



PRIMERA INSTANCIA

REVISTA JURÍDICA

Número 21, Volumen 11

Julio-diciembre

2023

EDICIÓN ESPECIAL

www.primerainstancia.com.mx

ISSN 2683-2151

DIRECCIÓN Y COMITÉ EDITORIAL DE REDACCIÓN

REVISTA PRIMERA INSTANCIA

EDITOR y DIRECTOR GENERAL

Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano

Profesor e investigador

Universidad Autónoma de Chiapas, México.

DIRECTOR HONORARIO

Dr. Hugo Carrasco Soulé

Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México.

COEDITOR GENERAL

Dr. Jaime Alfonso Cubides Cárdenas

Profesor de la Universidad Católica de Colombia.

EDITOR EN SUDAMÉRICA

Dr. Manuel Bermúdez Tapia

Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Perú.

COMITÉ EDITORIAL

Ana Carolina Greco Paes

Professora na Toledo Centro Universitário, Brasil.

Angelo Vigliani Ferraro

Director Centro de Investigación “Mediterranea International Centre for Human Rights Research, Italia.

Juan Marcelino González Garcete

Profesor de la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay.

Pamela Juliana Aguirre Castro

Profesora de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Quito, Ecuador.

Patricio Maraniello

Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

René Moreno Alfonso

Abogado. Profesor de la Universidad Republicana, sede Bogotá, Colombia.

ASESORAMIENTO CIENTÍFICO

Dra. Jania Maria Lopes Saldanha

Profesora en la Universidad Federal de Santa María, Brasil.

COORDINADORA DEL COMITÉ EDITORIAL

Neidaly Espinosa Sánchez

Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos.

REVISTA PRIMERA INSTANCIA, número 21, volumen 11, julio-diciembre de 2023, edición especial, es una revista electrónica arbitrada en español de difusión vía red de cómputo desde el 2013, resultado de investigaciones científicas originales e inéditas, difunde resultados de estudios empíricos y teóricos preferentemente del área jurídica, con la periodicidad semestral (enero-junio / julio-diciembre).

Boulevard Presa de la Angostura, número 215-12, Fraccionamiento Electricistas Las Palmas, Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, C.P. 29040, Tel. (52961) 6142659, página web: <http://www.primerainstancia.com.mx/revista-primera-instancia/>

Correo: primerainstancia@Outlook.com

Alfonso Jaime Martínez Lazcano, titular de la Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2018-061813141600-203, otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor, ISSN 2683-2151.

Las opiniones de los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación, se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados, siempre y cuando se cite la fuente completa y la dirección electrónica de la publicación.

Editorial

En esta edición de la Revista Primera Instancia, nos sumergimos en un análisis profundo de los problemas más acuciantes que enfrenta el derecho en la actualidad. Abordamos temas desde la protección de los derechos humanos hasta la gestión de recursos naturales, ofreciendo perspectivas valiosas para navegar por el complejo panorama legal del siglo XXI:

Control de convencionalidad como obligación simultánea, no subsidiaria ni complementaria, artículo de Alfonso Jaime Martínez Lazcano destaca la importancia del control de convencionalidad (CCV) como herramienta indispensable para garantizar la protección de los derechos humanos. El CCV exige que las normas nacionales se ajusten a los estándares internacionales, asegurando que los derechos fundamentales sean respetados por todos los actores jurídicos.

El principio de oralidad en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. El estudio de Hugo Carlos Carrasco Soulé López y Baden García Mendoza analiza la implementación de reformas en el sistema judicial mexicano para promover la oralidad en los procesos civiles y familiares. Estas reformas buscan simplificar y agilizar los procedimientos, haciéndolos más accesibles y garantizando una justicia más transparente y eficaz.

Estado y solidaridad, investigación de Luis Gerardo Rodríguez Lozano y Mireya García Monroy en la que exploran la evolución del sistema jurídico en relación con la protección de las prerrogativas sociales, como el derecho a la salud, la educación y la seguridad. El artículo analiza cómo el Estado ha respondido a las necesidades cambiantes de la sociedad y cómo han surgido nuevas formas de proteger a los grupos vulnerables.

Control convencional: imperativo para la protección de los derechos humanos, en este ofrece, Dulce María Romero Díaz, una clara visión del control convencional, que se centra en la revisión de las normas internas a la luz de los tratados internacionales, evaluando la aplicación efectiva de las normas y principios internacionales en la práctica.

Los recursos naturales, la seguridad y defensa nacional y el desarrollo sostenible en el Perú, de Manuel Bermúdez-Tapia en el que analiza la gestión de recursos naturales en el Perú desde la perspectiva de la seguridad nacional y el desarrollo sostenible. El artículo explora los desafíos que enfrenta el país para equilibrar la explotación de recursos con las necesidades de la población y el medio ambiente.

Derecho convencional. Lineamientos y principios que deben observarse en su aplicación en el ámbito familiar de Lorena Denis Trinidad, en este enfatiza la obligación de todas las autoridades en América Latina de respetar, promover y proteger los derechos humanos. El artículo destaca la importancia del control de convencionalidad para los operadores jurídicos, particularmente en el ámbito del derecho de familia, donde ha impulsado nuevos paradigmas en los procedimientos legales.

Más allá de la custodia tradicional: protección de la infancia y adolescencia en nuevos contextos, investigación de Merly Martínez Hernández se centra en la protección de los niños, niñas y adolescentes, el grupo más vulnerable de la sociedad. El estudio analiza los parámetros convencionales en casos de custodia familiar, establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y su adaptación a los nuevos contextos sociales y culturales.

De comerciante a empresario y de empresario a proveedor en el derecho brasileño: trayectorias del derecho privado en la calificación de agentes económicos de Augusto Tanger Jardim y Fernanda Nunes Barbosa presentan un análisis histórico-legislativo de la calificación jurídica de algunos agentes económicos importantes en el derecho brasileño, como el comerciante, el empresario y el inversor. El estudio examina cómo la calificación jurídica puede variar según el tipo de empresa y las circunstancias específicas del caso.

En conjunto, los artículos de esta edición de Primera Instancia ofrecen una visión completa de los desafíos y oportunidades que enfrenta el derecho en la actualidad. Desde la defensa de

los derechos humanos hasta la gestión responsable de los recursos naturales, estos estudios nos invitan a reflexionar sobre el papel crucial del derecho para construir un futuro más justo y sostenible.

La Revista Primera Instancia hace un llamado a todos los actores involucrados en el ámbito jurídico a trabajar juntos para enfrentar los desafíos del siglo XXI. Abogados, jueces, académicos y funcionarios públicos deben colaborar para garantizar que el derecho sea una herramienta efectiva para la protección de los derechos humanos, el desarrollo sostenible y la justicia para todos.

Nos llena de orgullo celebrar 10 años desde la publicación del primer número electrónico de Primera Instancia en el 2013, cuyo antecedente es la versión de papel desde 1995 al 2012, ha sido un referente obligado para juristas, académicos y estudiantes en México y Latinoamérica.

En estos diez años, Primera Instancia ha sido testigo y partícipe de la evolución del panorama legal. Hemos publicado artículos de destacados juristas sobre temas de vanguardia, fomentando el debate y la reflexión crítica en torno a las problemáticas jurídicas más relevantes de nuestro tiempo.

Nos sentimos profundamente agradecidos con la comunidad jurídica que nos ha acompañado en este camino. A nuestros autores, por sus valiosas contribuciones; a nuestros lectores, por su interés y constante apoyo; y a nuestro equipo editorial, por su dedicación y compromiso con la excelencia.

Primera Instancia renueva su compromiso con la innovación y la búsqueda de la excelencia. En este nuevo decenio, seguiremos trabajando para ofrecer a nuestros lectores contenidos de alta calidad, análisis profundos y herramientas prácticas que les permitan navegar con éxito en el complejo mundo del derecho.

Alfonso Jaime Martínez Lazcano

Director y editor de la Revista Primera Instancia

Diciembre, 2023.

ÍNDICE

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO OBLIGACIÓN SIMULTÁNEA, NO SUBSIDIARIA NI COMPLEMENTARIA

Alfonso Jaime Martínez Lazcano.....9

EL PRINCIPIO DE ORALIDAD EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES

Hugo Carrasco Soulé López y Baden García Mendoza.....32

ESTADO Y SOLIDARIDAD

Luis Gerardo Rodríguez Lozano y Mireya García Monroy.....55

CONTROL CONVENCIONAL: IMPERATIVO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Dulce María Romero Díaz.....72

LOS RECURSOS NATURALES, LA SEGURIDAD Y DEFENSA NACIONAL Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE EN EL PERÚ

Manuel Bermúdez Tapia.....94

**DERECHO CONVENCIONAL. LINEAMIENTOS Y PRINCIPIOS QUE DEBEN
OBSERVARSE EN SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR**

Lorena Denis Trinidad.....122

**MÁS ALLÁ DE LA CUSTODIA TRADICIONAL: PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y
ADOLESCENCIA EN NUEVOS CONTEXTOS**

Merly Martínez Hernández.....149

**DE COMERCIANTE A EMPRESARIO Y DE EMPRESARIO A PROVEEDOR EN EL
DERECHO BRASILEÑO: TRAYECTORIAS DEL DERECHO PRIVADO EN LA
CALIFICACIÓN DE AGENTES ECONÓMICOS**

Augusto Tanger Jardim y Fernanda Nunes Barbosa.....177

DE COMERCIANTE A EMPRESARIO Y DE EMPRESARIO A PROVEEDOR EN EL



DERECHO BRASILEÑO: TRAYECTORIAS DEL DERECHO PRIVADO EN LA CALIFICACIÓN DE AGENTES ECONÓMICOS¹

Augusto TANGER JARDIM*

Fernanda NUNES BARBOSA**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El ejercicio de la actividad empresarial (comercio) y el empresario (comerciante): evolución histórica.* III. *Las peculiaridades de la cuenta de sociedad: el empresario, el inversionista (empresario o no) y el papel del proveedor.* IV. *El concepto amplio de proveedor del Código Brasileño de Protección al Consumidor y su Anverso.* V. *Conclusiones.* VI. *Referencias.*

Resumen: este artículo tiene como objetivo presentar una evolución histórico-legislativa en el derecho brasileño de la calificación jurídica de algunos agentes económicos importantes, como el comerciante, el empresario, el proveedor, el inversor y el consumidor, a partir del tipo societario de las empresas denominadas Sociedades de Cuentas de Participación (SCP). Este estudio se justifica en vista de los diferentes

¹ Trabajo recibido el 30 de septiembre de 2023 y aprobado el 5 de diciembre de 2023.

* Doctor en Derecho por la Universidad Federal de Rio Grande do Sul (UFRGS). Maestría en Derecho Procesal Civil por la Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul (PUCRS). Profesor de cursos de pregrado y posgrado en la Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS). Abogado. Contacto: augusto@tjnb.adv.br.

** Doctora en Derecho Civil por la Universidad del Estado de Río de Janeiro (UERJ). Maestría en Sociedad y Estado desde una Perspectiva de Integración por la Universidad Federal de Rio Grande do Sul (UFRGS). Profesor de los Programas de Licenciatura, Maestría y Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul (PUC-RS). Abogado. Contacto: fernanda@tjnb.adv.br.

derechos y obligaciones (con sus respectivas responsabilidades) que se derivan de las distintas calificaciones, los cuales pueden variar según las circunstancias específicas del caso concreto, como se desprende de las decisiones del Tribunal Superior de Justicia (STJ). El inversionista en un SCP puede ser caracterizado a veces como un empresario y, otras veces, como un simple consumidor, lo que implicará una lista igualmente variable de derechos y responsabilidades.

Palabras clave: Agentes económicos, consumidor, evolución histórica, inversor, persona de negocios.

Abstract: this article aims to present a historical-legislative evolution in Brazilian law of the legal classification of some important economic agents, such as the merchant, the entrepreneur, the supplier, the investor and the consumer, based on the corporate type of the companies. companies called Participation Account Companies (SCP). This study is justified in view of the different rights and obligations (with their respective responsibilities) that derive from the different qualifications, which may vary according to the specific circumstances of the specific case, as can be seen from the decisions of the Superior Court of Justice (STJ). The investor in an SCP may sometimes be characterized as an entrepreneur and at other times as a simple consumer, which will imply an equally variable list of rights and responsibilities.

Keywords: Economic agents, consumer, historical evolution, investor, businessperson.

I. INTRODUCCIÓN

Al inicio de las grandes codificaciones modernas, el derecho civil tenía la tarea de garantizar, a la actividad privada, y especialmente a los individuos, la estabilidad proporcionada por reglas prácticamente inmutables.² La función del derecho privado era mantener la seguridad, el orden y la unidad del sistema, que tenía su centro en el Código Civil, y en las Declaraciones de Derechos Políticos y textos constitucionales únicamente cartas de intención.³ Esta realidad, modificada por acontecimientos en el campo político,

² TEPEDINO, Gustavo, “Premisas Metodológicas para la Constitucionalización del Derecho Civil”, en TEPEDINO, Gustavo (Coord.), *Temas de Derecho Civil*, Renovar, Río de Janeiro, 2001, p. 3.

³ TEPEDINO, Gustavo, “El Código Civil, los llamados microsistemas y la Constitución: premisas para la reforma legislativa”, en TEPEDINO, Gustavo (Coord.), *Problemas del derecho civil constitucional*, Renovar, Río de Janeiro, 2000, p. 1.

social y económico (especialmente debido a las dos guerras mundiales que afectaron gravemente a Europa y luego al mundo), acabó trayendo al discurso jurídico una inseguridad,⁴ que hoy no falta aquellos que señalan junto al derecho oficial una “ley de la vida cotidiana”, que rige las conductas más comunes⁵.

Sí, por un lado, un cierto grado de inseguridad es inherente a un derecho inserto en un mundo plural, y en el que una lista sustantiva de derechos fundamentales pasó a ser reconocida en las constituciones nacionales,⁶ debe evitarse la omisión de la Ley que prolongue estados de inestabilidad alarmantes e incertidumbre. En este sentido, el concepto (y su precisión) funcionan como un importante mecanismo de seguridad tanto en el *common law*, sirviendo de parámetro para la aplicación de un precedentes, como en los países del llamado *civil law*, sin imponer su rigidez. El concepto puede servir como parámetro para resolver casos similares, y no debe ser un obstáculo para la entender el caso específico. Debe servir a este propósito, siendo consciente de las estrechas conexiones entre técnicas e ideologías, conceptos e intereses, derecho y política. Esto significa, siguiendo a Perlingieri,⁷ que:

El jurista debe, por tanto, dedicar la atención adecuada a los principios de relevancia normativa hoy, la razonabilidad y adecuación de los contenidos normativos a cada hecho, sin necesariamente redimensionar el papel de las formas, técnicas, conceptos o lenguajes representativos.

Por tanto, el concepto no debe entenderse desde una perspectiva estática. En las ciencias jurídicas todavía hoy se discuten conceptos como propiedad, contrato, capacidad y familia. En la misma medida que se resalta la importancia del concepto, se fomenta su problematización, como reflejo de una comprensión cultural de una ciencia que es, ante

⁴ Sobre la inseguridad y la inestabilidad de este nuevo mundo, que avanzaba lentamente “all' *sterno* del codice [civil]”. Véase: Natalino Irti en el clásico *L'Età della decodezione*. (IRTI, Natalino, “L'Età della decodezione. Doctrinas, obligaciones y contratos esenciales”, *RT OnLine*, junio de 2011, vol. 1, p. 405, DTR\2012\1191). A pesar de las numerosas críticas dirigidas a las conclusiones de Irti, el análisis realizado en los años 1970 sobre esta ruptura del orden moderno en el derecho es siempre recordado por la doctrina civilista.

⁵ HESPANHA, António Manuel, *El caleidoscopio del derecho : derecho y justicia hoy y en el mundo de hoy*, 2da ed., Almeida, Coímbra, 2009, p. 67.

⁶ Véase: en el derecho brasileño, la lista de derechos y garantías fundamentales del artículo 5 de la Constitución Federal de 1988, que señala en su fracción XXXII: “el Estado promoverá, conforme a la ley, la protección de los consumidores”

⁷ PERLINGIERI, Pietro, *El derecho civil en la legalidad constitucional*, Trad. María Cristina De Cicco, Renovar, Río de Janeiro, 2008, p. 134.

todo, aplicada y que tiene como valor fuente a la persona humana (en todas las circunstancias), incluso ante situaciones jurídicas de marcado carácter patrimonial.

Por lo tanto, este artículo tiene como objetivo analizar la evolución de los conceptos de comerciante, empresario y proveedor en el derecho brasileño, a partir de las fuentes normativas del Código de Comercio brasileño de 1850, el Código Civil de 2002 y el Código de Protección al Consumidor de 1990, usaremos el ejemplo de las SCP (Sociedades de Cuentas de Participación), un “tipo de negocio”⁸ que, curiosamente, involucra la figura del inversor, un agente económico que en ocasiones puede acercarse incluso más a la figura de un consumidor que a la de inversor, empresario y que, como se verá a continuación, por regla general no encajará en el concepto de proveedor.⁹

II. EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL (COMERCIO) Y EL EMPRESARIO (COMERCIANTE): EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Durante mucho tiempo, la doctrina y la legislación han buscado encontrar una respuesta adecuada para identificar cuándo se realiza un acto jurídico que constituye comercio y cuándo un acto reivindica la incidencia del derecho mercantil/empresarial.

Las respuestas varían según el tiempo y el lugar (en particular, para la formación del derecho empresarial brasileño, en Francia e Italia). En este contexto, se desarrollaron teorías que ubicaban la aplicación del derecho comercial en tres ámbitos: el sujeto que realiza el acto (comerciante, definido como el sujeto perteneciente a un gremio o corporación mercantil), el objetivo (que define la ejecución del derecho mercantil, es decir, el acto de comercio), y la actividad que se realiza (centrado en la figura de la empresa, siendo el empresario quien realiza la empresa).¹⁰

⁸ Como lo señala claramente la votación principal del Recurso Especial nº 1.943.045/DF, Ministra Relatora Nancy Andrichi, hay autores que refieren que se trata, en realidad, de empresas en una cuenta de participación, no de una empresa en sí misma, sino de un *contrato especial de inversión*, que el presunto socio (generalmente un empresario individual o una empresa) realiza con los socios participantes (pueden ser empresarios o no), con el fin de desarrollar un negocio específico. (SANTA CRUZ, André, *Direito Empresarial*, 2. ed, 2. tir., JusPodivm, Salvador, 2019, pp. 158-160). BRASIL, STJ. Responder. 1.943.845/DF. Rel. Min. Nancy Andrichi, Tercer Panel. J. 22.02.2022, DJe de 31.03.2022.

⁹ En este sentido, fue decisión del Tribunal Superior de Justicia en el citado Recurso Especial Nº 1.943.845/DF, Ministra Relatora Nancy Andrichi, jueza el 22/02/2022, quien reafirmó en su voto que: “la CDC puede ser utilizada para apoyar específicamente al inversor ocasional (la figura del inversor consumidor), no abarcando, por tanto, dentro de su ámbito de protección a quien realice una actividad inversora de forma reiterada y profesional”. BRASIL. STJ. Responder. 1.943.845/DF. Rel. Min. Nancy Andrichi, Tercer Panel. J. 22.02.2022, DJe de 31.03.2022.

¹⁰ Se recomienda el abordaje presentado en: FORGIONI, Paula A., *A Evolucion do Direito Comercial Brasileiro . De lo mercantil al mercado*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

El derecho brasileño no fue indiferente a estas transformaciones conceptuales que repercuten hasta el día de hoy en forma de malentendidos sobre el tema y, en particular, en el desconocimiento sobre la superación de ciertos conceptos (que, hay que decirlo, permanecen en proceso de cambio).

Así, por ejemplo, el Código de Comercio de 1850 (Ley n° 556), cuya vigencia sólo fue eliminada por el Código Civil de 2002, disponía, en su art. 9º, que se presumía el “ejercicio efectivo del comercio” a las personas con capacidad para comerciar (descritas en su artículo 1º) que estuvieran autorizadas (por el Tribunal de Comercio) a registrar su inscripción ante la Junta de Comercio (art. 6º). El contenido subjetivo de la definición de comercio es claro: quienes son comerciantes practican el comercio.

Sin embargo, en el mismo Código de Comercio ya había indicios de la idea de que la definición de comercio no está sólo en el sujeto, sino también en el acto realizado.¹¹ Tomando por ejemplo el contrato mercantil de compraventa, art. 191, segunda parte, del Código de Comercio disponía que:

Sólo se considera mercantil la compra y venta de efectos muebles o fijos, para revenderlos al por mayor o al por menor, en el mismo tipo o fabricados, o para alquilar su uso; La clase de las primeras comprende las monedas y billetes metálicos, los títulos de fondos públicos, las acciones de empresas y los títulos de crédito comercial, siempre que en dichas transacciones el comprador o vendedor sea un comerciante.

Por lo tanto, el Código de Comercio estableció que el sujeto comerciante es una condición necesaria para que el acto sea considerado comercial. Sin embargo, también definió claramente las características del acto en sí mismo.

La figura del comerciante como condición para caracterizar el acto comercial también fue revisada con el tiempo. Interpretando la compraventa mercantil al amparo del Código de Comercio (art. 191) y de la legislación anterior al Código Civil de 2002, Fran Martins¹² indicó que la mercantilidad del contrato estaba “vinculada a la actividad

¹¹Al respecto, Cassio Machado Cavalli señala que Brasil habría seguido el mismo camino que los países que, a lo largo del siglo XIX, “siguieron el ejemplo de la codificación francesa, promulgando sus Códigos de Comercio, en los que la teoría de los actos de comercio fue adoptado de inspiración francesa”. CAVALLI, Cassio Machado, *El derecho de sociedades en el nuevo código civil*, Revista dos Tribunais, octubre/2004, v. 828, pp. 43–78.

¹² MARTÍN, Fran, *Contratos y obligaciones mercantiles*, 15ª ed., Forense, Río de Janeiro, 2000, p. 111.

profesional del comprador o del vendedor”, concluyendo que “Sólo será mercantil la compra y venta que realice el comerciante en el ejercicio de su profesión”.

Como se desprende de este ejemplo, incluso antes de la definición actual de empresa y empresario, la práctica de actos y transacciones jurídicas para ser considerados comerciales ya requería de un análisis más integral que involucraba el contexto (ejercicio de la profesión) de quienes los practican y de cómo se practican.

Buscando dilucidar el problema, el Código Civil de 2002, incorporando en su texto la disciplina comercial/empresarial y derogando casi en su totalidad el Código de Comercio de 1850, destacó la figura del empresario en detrimento del comerciante y, más importante, esto destacó la relevancia de realizar la actividad en relación con el registro de su agente ante los órganos burocráticos.¹³ El texto fue positivo en su art. 966 de la siguiente manera:

Art. 966. Se considera empresario a quien profesionalmente realiza una actividad económica organizada para la producción o circulación de bienes o servicios.

Párrafo único. No se considera empresario quien ejerce una profesión intelectual, de carácter científico, literario o artístico, incluso con la ayuda de asistentes o colaboradores, salvo que el ejercicio de la profesión constituya un elemento de empresa.

Esta disposición del Código Civil presenta varios elementos que no pueden ignorarse para encontrar la respuesta para quien sea empresario o realice actividades empresariales.

En primer lugar, es importante destacar que el comercio antiguo ya no se caracteriza predominantemente por el sujeto o un acto aislado, sino que pasa a entenderse como una actividad. Respecto a la actividad de esta empresa, Raquel Sztajn explica¹⁴ que “La noción de actividad comprende una serie de actos, ya sean jurídicos o materiales, hechos de hecho, que forman parte de una cadena o se encadenan entre sí para conseguir el resultado deseado”. Añade que la noción de universalidad es útil para analizar el

¹³ A pesar de la obligación impuesta al empresario (persona física o jurídica) de estar inscrito “en el Registro Público de Sociedades Comerciales de la respectiva sede, antes de iniciar su actividad” (art. 967 del CC/02), el Código Civil reconoce la posibilidad no sólo del ejercicio de la actividad empresarial sin registro previo (“de facto”) sino también la posibilidad de sociedades mercantiles sin registro (sociedades comunes y aquellas en cuentas de participación).

¹⁴ SZTAJN, Raquel, *Teoría jurídica de la empresa*, 2do anuncio, Atlas, São Paulo, 2010, p. 76.

significado de esta actividad , en la medida en que “la unidad de los actos surge de que son funcionalmente necesarios para lograr el fin pretendido”. En efecto, según Tullio Ascarelli,¹⁵ a la luz del derecho italiano (en el que se inspiró a este respecto el Código Civil de 2002), la actividad empresarial “debe valorarse de forma autónoma, es decir, independientemente de la valoración de los actos singulares considerados individualmente”. Por tanto, para que se realice la actividad empresarial es necesario que los actos realizados estén orientados al ejercicio de una empresa, no se considera que un acto aislado sea suficiente para su caracterización.

Así, “el empresario es el agente (persona, por tanto) que realiza la actividad mediante la organización de los factores de producción” siendo la actividad “el conjunto de actos que realiza el empresario para lograr un fin determinado”.¹⁶

Además de la realización de la empresa como actividad empresarial, el art. 966 del CC/02 indica que para que una determinada actividad sea considerada actividad empresarial, es necesario , acumulativamente, que se realice de determinada manera para cumplir con un determinado fin.

En cuanto al método, requiere que la actividad se realice de forma profesional y organizada. La comprensión del profesionalismo está asociada con la idea de que aquellos que no realizan actos económicos, aunque pretendan obtener ganancias, no están involucrados habitualmente en actividades empresariales. Esto se debe a que, como señala Raquel Sztajn,¹⁷ “la actividad económica empresarial es una actividad especial, porque implica producir para los mercados de forma continua, no esporádica o episódica”. Vinícius José Marques Gontijo¹⁸ añade que “ Un profesional es, por tanto, aquel que, en nombre propio, establece y realiza una actividad con la intención de obtener condiciones para mantenerse y desarrollarse en el ejercicio de la propia actividad” lo cual “debe producirse”, regularmente, la profesionalidad no se caracteriza por el ejercicio esporádico y ocasional de la actividad”. La organización requerida como forma de realizar la actividad empresarial distingue al empresario, ya que es él quien, asumiendo el papel rector de la empresa, “organiza y lleva a cabo la empresa, lo que se caracteriza,

¹⁵ ASCARELLI, Tulio, “El emprendedor”, trad. Fábio KONDER COMPARATO, *Revista de Derecho Comercial*, enero-marzo de 1998, no. 109, a. XXXVI, p. 184.

¹⁶ CAVALLI, Casio Machado, “El derecho de sociedades en el nuevo código civil”, *Revista Tribunales*, octubre/2004, v. 828, pp. 43 – 78.

¹⁷ SZTAJN, Raquel, *Teoría jurídica de la empresa*, 2do anuncio, Atlas, São Paulo, 2010, p. 98.

¹⁸ VINÍCIUS José Marques Gontijo, “El empresario en el código civil brasileño”, *Revista Tribunales*, . enero/2005, v. 831, pp. 147–161.

precisamente por ello, como un tipo especial” de actividad económica organizada, para la producción o circulación de bienes y servicios”.¹⁹

En cuanto al objeto, la actividad de la empresa debe tener como objetivo la explotación económica, mediante la producción o circulación de bienes o servicios. El objetivo de la empresa, al realizar actividades económicas es obtener beneficios. Sin embargo, es importante mencionar que existen actores económicos que realizan actividades empresariales con el objetivo de obtener beneficios, así como actores económicos que, sin realizar actividades empresariales, pero utilizando sus activos, también tienen como objetivo obtener beneficios. Así, por ejemplo, se diferencia a un empresario de un inversor. El inversor busca beneficios sin realizar actividad empresarial, ni siquiera a través de ella (como ocurre en el mercado de valores), basándose en la aportación de sus propios recursos. El empresario persigue el beneficio mediante la actividad empresarial (profesional, organizada, habitual) realizada por él y dirigida al mercado, utilizando recursos propios o de terceros (generalmente socios o accionistas). Otro aspecto relevante para la configuración de la explotación económica típica de las actividades empresariales es su orientación al mercado ²⁰. Esta necesidad de que la actividad esté orientada al mercado aleja de la naturaleza empresarial la circulación de bienes o servicios realizados de forma aislada (mero negocio), así como aquellos actos realizados en beneficio propio.

Sin embargo, como bien advierte Cassio Cavalli,²¹ la interpretación de los elementos que aporta el art. 966 del Código Civil debe tener en cuenta criterios adicionales, ya que la lectura literal de la disposición “ termina por abarcar prácticamente todos los tipos de actividad económica, incluidas las no comerciales” .

Además, es importante resaltar que para el reconocimiento de la práctica de actos empresariales no basta con que concurren uno o algunos de los elementos de la sociedad, sino que deben estar cubiertos todos.

¹⁹ WARDE JR., Walfrido Jorge, “Teoría general de la empresa” en CARVALHOSA, Modesto (Coord.) *Tratado de derecho empresarial*, v. 1, 2ª Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018, p. 144.

²⁰ En este sentido, Vinícius José Marques Gontijo es categórico al afirmar que “Naturalmente, la actividad de producción o circulación de bienes o servicios, que caracteriza al empresario, debe estar orientada al mercado”. GONTIJO, Vinícius José Marques, “El empresario en el sector civil código brasileño”, *Revista dos Tribunais* , enero/2005, v. 831, pp. 147–161.

²¹ CAVALLI, Casio Machado, “El derecho de sociedades en el nuevo código civil”, *Revista Tribunaes*, octubre/2004, v. 828, pp. 43–78.

III. LAS PECULIARIDADES DE LA CUENTA DE SOCIEDAD: EL EMPRESARIO, EL INVERSIONISTA (EMPRESARIO O NO) Y EL PAPEL DEL PROVEEDOR

La actividad empresarial puede realizarse de forma individual, por un empresario, o de forma colectiva, mediante la constitución de una empresa. Walfrido Jorge Warde hijo²² señala que el empresario es una persona natural o jurídica, en la medida en que “se organiza para realizar el negocio ya sea individualmente o a través de una sociedad mercantil, constituida bajo alguna de las formas previstas por la ley corporativa”. En la legislación brasileña, además de las sociedades comerciales en las que varios socios realizan actividades comerciales, se permiten otros tipos de organizaciones corporativas en las que algunos socios realizan actividades comerciales y otros no.

Las empresas pueden aunar diferentes intereses entre socios/accionistas. Es posible que se incorporen a una sociedad empresarial individuos que nunca realizarán ningún acto empresarial, buscando en la sociedad sólo el beneficio proporcional a la inversión realizada. Este escenario es compatible con la mayoría de los tipos corporativos y es necesario en determinadas empresas, como la Sociedad de Cuentas de Participación.

La Sociedad de Cuentas de Participación representa un tipo de sociedad que no tiene personalidad jurídica propia (no personificada), y para su ejercicio no es necesario inscribir sus actos constitutivos ante la Junta Comercial.

El Código Civil no presenta una definición clara de Sociedades de Cuentas de Participación,²³ dejando este papel a la doctrina. Por definición, “existe sociedad cuando dos o más personas se reúnen, sin razón social, para buscar un beneficio común en una o más operaciones económicas específicas, actuando una, algunas o todas en su nombre individual, como agente económico, en la realización del objeto ajustado”.²⁴ En una

²² WARDE JR., Walfrido Jorge, “Teoría general de la empresa”, en CARVALHOSA, Modesto (Coord.) *Tratado de derecho empresarial*, v. 1, 2ª Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018, p. 144.

²³ El Código de Comercio de 1850 (Ley nº 556, de 25 de junio de 1850), derogado en casi su totalidad por el Código Civil vigente, definía la Sociedad como cuenta en participación: Art. 325 - Cuando dos o más personas, al menos un comerciante, se reúnen, sin razón social, con fines de lucro común, en una o más operaciones comerciales determinadas, trabajando una, algunas o todas, en su nombre individual para el objeto social, la asociación toma el nombre de sociedad en cuenta de participación, accidental, momentáneo o anónimo; esta sociedad no está sujeta a las formalidades prescritas para la constitución de otras sociedades, y puede ser probada por todo tipo de pruebas admitidas en los contratos mercantiles (artículo nº 122).

²⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo Assis; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo y Novaes, “Sociedades individuales de responsabilidad limitada y sociedades”, en: CARVALHOSA, Modesto (Coord.), *Tratado de derecho empresarial*, V. 2, 2ª Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018, p. 251.

definición precisa, SPINELLI, SCALZILLI y TELLECHEA señalan²⁵ que “en términos generales, una sociedad de participación es una sociedad en la que una o más personas aportan recursos a un empresario, quien los empleará en determinados negocios, con el objetivo de, al menos al mismo tiempo, al final del plazo estipulado o al finalizar el proyecto, compartir los resultados obtenidos”.

Desde un punto de vista práctico, la Sociedad de Cuentas de Participación se presenta como un medio para que una persona (asumiendo la posición de socio ostensible) pueda captar recursos con los que no cuenta para realizar actividades empresariales²⁶ sin recurrir a agentes de crédito (cuyo costo operativo podría hacer inviable la sociedad), sino constituir una sociedad con un inversor (que asume la posición de socio partícipe). De esta forma, la sociedad permite económicamente al presunto socio realizar la sociedad libremente (en la medida en que los actos mercantiles sean de su exclusiva responsabilidad) mediante patrimonio especial formado con aportes de terceros (socio partícipe), que por tanto no será considerado como empresario (art. 966 del CC). La contraprestación requerida, como ya se indicó, surge de la división de la ganancia obtenida de la actividad realizada con el socio partícipe (inversor). Cabe señalar que también parece ser derecho del socio partícipe supervisar la gestión de la empresa social realizada por el accionista, de conformidad con el párrafo único del art. 993 del Código Civil. Respecto al derecho de supervisión, Gladston Mamede señala²⁷ que es “inherente a la empresa en términos de participación, independientemente de las disposiciones contractuales; surge del otorgamiento de poderes (mandato) que está implícito en la actuación de quien ocupa el cargo ostensible”.

Como se ve en sus definiciones, una de las principales peculiaridades de las Sociedades de Cuentas de Participación se refiere a la distinción de roles entre sus socios. Este tipo societario estará compuesto por dos tipos de socios. Habrá al menos un socio ostensible que ejercerá exclusivamente el objeto social “ en su nombre individual y bajo su propia y exclusiva responsabilidad, participando los demás en los resultados

²⁵ SPINELLI, Luis Felipe; SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo, *Empresa en cuenta de participación*, 2ª ed., Almedina, São Paulo, 2023, p. 34.

²⁶ Esta función es reconocida por Arnoldo Wald cuando atribuye a la Sociedad en Cuenta de Participación el estatus de “ instrumento moderno para captar recursos financieros para el desarrollo económico”. WALD, Arnoldo, “Actualidad de la sociedad en Cuenta de Participación bajo nueva estructura”, *Revista de Direito Empresarial*, enero – febrero de 2016, v. 13, pp. 71–78.

²⁷ MAMEDE, Gladston, *Derecho Corporativo (Derecho Empresarial Brasileño)*, Grupo GEN, São Paulo, 2022, pp. parte general digital, cap. 1, punto 5.1.

MAMEDE, Gladston, *Derecho Corporativo (Derecho Empresarial Brasileño)*, Grupo GEN, São Paulo, 2022. <https://tinyurl.com/nh68mbez>

correspondientes” (art. 991 del CC/02), y que ser el socio comercial, y al menos un socio participante (conocido informalmente como “socio oculto” debido al carácter anónimo empleado por el Código de Comercio de 1850) que está obligado a contribuir (solo o conjuntamente con otros participantes o el ostensible socio) hasta la formación de patrimonios especiales (cuya especialización sólo tiene efectos respecto de los socios) que viabilizarán la empresa social (art. 994 del CC/02). Expresado objetivamente, el socio aparente es responsable de realizar la actividad empresarial,²⁸ asumiendo la responsabilidad frente a terceros (a menudo consumidores, como se reconoce en los términos de los artículos 2, 17 y 29 del CDC brasileño), mientras que el socio participante actúa simplemente como inversor en esta empresa, asumiendo responsabilidades únicamente frente al socio aparente (definido en el contrato social y generalmente vinculado a la formación del patrimonio de la empresa), quien, por regla general (para hacer viable el negocio), tendrá el patrimonio especial vinculado a su nombre. Cabe señalar que en esta sociedad la división de roles entre los socios es de suma importancia y el socio partícipe tiene prohibido “intervenir en las relaciones del presunto socio con terceros, so pena de ser solidariamente responsable con este por las obligaciones en que interviene” (art. 993, párrafo único, de la CC/02). En tales casos tendremos la posibilidad de que el socio silencioso (inversor) sea considerado proveedor, como veremos más adelante. Un dato relevante para el socio oculto es que las ganancias que surgen de esta sociedad se distribuyen de acuerdo a lo acordado entre los socios.

Además de las peculiaridades que involucran a los socios, la Sociedad de Cuentas de Participación tiene sus propias características. Señalan SPINELLI, SCALZILLI y TELLECHEA como características llamativas de este tipo corporativo: informalidad, dinamismo, flexibilidad, bajos costos operativos, discreción, limitación de riesgos.²⁹ Tales características se materializan, por ejemplo, en la falta de registros de actos constitutivos y la consecuente ausencia de personalidad jurídica propia; en la obtención de apoyo financiero sin costo directo para el empleo en cualquier actividad comercial legal (aparentemente) prevista en el contrato; en la posibilidad de que el presunto socio

²⁸ En el mismo sentido: “ Quien realiza el comercio es el socio ostensible, utilizando su propia razón social, en su establecimiento, siendo directa y única responsable de los negocios que celebre con terceros con fines sociales”. GONÇALVES NETO, Alfredo Assis; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo y Novaes, “Sociedad de responsabilidad limitada individual y sociedades”, en CARVALHOSA, Modesto (Coord.), *Tratado de derecho empresarial*, V. 2 , 2ª Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018 , p. 252.

²⁹ SPINELLI, Luis Felipe; SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo, *Empresa en cuenta de participación*, 2ª ed., Almedina, São Paulo, 2023, p. 36.

actúe en nombre propio sin que terceros conozcan quién es el inversionista que viabiliza el negocio, quitándole en consecuencia su responsabilidad frente a ellos.

Cabe señalar que el conocimiento por parte del tercero de quién es el socio partícipe no afecta, como ocurría bajo el Código de Comercio de 1850,³⁰ la relación con la empresa,³¹ no desvirtúa la cuenta de participación.³² La circunstancia que de algún modo pueda afectar la posición del socio partícipe en la Sociedad de Cuentas de Participación se trata en la segunda parte del párrafo único del art. 993 del Código Civil: “el socio partícipe no puede tomar parte en las relaciones del socio aparente con terceros, so pena de ser solidariamente responsable de las obligaciones en que interviene”. El texto legal determina claramente que el socio partícipe no puede realizar el objeto social (actividad empresarial determinada en el contrato), y no que éste no pueda ser conocido por un tercero. Además, la misma disposición tampoco deja lugar a dudas sobre el efecto de cualquier práctica empresarial del socio participante (cabe señalar que las Sociedades de Cuentas de Participación comúnmente están formadas por empresas, tanto como ostensibles como partícipes): “responder solidariamente con él por las obligaciones en que interviene”. Por lo tanto, cualquier actuación del socio participante en actos propios del socio aparente no afecta las relaciones existentes en la sociedad, sino que sólo atribuye responsabilidad solidaria entre el participante y el socio aparente respecto del acto realizado frente a un tercero, que puede constituir un consumidor, relación, que traerá la aplicación de todas las normas de protección al consumidor, especialmente el CDC (Código de Protección al Consumidor, Ley nº 8.078/90).

Específicamente respecto de la formación del patrimonio de la Sociedad en una Cuenta de Participación, es importante mencionar que el aporte de los socios (recordando que el socio ostensible también puede aportar al patrimonio) puede realizarse en forma de dinero u otros bienes que sean sujeto a evaluación, no existiendo restricción, incluso legal, “de que tal aporte surta efecto con el otorgamiento de derechos de uso o goce, en

³⁰ En palabras de Arnoldo Wald: “En este aspecto, cabe señalar que el régimen jurídico del Código Civil de 2002 modificó el anterior, que preveía el alcance de las relaciones exteriores con terceros que tuvieran conocimiento de su existencia, según lo dispuesto para en los artes. 327 y 328 de la CCo”. WALD, Arnoldo, “Actualidad de la empresa en cuenta de participación bajo nueva estructura”, *Revista de Direito Empresarial*, ene – feb, 2016, v. 13, pp. 71–78.

³¹ Por SPINELLI; SCALZILLI; TELLECHEA: “La condición de participante no cambia aunque terceros conozcan la existencia de la cuenta de participación o tengan conocimiento de su condición de socio. Estos hechos por sí solos no desnaturalizan la sociedad, quedando el socio oculto sin responsabilidad externa”. SPINELLI, Luis Felipe; SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo, *Sociedade em conta de participação*, 2ªed., Almedina, São Paulo, 2023, p. 115.

³² SPINELLI, Luis Felipe; SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo, *Empresa en cuenta de participación*, 2ª ed., Almedina, São Paulo, 2023, p. 39.

usufructo o préstamo, con mantenimiento del dominio a nombre del participante”.³³ Arnoldo Wald agrega que “generalmente la participación en la empresa resulta de una inversión o de una transferencia directa o indirecta de derechos, pero también puede justificarse, especialmente en negocios complejos, por la posición jurídica o por el interés que el partícipe tiene en otro contrato que integra la operación”.³⁴ De conformidad con el art. 994 del Código Civil, las aportaciones de los socios constituirán bienes especiales que serán “objeto de la cuenta de participación relativa a los negocios de la sociedad”. El párrafo 1 del citado artículo aclara que este activo especial sólo produce efectos ante los socios. Esto se debe a que, al no tener personalidad jurídica, la Sociedad de Cuentas de Participación no puede ser titular de los aportes de los socios. Por lo general, los aportes del socio partícipe se transfieren al socio aparente para que éste pueda, a través de los bienes que forman parte del patrimonio especial, ejercer el objeto social. Sin embargo, no existe ninguna prohibición legal de que los bienes que forman el patrimonio especial permanezcan bajo propiedad del socio partícipe, hipótesis que requeriría el otorgamiento de facultades de disposición al socio ostensible sobre los mismos.

IV. EL CONCEPTO AMPLIO DE PROVEEDOR DEL CÓDIGO BRASILEÑO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y SU ANVERSO

En del Código de Protección al Consumidor brasileño (Ley 8.078/90), se considera proveedor a “toda persona física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, así como las entidades despersonalizadas, que realicen producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, exportación, distribución o comercialización de productos o prestación de servicios”. Se puede observar que la intención del legislador era dejar el papel abierto a todos los que suministran productos y servicios en el mercado de consumo nacional, y resulta irrelevante preguntarse, en principio, bajo qué circunstancias esto ocurre (lo que sólo resulta relevante en casos de daños causados a los consumidores en caso de accidente de consumo, artículos 12 y 14 del CDC, así como por el derecho de devolución).³⁵ A continuación, la CDC define producto y servicio, respectivamente, como: “§ 1º Producto es cualquier bien, mueble o inmueble, material o

³³ GONÇALVES NETO, Alfredo Assis; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo y Novaes, “Sociedades individuales de responsabilidad limitada y sociedades”, en CARVALHOSA, Modesto (Coord.), *Tratado de derecho empresarial*, v. 2, 2.ª Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018, pp. 250-251.

³⁴ WALD, Arnoldo, “Actualidad de la empresa en cuenta de participación bajo nueva estructura”, *Revista de Derecho Empresarial*, enero – febrero de 2016, v. 13, pp. 71–78.

³⁵ GRINOVER, Ada Pelegrini, *Código de Protección al Consumidor; comentado por los autores del proyecto*, 6to. ed., Universitária Forense, Río de Janeiro, 1999. p. 40.

inmaterial”. Y: “§ 2º Servicio es toda actividad prestada en el mercado de consumo, a cambio de una remuneración,³⁶ incluidas las de carácter bancario, financiero, crediticio y de seguros, excepto las que surjan de relaciones laborales”. Sector que contribuyó a la feroz disputa sobre la incidencia o no de reglas consumistas fuera de los contratos bancarios. Respecto a dichos servicios, cabe mencionar el pronunciamiento del sumario 297 del Tribunal Superior de Justicia, publicado en 2004, que señala: “el Código de Protección al Consumidor es aplicable a las instituciones financieras”.

Nótese que el concepto de proveedor es más amplio que el de comerciante e incluso el de empresario (art. 966 del CC). Esto se debe a que la ley en la que se inserta este agente económico tiene como base la más amplia protección y defensa de un agente económico especial,³⁷ el consumidor, cuyo concepto también está descrito en la Ley y que encuentra una larga trayectoria de delimitación en la jurisprudencia brasileña desde el reconocimiento de dos teorías: la teoría maximalista del concepto de consumidor y la teoría finalista del concepto de consumidor.

De hecho, definir quiénes son los actores de la relación de consumo y su objeto no son cuestiones que puedan resolverse fácilmente en muchos casos. En relación con los consumidores, la vulnerabilidad es el principal elemento que les permite calificarse, indicando su fragilidad en el mercado de consumo (art. 4, I, del CDC).³⁸ Esta vulnerabilidad se presume por ley de manera absoluta en el caso de un consumidor individual (vulnerabilidad en abstracto), y necesita, por el contrario, ser probada en el caso de un consumidor legal (vulnerabilidad en concreto). En la legislación brasileña, es claro que el concepto de vulnerabilidad expresa una circunstancia de carácter material, mientras que la hiposuficiencia, también presente en la CDC, dado el contenido del art. 6º, VIII, denota aspectos procesales, al otorgar al juez la posibilidad de invertir la carga de la prueba cuando “la alegación sea creíble o cuando él [el consumidor] sea hiposuficiente, según las reglas ordinarias de la experiencia”.

³⁶ Cabe señalar que la expresión “remuneración” indica cualquier forma de ganancia directa o indirecta para el proveedor. Partiendo de la premisa de que nada es gratis en el mercado, se reconoce que existen actividades agregadas que tienen su precio implícito en el valor total de un producto o servicio. Es lo que ocurre, por ejemplo, con cócteles gratis, lavados de autos gratis, viajes premio, estacionamiento gratis, entre otros.

³⁷ Dicha protección es constitucional. Constitución Federal de Brasil, artículos 5, XXXII; 170, V; y 48 de la Ley de Disposiciones Constitucionales Transitorias.

³⁸ “Artículo 4. La Política Nacional de Relaciones con el Consumidor tiene como objetivo satisfacer las necesidades de los consumidores, respetar su dignidad, salud y seguridad, proteger sus intereses económicos, mejorar su calidad de vida, así como la transparencia y armonía de las relaciones de consumo, de conformidad con lo siguiente principios: **I - reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor en el mercado de consumo (...)**” (gn)

El *caput* del artículo 2 de la CDC, tal como está escrito, permite definir muchas cuestiones caso por caso, con base en el trabajo jurisprudencial y doctrinal. Esta disposición contiene una expresión crucial para la caracterización del consumidor, es decir, de destinatario final.³⁹ En resumen, ser un “destinatario final” puede significar simplemente el acto de retirar un bien o servicio del mercado. Sin embargo, la cuestión recurrente se refiere a la retirada de un bien del mercado por parte de un adquirente que lo utilizará como profesional (a menudo un empresario) en su actividad productiva. Es para responder a esta pregunta que surgen las ya mencionadas teorías maximalistas y finalistas de la interpretación del concepto de destinatario final, y que pueden definirse brevemente de la siguiente manera: si el intérprete sigue la línea amplia del concepto de consumidor, encontrará apoyo en la visión maximalista, que incluye como consumidores a todos aquellos que de hecho utilizan un bien o servicio puesto en el mercado, como destinatarios finales de hecho de la línea de producción de ese proveedor. En este caso, la definición de destinatario final del art. 2.º, *caput*, del CDC puramente objetivo, sin tener en cuenta el uso que se le dará al producto o servicio adquirido, así como la presencia o ausencia de vulnerabilidad del adquirente. La corriente finalista, que refleja una visión restrictiva del concepto de consumidor, busca explicar la aplicación de la CDC desde una perspectiva teleológica. Esto implica revelar la finalidad detrás de adquirir un producto o servicio. Así, el destinatario, ya sea una persona física o jurídica, debe ser tanto fáctico (cuando retira el bien del mercado para su consumo) como destinatario económico del bien o servicio. En otras palabras, debe utilizarlo para uso propio o familiar, sin la intención de revenderlo o utilizarlo profesionalmente en la producción o comercialización de otros bienes o servicios.

Con la entrada en vigor en Brasil del Código Civil de 2002 (a partir de enero de 2003, es decir, más de 10 años después de la CDC de 1990, en vigor a partir de marzo de 1991), surgió la llamada “corriente finalista en profundidad” (conocida como suave/moderada o actual y/o finalista mitigada). Los defensores de esta corriente aceptan que incluso una pequeña empresa o un profesional, que adquirió productos fuera de su campo de especialidad, puede tener una protección, al menos análoga, bajo las normas de protección del CDC, según el caso concreto.⁴⁰ Por ejemplo, un coche adquirido por una

³⁹ (“Art. 2º. Es consumidor toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza un producto o servicio como destinatario final”).

⁴⁰ Véase: MARQUÉS LIMA, Claudia, *Los contratos en el Código de Protección al Consumidor: el nuevo régimen de las relaciones contractuales*, 5ª edición, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 302 y siguientes. Véase también: sobre la interpretación finalista del concepto de consumidor en oposición a la

empresa para realizar teleentregas entrará indirectamente en la “línea de producción”, repercutiéndose los costes. La jurisprudencia ve, en este caso, y en muchos otros, consumidores finales directos que pueden reclamar la protección de las normas consumistas. Una vez comprobada la vulnerabilidad en el caso concreto, se concluye que el destino final es para consumo prevaleciente y no para una relación civil o comercial. Así, para esta corriente más suave, la calificación del consumidor observa la presencia del destino final del producto o servicio, combinada con la vulnerabilidad.

En cuanto a la cuestión de la solidaridad entre proveedores en la relación de consumo, cabe señalar el art. 7 del CDC, párrafo único (“Si hay más de un autor del delito, todos serán solidariamente responsables de reparar los daños previstos en la normativa de consumo.”), que impone el vínculo de solidaridad a los autores de la infracción al consumidor, significado similar al impreso en el apartado 1 del artículo 25 y en el art. 34, ambos del diploma protector del consumidor brasileño.

El ejemplo de la Sociedad en Cuenta de Participación es peculiar para observar la evolución de conceptos en esta materia. Su figura destacada, el socio oculto (inversor), puede ocupar en ocasiones la posición de agente económico o de inversor profesional, especialmente si la actividad inversora se realiza de manera reiterada y profesional. -REsp 1.785.802/SP, Tercer Panel, juzgado el 19/02/2019, DJe 06/03/2019; pero en ocasiones también puede, más aún, ser considerado responsable como si fuera un proveedor, en los casos en que realiza el objeto social, interviniendo en las relaciones del presunto socio con terceros (art. 993 del CC) y dicho objeto social constituye base de una relación de consumo más amplia (recordando que no toda relación de consumo es necesariamente resultado de un contrato); o, finalmente, caer en el polo opuesto, el del consumidor, como

teoría maximalista - y abordando un caso paradigmático en la jurisprudencia brasileña, MARQUES, Cláudia Lima y TURKIENICZ, Eduardo, “Comentarios al fallo del STF en el caso Teka vs. Aiglon, en defensa de la teoría finalista de la interpretación del arte”, 2º del CDC, *Revista de Derecho del Consumidor*, octubre/diciembre 2000, São Paulo, no. 36, pp. 221-240.

ya ha reconocido como posible el Tribunal Superior en casos como el Resp. 1.943.845/DF⁴¹ y Resp. REsp 1.785.802/SP.⁴²

V. CONCLUSIONES

En el breve espacio de este artículo, el objetivo fue aclarar algunos conceptos jurídicos (calificaciones) fundamentales para el establecimiento de relaciones económicas (y de consumo) en Brasil, a partir del análisis de la evolución histórica de conceptos como comerciante, empresario, proveedor. y el consumidor. A partir del ejemplo corporativo de las SCP, se buscó demostrar la importancia de la correcta calificación de los agentes económicos para efectos de futuras responsabilidades y adquisición de derechos.

En el caso de las SCP, la figura del socio oculto (participante), que puede ser una persona física o jurídica, llama la atención sobre el hecho de que el mismo cargo en un

⁴¹ Se trata de un caso en el que se firmó una sociedad en una cuenta de participación en la que una de las partes invirtió el valor de R\$ 50.000,00 para pagar el capital social, manifestando que se había acordado recibir una renta bimestral, que no había sido debidamente cumplido. Cuando se demandó al tribunal, el demandado argumentó que el tribunal de origen carecía de competencia, ya que se trataba de una relación comercial y no de consumo. Además, la demandada argumentó que era imposible devolver las cantidades, ya que la relación entre las partes implicaba una inversión de alto riesgo, con posibilidad y conocimiento de una posible pérdida monetaria. Aceptando la tesis autoral de la CDC sobre la incidencia al calificar la figura de consumidor al socio/participante oculto (inversionista), la decisión del Tribunal Superior afirmó que era “innegable” que “la cuenta de sociedad en participación puede darle un carácter consumista a la relación entre el socio ostensivo -que tiene amplio poder para gestionar el objeto social, es decir, la inversión financiera- y los socios participantes”. Y continuó: “por otro lado, es importante resaltar que, en muchas ocasiones, la cuenta de sociedad es utilizada como una forma de eludir la aplicación del Código de Protección al Consumidor, adquiriendo así un carácter fraudulento”, como en el ejemplo doctrinal de los casos que ofrecen financiación para la adquisición de vivienda propia, en los que la cuenta de participación de la empresa se utiliza para estructurar relaciones jurídicas con el fin de evitar la aplicación de la Ley n° 8.078/90. Y concluyó: “En definitiva, se puede concluir que, para la aplicación excepcional del Código de Protección al Consumidor a los contratos de sociedad en cuentas de participación, deben concurrir dos requisitos: (a) la caracterización del socio partícipe u oculto como socio ocasional inversor vulnerable, y (b) la sociedad holding fue creada o utilizada con fines fraudulentos, en particular para evitar la aplicación del Código de Protección al Consumidor”. BRASIL. STJ. Responder. 1.943.845/DF. Rel. Min. Nancy Andrichi, Tercer Panel. J. 22.02.2022, DJe de 31.03.2022.

⁴² Se trata de un caso en el que una unidad inmobiliaria fue adquirida por un particular con la intención de invertir u obtener ganancias, y el promotor inmobiliario no entregó las unidades. La acción resolutoria también fue dirigida contra el futuro administrador de los servicios hoteleros que se crearían con la entrega de la obra, ya que el demandante había adquirido 3 (tres) unidades inmobiliarias (apart hotel) del proyecto Blue Tree SãoCarlos/SP. , la decisión del Tribunal Superior fue por no reconocer la solidaridad pasiva entre el desarrollador y el futuro administrador del proyecto, sino por la posibilidad de aplicar el Código de Protección al Consumidor si se hubiera investigado la vulnerabilidad del adquirente, en la justicia ordinaria. Según la Corte, “es innegable que el autor era un inversionista (la cuenta de participación se califica mejor como contrato de inversión conjunta que de tipo societario), por lo que, según la Teoría Finalista mitigada, la Corte local debería, al menos , evaluar su vulnerabilidad a los efectos de aplicar la CDC”. Esto se debe a que, si el adquirente de las unidades no tuviera conocimiento del mercado inmobiliario o experiencia en el desarrollo, construcción y venta de propiedades, su vulnerabilidad permanecería. El Tribunal también mencionó: “En otras palabras, la CDC puede utilizarse para apoyar específicamente al inversor ocasional (inversor consumidor), no abarcando por tanto dentro de su ámbito de protección a quienes realizan actividad inversora de forma reiterada y profesional”. BRASIL. Tribunal Superior de Justicia. REsp. 1.785.802/SP. Rel. Min Ricardo Villas Bôas Cueva, Tercer Panel, J. 19.02.2019, DJe 06.03.2019.

contrato social a veces puede ser calificado como un inversionista (profesional) que sólo participará de los beneficios (y riesgos) del negocio, pero no lo ejercerá (lo que de hecho está prohibido en Brasil para algunas personas – especialmente agentes públicos como jueces y fiscales); ahora también puede ser calificado como empresario e incluso proveedor, siendo solidariamente responsable frente a terceros con quienes el presunto socio establece relaciones jurídicas, en los casos en que actúa para cumplir el objeto del contrato social de las SCP. También podrá ser calificado como consumidor, en los casos en que no actúe como inversor profesional (regularmente), no realice el objeto social del contrato social de las SCP y, siendo persona jurídica, sea vulnerable en alguna forma de su especie (vulnerabilidad técnica, jurídica, económica o informativa).

Así, parece que la trayectoria de las calificaciones de comerciante y empresario, y luego de proveedor y consumidor en el derecho brasileño está llena de matices, resultando en un sistema que, en última instancia, observará la finalidad de las acciones de los agentes económicos en el ámbito específico. caso, apuntando a la protección más amplia de los valores constitucionales, que incluyen la libre empresa y la protección del consumidor.

VI. REFERENCIAS

Doctrina

- CARVALHOSA, Modesto (Coord.) *Tratado de derecho empresarial*, v. 1, 2ª Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018.
- FORGIONI, Paula A., *A Evolucion do Direito Comercial Brasileiro . De lo mercantil al mercado*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, *Código de Protección al Consumidor; comentado por los autores del proyecto*, 6to. ed., Universitária Forense, Río de Janeiro, 1999
- HESPANHA, António Manuel, *El caleidoscopio del derecho : derecho y justicia hoy y en el mundo de hoy*, 2da ed., Almeida, Coímbra, 2009.
- MAMEDE, Gladston, *Derecho Corporativo (Derecho Empresarial Brasileño)*, Grupo GEN, São Paulo, 2022. <https://tinyurl.com/nh68mbez>
- MARQUÉS LIMA, Claudia, *Los contratos en el Código de Protección al Consumidor: el nuevo régimen de las relaciones contractuales*, 5ª edición, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.

- MARTÍN, Fran, *Contratos y obligaciones mercantiles*, 15ª ed., Forense, Río de Janeiro, 2000.
- PERLINGIERI, Pietro, *El derecho civil en la legalidad constitucional*, trad. María Cristina De Cicco, Renovar, Río de Janeiro, 2008.
- SANTA CRUZ, André, *Direito Empresarial*. 2. ed, 2. tir., JusPodivm, Salvador, 2019.
- SPINELLI, Luis Felipe; SCALZILLI, João Pedro; TELLCHEA, Rodrigo, *Empresa en cuenta de participación*, 2ª ed., Almedina, São Paulo, 2023.
- SPINELLI, Luis Felipe; SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo, *Sociedade em conta de participação*, 2ªed., Almedina, São Paulo, 2023.
- SZTAJN, Raquel, *Teoría jurídica de la empresa*, 2do anuncio, Atlas, São Paulo, 2010
- TEPEDINO, Gustavo (Coord.), *Problemas del derecho civil constitucional*, Renovar, Río de Janeiro, 2000.
- TEPEDINO, Gustavo (Coord.), *Temas de Derecho Civil*, Renovar, Río de Janeiro, 2001.

Hemerografía

- ASCARELLI, Tulio, “El emprendedor”, trad. Fábio KONDER COMPARATO, *Revista de Derecho Comercial*, enero-marzo de 1998, no. 109, a. XXXVI, p. 184.
- CAVALLI, Casio Machado, “El derecho de sociedades en el nuevo código civil”, *Revista Tribunales*, octubre/2004, v. 828, pp. 43–78.
- CAVALLI, Cassio Machado, *El derecho de sociedades en el nuevo código civil*, *Revista dos Tribunais*, octubre/2004, v. 828, pp. 43–78.
- GONTIJO, Vinícius José Marques, “El empresario en el sector civil código brasileño”, *Revista dos Tribunais* , enero/2005, v. 831, pp. 147–161.
- IRTI, Natalino, “L'Età della decodezione. Doctrinas, obligaciones y contratos esenciales”, *RT OnLine*, junio de 2011, vol. 1, p. 405, DTR\2012\1191).
- MARQUES, Cláudia Lima y TURKIENICZ, Eduardo, “Comentarios al fallo del STF en el caso Teka vs. Aiglon, en defensa de la teoría finalista de la interpretación del arte”, 2º del CDC, *Revista de Derecho del Consumidor*, octubre/diciembre 2000, São Paulo, no. 36, pp. 221-240.
- VINÍCIUS José Marqués Gontijo, “El empresario en el código civil brasileño”, *Revista Tribunales*, . enero/2005, v. 831, pp. 147–161.
- WALD, Arnoldo, “Actualidad de la sociedad en Cuenta de Participación bajo nueva estructura”, *Revista de Direito Empresarial*, enero – febrero de 2016, v. 13, pp. 71–78.

Legisgrafía

BRASIL. STJ. Responder. 1.943.845/DF. Rel. Min. Nancy Andrighi, Tercer Panel. J. 22.02.2022, DJe de 31.03.2022.

BRASIL. Tribunal Superior de Justicia. REsp. 1.785.802/SP. Rel. Min Ricardo Villas Bôas Cueva, Tercer Panel, J. 19.02.2019, DJe 06.03.2019.

Código Civil

Código de Comercio de 1850

Constitución Federal de 1988