

Transmisión del establecimiento mercantil en el Derecho brasileño y proyecto de Ley del Código de Comercio español

Transfer of the Commercial Establishment in Brazilian Law and the Draft Law of the Spanish Commercial Code

Marcelo LAUAR LEITE

Advogado. Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA). Doutor em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Investigador do Instituto Jurídico (FDUC, Portugal). Investigador do Grupo de Pesquisa «Empresa, Consumo y Derecho» (Universidade de Coruña, Espanha). Líder do Grupo de Pesquisa «Direito, Economia e Mercados» (DIREM/UFERSA). Editor-adjunto da Revista Jurídica da UFERSA.

UFERSA, Brasil.

marcelo.lauar@ufersa.edu.br

<https://orcid.org/0000-0002-3658-1260>

El Derecho brasileño comparte la noción española sobre la calificación del establecimiento mercantil, reconociéndolo como el conjunto de bienes organizados, para el ejercicio de la sociedad, por un empresario o por una sociedad mercantil [art. 1.142/CC¹, *caput*].

1 Código Civil brasileño.

Esta universalidad abarca tanto los elementos corpóreos, ya sean muebles o inmuebles, como los elementos incorpóreos, v. g., marcas, patentes, diseño industrial, razón social, insignia y nombre de dominio, como la doctrina documenta ampliamente².

La doctrina brasileña denomina el negocio jurídico de transmisión del establecimiento mercantil de «traspaso» [«trespasse», en portugués], en alusión a su procedencia italiana [*trapasso di azienda*], una influencia de la diáspora de grandes maestros —entre ellos, Ascarelli e Liebman— exiliados por Mussolini y radicados en la Universidad de São Paulo.

Al comprar un establecimiento mercantil, el adquirente busca disfrutar de las ventajas de adquirir un conjunto organizado de bienes, como su ubicación comercial, su know-how y el posicionamiento de su marca en el mercado. El traspaso también representa cierto peligro para el comprador, una vez que no se le traslada la clientela, sino únicamente la capacidad del establecimiento para tener clientes³.

Para minimizar los riesgos del adquirente, el legislador brasileño estableció para él una protección contra el enajenante. Así dice el art. 1.147/CC, por el cual «si no hay autorización expresa, el vendedor del establecimiento no puede competir con el adquirente, en los cinco años siguientes a la transmisión»⁴. Su estudio y aplicación en Brasil resultó en las siguientes direcciones:

1. El traspaso podrá autorizar expresamente la competencia;
2. El traspaso puede modular el tiempo de «no competencia»; y
3. El vendedor puede volver al mercado, pero no puede competir con el comprador.

1. LA MODULACIÓN TEMPORAL DE LA NO COMPETENCIA

De hecho, es comprensible que el comprador quiera reducir el grado de competencia al que se enfrentará en el futuro, especialmente cuando del otro lado está una empresa que conoce su campo de actividad, su clientela y el comportamiento de otros competidores.

2 CAVALLI, C. M. 2007: «Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial no Direito Brasileiro». *Revista dos Tribunais*, abril 2007, 858: 30-47; XAVIER, J. T. N. 2011: «O estabelecimento empresarial no Direito Brasileiro». *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, jul./dez. 2011, 50(159-160): 90-111; VIANNA, B. 1978: «Perfil analítico-comparativo do estabelecimento». *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, 1978, 17(30): 69-77.

3 CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. 1956: *Tratado de Direito Comercial brasileiro*, vol. VI, parte II. 5.ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 157.

4 Traducción libre.

La cláusula de no competencia aumenta la seguridad de la venta y, en consecuencia, el interés por comprar, aumentando la liquidez y la circulación de la riqueza, al tiempo que estimula la generación de nuevos negocios⁵.

Si las partes contratantes no regulan este plazo, el vendedor está impedido de competir con el comprador durante cinco años. En defensa de los intereses constitucionales vinculados a la libre competencia, se entiende que los contratantes son libres de establecer cláusulas de no competencia, siempre que estas no excedan el impedimento de cinco años⁶.

En España, el Reglamento de Defensa de la Competencia⁷ también establece cinco años como plazo máximo para el acuerdo de cláusulas de no competencia. A su vez, el nuevo Proyecto de Código Mercantil⁸ propone una duración mínima de dos años, en cuyo caso el acuerdo debe respetar este intervalo de tiempo.

2. LA MODULACIÓN GEOGRÁFICA Y MATERIAL DE LA NO COMPETENCIA

¿Qué significa competir? ¿Qué determina que la nueva zapatería abierta por el vendedor sea competidora de la anterior vendida? Determinar el *relevant market* del establecimiento vendido parece ser uno de los mayores desafíos en la regulación del traspaso.

Históricamente, la determinación del mercado relevante por parte del Consejo Administrativo de Defensa Económica de Brasil (CADE)⁹ sigue un criterio puramente cualitativo: es el ámbito en el que las empresas ofrecen y buscan productos y servicios en condiciones de competencia suficientemente homogéneas en sus precios, preferencias de los consumidores y características de los productos/servicios. Un mercado geográfico relevante comprendería «todas las empresas tenidas en cuenta por oferentes y demandantes en las negociaciones para la fijación de precios y otras condiciones comerciales en el área considerada».

Además de la circunscripción geográfica, es necesario saber si el vendedor ha comenzado a competir materialmente de manera efectiva con el adquirente. Para ello, los bienes o servicios negociados deben ser similares, de modo que exista una disputa

5 GRAU, E. R. y FORGIONI, P. 2005: *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 285.

6 Así el CADE en el Proceso Administrativo número n.º 08012.009079/2008-72.

7 Art. 2.º, 2, «e».

8 Art. 132-11 [Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado].

9 Con parte de las funciones similares a las del Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

real por una determinada parte del mercado. En palabras del CADE¹⁰, el mercado relevante material comprende todos los productos o servicios considerados sustituibles entre sí por el consumidor debido a sus características, precios y uso.

Sin embargo, la dificultad en torno al mercado relevante radica mucho más en su medición que en su definición. Los puntos de indagación habitualmente planteados por la doctrina [Paula FORGIONI¹¹ y Geisy FIEDRA¹²] —v. g., características del producto o servicio, capacidad de producción o servicio, incentivos del Gobierno, atracción concreta de clientes, puntos comerciales virtuales y costos logísticos— carecen de herramientas cuantitativas para que exista una medición estandarizada, destacando la importancia de definir las metodologías econométricas aplicables, entre ellas, *critical loss*¹³, *aggregate diversion ratio*¹⁴, *merger simulation*¹⁵ y la *difference-in-differences*¹⁶, como incluso ha sido debatido por el mismo CADE¹⁷.

La discusión sobre métricas para el control del restablecimiento de competidores es de fundamental importancia en el contexto del debate sobre el nuevo Código Mercantil español. Parece recomendable que el juzgamiento de las infracciones se realice bajo parámetros econométricos, preferentemente ante la CNCM, evitando acciones judiciales voluntaristas frente a conceptos de medición eminentemente técnicos.

10 Anexo V de la Resolución n.º 15, de 19 de agosto de 1998.

11 FORGIONI, P. A. *Os fundamentos do antitruste*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

12 FIEDRA, G. 2007: *Obrigaç o de n o-concorr ncia: diretrizes para aplica o no  mbito civil e antitruste*. S o Paulo: Singular, 118-119.

13 HARRIS, B. C. y SIMONS, J. J. 1989: «Focusing market definition: how much substitution is enough?». *Res. Law Econ.*, 1989, 12: 207-226.

14 FARRELL, J. y SHAPIRO, C. 2008: *Improving critical loss analysis*. *Antitrust Source*, 1-20.

15 DAVIS, P. y GARCÉS, E. 2010: *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*. New Jersey: Princeton University Press.

16 RUBINFELD, D. L. 2010: «Econometric Issues in Antitrust Analysis». *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 2010, 166: 62-77.

17 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECON MICA. *Documento de Trabalho 6/2021*. Disponible em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2021/Documento-de-Trabalho_Atualizacao-do-debate-sobre-a-definicao-de-mercado-relevante.pdf