.

CONSIDERANDO:

I) Que en la especie se han acreditado los extremos legales habilitantes requeridos por la normativa vigente (arts. 4 y 9 de la Ley 15.869), para el correcto accionamiento de la nulidad. II) En autos se procesa la nulidad de la Resolución, de fecha 27/03/2009, dictada por la Auditoría Interna de la Nación del Ministerio de Economía y Finanzas que desestimó el cambio de denominación de la Sociedad "AGA S.A." a "LINDE GAS URUGUAY S.A." -art. 1º del Estatuto Social- (fs. 85 A.A.).

La parte actora se alzó contra la volición hostilizada interponiendo los recursos de revocación y jerárquico con fecha 20/4/2009 (fs. 88 íbidem). Surge de las actuaciones administrativas allegadas a la causa que, con fecha 29/9/2009 se dictó la denegatoria expresa del último medio impugnativo (fs. 154 Ib.), notificándosele a la pretensora con fecha 9/10/2009 (fs. 157 Ib.).-

La demanda anulatoria se entabló con fecha 8/12/2009 dentro del término de caducidad previsto en el art. 9 de la Ley 15.869.-

III) Las baterías de agravios y fundamentación jurídica esbozadas por las partes emer-

gen suficientemente explicitadas en el Capítulo Resultandos, al que habrá de remitirse el Cuerpo "*brevitatis causae*".-

IV) Que, el Tribunal, compartiendo lo dictaminado por la Sra. Procuradora del Estado en lo Contencioso Administrativo Interina, desestimaré la acción de nulidad y, en consecuencia, confirmará el acto administrativo enjuiciado.-

V) En primer término, considera la Corporación que la Auditoría Interna de la Nación es competente para controlar a las Sociedades Anónimas respecto a la modificación del contrato social.-

Así el Art. 409 de LSC dispone que: "*Toda sociedad anónima quedará sometida a la fiscalización del órgano estatal de control respecto a la constitución y modificación de su contrato social, así como a su disolución anticipada, transformación, fusión, escisión y cualquier variación del capital social*".-

Por otra parte, el Art. 1° del Decreto N° 335/990, reglamentario de la referida ley dispone que: "*La Inspección General de Hacienda ejercerá las funciones del órgano estatal de control de las sociedades anónimas, previsto en la ley que se reglamenta*"

El referido cometido de control le atribuye a la AIN discrecionalidad técnica para establecer los criterios o pautas que aplicará para determinar en los casos en que las denominaciones de sociedades anónimas sean "iguales o semejantes".-

Por lo que solicitada la aprobación de la modificación de estatutos (y cambio de denominación social), **no puede objetarse la competencia de la AIN para el análisis de la sujeción legal de los nuevos propuestos, a las normas que rigen la materia, entre las que se hallan, el art. 12 de la ley 16.060**.-

VI) Tales criterios fueron expuestos en las circulares 1/95 y 7/95, plasmados también en el "Manual de procedimientos de control de denominaciones de sociedades comerciales".

En éste claramente se consigna que "*En la búsqueda y control efectuado son considerados VOCABLOS DOMINANTES O RAÍZ aquellos que identifican fundamentalmente a la sociedad y que, en definitiva, son los retenidos por el público en general. En las instancias de fiscalización, y a los efectos de las búsquedas en el programa informático, estos vocablos constituyen el elemento esencial sobre el que se realiza el cotejo de la igualdad o la semejanza del nombre.*" (Concepto 2), "*Por contrario, son identificados como vocablos genéricos o ADITAMENTOS todos aquellos términos que acompañan a la raíz y que refieren al objeto social o comercial, o a alguna característica de la Sociedad como ser, su ubicación geográfica, nivel de expansión nacional o internacional, etc. En las instancias de fiscalización, y a los efectos de la búsqueda en el sistema de computación, estos vocablos deben ser extraídos de las denominaciones propuestas por los usuarios.*" (Concepto 3), "*Se entiende que una denominación es semejante a otra preexistente cuando los vocablos dominantes son iguales, diferenciándose el nombre sólo por la existencia de aditamentos.*" (Concepto 4).

De acuerdo a tales criterios técnicos, la AIN en ejercicio de su discrecionalidad, entendió que la denominación propuesta "LINDE GAS URUGUAY S.A.", resulta semejante a la preexistente "LINDE'S S.A."

Como expresa Sesin, la discrecionalidad es *"una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho."* (Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Domingo Juan Sesin. 2ª edición, Pág. 443).-

VII) Por otra parte, según informa la Comisión Asesora en materia de denominaciones sociales en numerosas oportunidades (fs. 13/14, 53/54, 73/74, 83/84 Ib.) y constituye la motivación del acto en juicio, tampoco reúne la denominación propuesta las características para encuadrar en las excepciones previstas en las circulares Nos. 1 y 7/95, señaladas también en el Manual de procedimiento citado.-

En efecto, el criterio No. 7 del Manual, establece que *"Las circulares N° 1/95 y N° 7/95 permiten al usuario la posibilidad de utilizar un nombre similar a otro preexistente, si le adiciona la actividad que desarrollará en la denominación y a su vez tiene objeto exclusivo, siempre que la sociedad existente no contenga el mismo giro en el nombre."* Y también, que *"Al momento de estudiarse el expediente por el Sector Privado, se contemplará si se dio cumplimiento a las circulares anteriormente mencionadas, particularmente las excepciones detalladas en el Art. N° 7 de la Circular N° 1/95. Será de cargo del peticionante, la prueba de los extremos acreditantes, es decir que el usuario deberá demostrar que su giro es diferente al de la sociedad o sociedades preexistentes."*

Asimismo, una vez analizados los estatutos de la sociedad actora, surge que su objeto es más amplio que el referido al aditamento "gas" utilizado en la denominación propuesta (fs. 37 Ib.). En consecuencia, tampoco cumple con la excepción prevista.-

VIII) En segundo lugar, estima el Tribunal que, el criterio para distinguir los nombres debe desarrollarse con menor rigurosidad que el desplegado ante los signos marcarios. Porque, en principio, la denominación social no está dirigida hacia los potenciales consumidores de los productos o servicios de las empresas.-

Nótese que, no debe el órgano jurisdiccional colocarse en la situación del consumidor medio. Por el contrario, la distinción tendrá que efectuarse en base a los criterios empresariales cuya potencialidad de discernimiento es superior a la de los consumidores.-

Distinto es el caso del "nombre comercial" porque se dirige al conocimiento de terceros, en contraposición a la denominación social que, en innumerables ocasiones, es apenas distinguido por los que contratan con la compañía.-

En la doctrina vernácula, Beatriz Bugallo señala que: *"la finalidad distintiva de la denominación social se dirige a evitar errores de identificación, interesando temas tales como la seguridad respecto de quién es el obligado, mientras que en el nombre comercial tiene una finalidad distintiva a efectos de diferenciar operadores comerciales concurrentemente, es decir en el*

mercado en situación de concurrencia” (Bugallo Montaña, Beatriz; “Propiedad Intelectual”, FCU, 1ª Edición, 2006, pág. 287).-

IX) Por lo expuesto, lo prevenido en los arts. 309 y 310 de la Constitución de la República y, en concordancia con el temperamento expuesto por la Sra. Procuradora del Estado en lo Contencioso Administrativo Interina, el Tribunal

FALLA:

Desestímase la demanda anulatoria instaurada y, en su mérito, confírmase el acto administrativo impugnado. Sin sanción procesal específica.-

A los efectos fiscales fíjense los honorarios del abogado de la parte actora en la cantidad de \$22.000 (pesos uruguayos veintidós mil).-

Oportunamente, devuélvase los antecedentes administrativos agregados; y archívese.-

Dr. Monserrat (r.), Dr. Lombardi, Dr. Preza, Dr. Harriague, Dra. Sassón. Dr. Marquisio (Sec. Letrado).