

# Enajenante y adquirente en la segunda década del siglo XXI entre las recientes intervenciones normativas. \*

por Lorenzo Mezzasoma<sup>1</sup>

**Sumario:** 1.- Evolución del contrato de compraventa. 2.- La influencia de la Unión Europea en la evolución del contrato de compraventa en términos de protección al consumidor. 3.a.- Las medidas internas en materia de compraventa: hacia la protección del comprador *tout court* en la compraventa de inmueble a construir (D.lg. n. 122 de 2005). 3.b.-Aspectos críticos. 3.c.-Las recientes modificaciones legislativas. 4.- Conclusiones.

**Resumen:** Este artículo tiene como objetivo analizar la evolución del contrato de compraventa y la influencia que sobre este ha tenido la normativa relativa a la protección del consumidor, centrándose en un estudio crítico de las medidas internas adoptadas en materia de compraventa de inmueble a construir.

**Abstract:** This article aims to analyze the evolution of the sales contract and the influence that the regulations on consumer protection have had on it, focusing on a critical study of the internal measures adopted in terms of the sale of property to be built.

## 1.- Evolución del contrato de compraventa

La riqueza de las intervenciones normativas, la densidad de las aportaciones jurisprudenciales y la vivacidad de las contribuciones doctrinales hacen que parezca oportuno en estos tiempos reflejar, en un marco sistemático, el tema "clásico" de la compraventa, tratando de analizar los principios fundamentales y de identificar las peculiaridades y las modificaciones.

El primer fenómeno que hay que considerar es el proceso de erosión que el modelo codificador de la compraventa ha sufrido.

En el momento en que se promulgó el Código, la venta ocupaba una posición casi solitaria en el ámbito del intercambio de bienes. Sólo iba acompañado de la permuta -un esquema que, como es bien sabido, se utilizaba poco en los sistemas económicos más evolucionados y por lo tanto en declive- y el suministro, por el contrario, en progresivo auge.

<sup>1</sup> Profesor Titular de Derecho Privado (s.s.d. IUS/01) en el Departamento de Economía de la Universidad de Perugia. Fundador y coordinador del Doctorado Internacional de Investigación (doble Licenciado por la Universidad de Salamanca) en Derecho del Consumo (ciclo XXX) de la Universidad de Estudios de Perugia. Coordinador/árbitro de Convenciones de la Universidad de Perugia, para actividades de investigación en el área de derecho civil, con las Universidades de Barcelona, Castilla La Mancha, Valencia, Almería, Río de Janeiro. Designado (por el Consejo Superior de la Magistratura) en febrero de 1998 Juez honorario con el desempeño de estas funciones en el Tribunal de Perugia, sección civil, hasta 2005.

**Palabras clave:**

Contrato - Consumidor - Inmueble

**Keywords:**

Contract - Consumer - Property

Este panorama ha comenzado además a modificarse como consecuencia de las profundas transformaciones acaecidas en el sistema de producción de bienes -con la transición de la producción artesanal a la producción industrial masiva-, los cambios en las técnicas de comercialización y colocación de productos y la difusión de los fenómenos de integración industrial y comercial; factores de los que se ha extraído la savia de esos esquemas contractuales comúnmente conocidos como contratos de distribución.

Alrededor de los años 70 se vuelve claramente perceptible el distanciamiento del origen de la compraventa de figuras negociales, legalmente atípicas, cuya difusión parece estar ligada a las transformaciones de los sistemas de distribución de los productos e incluso antes al fenómeno de la producción en serie. Florecen, de este modo, aquellos que pronto son llamados los "nuevos contratos": entre ellos, "la concesión" y "el *franchising*", que vienen a ocupar espacios en el pasado cubiertos por la venta y la comisión de venta y que en algunos segmentos del mercado acaban sustituyendo al antiguo contrato.

Comprender las líneas de la evolución normativa en materia de compraventa es una empresa no del todo sencilla, desde el momento que este contrato presenta tal variedad de cualidades y riqueza de perfiles e influenciado, directa o indirectamente, por las innovaciones legislativas relativas a los más diversos sectores del sistema positivo.

No es superfluo señalar que la nueva normativa ha llegado tras una prácticamente total desidia del legislador durante cerca de cincuenta años: de hecho, las primeras intervenciones normativas se produjeron en los años 90 y recibieron el impulso más importante de las aportaciones del derecho europeo.

Si bien no se puede captar el diseño orgánico que subyace a las diversas innovaciones legislativas, se puede, sin embargo, identificar algunos objetivos comunes para las diversas intervenciones que guían la mano tanto del legislador interno como del comunitario. La finalidad que caracteriza fundamentalmente a las diversas medidas legislativas parece ser la de garantizar una mayor protección al comprador y, en particular, al comprador que contrata en una posición de debilidad contractual: el destinatario de esta normativa, de hecho, es predominantemente el consumidor.

## **2.- La influencia de la Unión Europea en la evolución del contrato de compraventa en términos de protección al consumidor**

Si bien es cierto que la Unión Europea tenía como objetivo fundamental la creación de un espacio económico común entre los Países adherentes, no se le escapa a la razón su gran interés por elaborar un marco común para la protección de la parte contratante débil. El consumidor y el usuario, en realidad, son los destinatarios finales de los bienes producidos o de los servicios prestados dentro del espacio común europeo y, por lo tanto, son valorados como agentes del mercado. Todo esto ha llevado a una incesante producción normativa destinada a hacer que la parte contratante más débil no sea un sujeto pasivo que sufre los efectos de las negociaciones en las que no participa para decidir sino, por el contrario, una parte activa que, con sus elecciones conscientes, guía el mercado en un sentido justo. Esta intención constante del legislador comunitario -y del legislador interno en la fase de transposición- ha encontrado, sin embargo, actitudes que no siempre son

constantes<sup>2</sup>. Las políticas de la denominada armonización mínima se han intentado - aunque con resultados no del todo satisfactorios- sustituir por un enfoque dirigido a la creación de una armonización máxima entre las legislaciones nacionales<sup>3</sup>. En un principio, las directivas europeas, si bien describían un marco común de objetivos que debían alcanzar todos los Estados miembros, seguían dejando cierto margen de discreción a los Estados miembros en la elaboración de sus normas internas de transposición<sup>4</sup>, pero nos hemos orientado, actualmente, hacia directivas más detalladas que tratan de determinar no un marco común de objetivos sino, más bien, una disciplina común del sector<sup>5</sup>.

Las razones de esta evolución deben encontrarse, en términos de política general, en la constatación de que las políticas anteriores de armonización mínima habían conducido a una transposición diferente de las disposiciones comunitarias en cada uno de los Estados miembros, que, de hecho, tuvieron que aplicar reglamentaciones en parte diferente recreando esa "territorialidad" del derecho que obstaculizaba la plena y libre circulación transfronteriza de bienes y servicios<sup>6</sup>.

Este cambio de enfoque de la política legislativa a nivel comunitario, ya presente en el Libro Verde publicado por la Comisión Europea el 8 de febrero de 2007<sup>7</sup>, apareció aún más nítido en el siguiente Libro Verde de 1 de julio de 2010 "sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas" [COM(2010)348] que, de manera aún más pronunciada, destacaba la necesidad de crear un derecho contractual común entre los distintos Estados miembros<sup>8</sup>.

\* Traducido por Roberto Martín López doctorando en "Diritto dei consumi" en Università degli Studi di Perugia - Universidad de Salamanca

<sup>2</sup> V. la recreación de E. CATERINI, *La terza fase del «diritto dei consumi»*, en G. CAVAZZONI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA y V. RIZZO (coords.), *Il diritto dei consumi realtà e prospettive*, Napoli, 2008, p. 21 ss..

<sup>3</sup> Sobre la cuestión, R. PARDOLESI, *Contratti dei consumatori e armonizzazione: minimax e commiato?*, en *Foro it.*, 2012, V, c. 177 s.; G. BERTI DE MARINIS, *Consumer protection, economic relations and European harmonization in the Italian perspective: the new regulation of door to door contracts and distance contracts*, en *The Modern Lawyer. International Scientific-Practical Journal*, 2015, p. 91 ss.

<sup>4</sup> La razón de ello radicaba en la originaria reticencia de los Estados para aceptar una delegación tan incisiva en su poder regulador sobre materias extremadamente delicadas -como la regulación de los contratos- y que se veían afectados de manera muy evidente por la cultura jurídica establecida en cada uno de los Estados miembro.

<sup>5</sup> Cfr., P. FOIS, *Dall'armonizzazione all'unificazione dei diritti interni. Valutazione critica di una tendenza in atto*, en *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 237 ss. Elementos de reflexión también en G. ALPA, I "principi fondamentali" e l'armonizzazione del diritto contrattuale europeo, en *Contr. impr.*, 2013, p. 825 ss.

<sup>6</sup> F. MAZZASETTE, *Il codice del consumo tra diritto interno e diritto europeo*, Napoli, 2012, p. 46 ss.; M.T. KAWAKAMI, *Adjusting EU Consumer Protection Mechanisms to the Needs of Private Actors: Collaborative Consumer Protection and the Ex Ante Avoidance of Conflict*, en *European Review of Private Law*, 2013, p. 1255 ss. Contra, sólo, T. WILHELMSSONT, *The Abuse of the Confident Consumer as a Justification for EC Consumer Law*, en *Journal of Consumer Policy*, 2004, p. 317. Del mismo modo, se ha señalado que las políticas de armonización máxima pueden conducir a una disminución de la protección prevista en el interior de cada uno de los distintos Estados miembros hacia standards de protección menos favorables para el consumidor, ZIMMERMANN, *Diritto privato europeo: "Smarrimenti, disordini"*, en *Contr. impr./Eur.*, 2012, p. 7 ss.

<sup>7</sup> Observaciones sobre la cuestión en G. PAISANT, *La révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs – A propos du Livre vert du 8 de février 2007*, en *JCP*, 2007, I, p. 152; G. ALPA y G. CONTE, *Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, en *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 159.

<sup>8</sup> E. BATTELLI, *Il nuovo diritto europeo nell'ambito della strategia Europa 2020*, en *Contratti*, 2011, p. 1065; C. TWIGG-FLESNER, *Good-gye harmonisation by directives, hello cross-border only regulation? – A way forward for EU consumer contract law*, en *European Review of Contract Law*, 2011, p. 235

La necesidad de determinadas reglas que, a nivel contractual, facilitaran las relaciones transfronterizas<sup>9</sup> y que, al mismo tiempo, tuvieran en consideración las concretas necesidades de protección de la parte contratante tutelada, constituyó el núcleo de la propuesta de directiva “sobre los derechos de los consumidores” de 8 de octubre de 2008 del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>10</sup> la cual, influida precisamente por las reflexiones contenidas en el Libro Verde de 2007, se proponía el objetivo inicial de intervenir mediante una política de armonización máxima<sup>11</sup> sobre cuatro<sup>12</sup> de las ocho directivas iniciales que debían ser objeto de reforma<sup>13</sup>. En este contexto, deben evaluarse las medidas europeas introducidas por la Directiva 2011/83/UE<sup>14</sup>. La intervención en cuestión, que reforma íntegramente las

<sup>9</sup> No parece casual que, precisamente en el contexto de la evolución arriba indicada, se enmarque la Propuesta de Reglamento para una normativa común de compraventa europea (CESL: *Common European Sales Law*) que, ya en fase de aprobación, demuestra el interés de crear un derecho contractual común precisamente sobre aquellas figuras que representan el núcleo de la actividad de intercambio. Al respecto v. G. D’AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell’Unione europea in materia di vendita?*, en *Contratti*, 2012, p. 611 ss.; M.B.M. LOOS y H. SCHELHAAS, *Commercial sales: The Common European Sales Law Compared to the Vienna Sales Convention*, in *European Review of Private Law*, 2013, p. 105 ss.; S. PAGLIANTINI, *Art. 67 – Tutela in base ad altre disposizioni*, en G. D’AMICO, *La riforma del codice del consumo*, Padova, 2015, p. 439 ss. y ahora, ampliamente, las contribuciones contenidas en el volumen L. MEZZASOMA, V. RIZZO y E. LLAMAS POMBO (coords.), *La compravendita: realtà e prospettive*, Napoli, 2015, *passim*.

<sup>10</sup> Esta es la COM(2008)614 def. Sobre tal propuesta, v. M. DONA, *La proposta di direttiva sui diritti dei consumatori: luci ed ombre nel futuro della tutela contrattuale*, en *Obbl. contr.*, 2009, p. 582; G. HOWELL y R. SCHULZE, *Overview of the Proposed Consumer Right Directive*, en G. HOWELL y R. SCHULZE (coords.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, München, 2009, p. 3; W. MICKLITZ y N. REICH, *Crónica de una muerte anunciada: the Commission Proposal for a “Directive on Consumer Rights”*, en *Common Market Law Review*, 2009, p. 471.

<sup>11</sup> Pone de relieve como la propuesta de directiva en cuestión era una expresión de esta misma tendencia para establecer un acercamiento máximo a las disposiciones en materia de consumo vigentes en cada uno de los Estados miembros, U. PACHAL, *The future of EC consumer legislation*, en *Consumatori, diritti e mercato*, 2009, 14, p. 19.

<sup>12</sup> La propuesta de directiva tenía se refería a la Directiva 85/577/CEE sobre los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, la Directiva 93/13/CE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la Directiva 97/7/CE sobre los contratos a distancia y la Directiva 99/44/CE sobre las garantías en la venta de bienes de consumo.

<sup>13</sup> El Libro Verde de 2007 preveía la reforma de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados; Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido; Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores; Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores; Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

<sup>14</sup> Sobre esta importante intervención regulatoria de origen comunitario, G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE sui “diritti dei consumatori”: ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, en V. ROPPO e A. D’ANGELO (coords.), *Annuario del contratti*, Torino, 2012, p. 30 ss.; S. PAGLIANTINI, *Il neo formalismo contrattuale dopo i d.lgs. n. 141/10, n. 79/11 e la Dir. 2011/83/UE: una nozione (già) vielle renouvelée*, en *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, II, p. 325 ss.; G. D’AMICO, *Introduzione*, en ID. (coords.), *La riforma del codice del consumo*, cit., p. 3; V. RIZZO, *Itinerario e nuove vicende della trasparenza (con particolare riguardo ai contratti del consumatore)*, en *Le Corti Umbre*, 2016, p. 86 ss.; L. MEZZASOMA, *Recensión de la obra de Giovanni D’Amico, La riforma del Código de Consumo. Commentario al D. Leg. 21/2014*, Padova, 2015, en *Práctica de Derecho de Daños*, n. 125, 2015.

normas sobre los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, deroga las dos directivas anteriores en la materia sobre la cuestión, en particular, la Directiva 85/577/CEE sobre los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales y la Directiva 97/7/CE sobre la regulación de los contratos a distancia<sup>15</sup>. Esta intervención, que si bien no se refiere directamente a la compraventa, se centra en particulares modalidades de celebración de los contratos (a distancia o negociados fuera de locales comerciales), representa, sin embargo, un paso fundamental en el desarrollo del derecho europeo sobre este punto y es evidente que, desde un punto de vista cuantitativo, es particularmente frecuente que con tales modalidades de celebración se formalicen precisamente los contratos de compraventa de bienes muebles.

En la misma línea, y mucho más recientemente, cabe señalar la contribución que ha hecho al desarrollo de las normas de la compraventa la Directiva 771/2019/UE sobre las garantías de los bienes de consumo. Esta última intervención también forma parte del marco de reforma descrito anteriormente.

La reglamentación europea de la compraventa de bienes de consumo ha sido comentada en un gran número de contribuciones publicadas en Italia, en los países de la Unión Europea y también en países no europeos, dada su enorme importancia para la circulación de bienes en el mercado interior, para la enunciación de los derechos del consumidor, para la resolución de controversias entre consumidores y vendedores pertenecientes a diferentes Estados Miembros de la Unión. El corazón de la nueva Directiva viene dado por el proyecto de una normativa común de compraventa (CESL) con el que terminó el período de la codificación europea del derecho civil: un proyecto muy ambicioso que podría haber asegurado a los ciudadanos de los 28 países una disciplina uniforme de las relaciones privadas, suspendida en 2014 debido a la oposición mostrada por algunos Estados -en particular el Reino Unido, Francia y los Países Bajos- a una codificación unitaria. Esto es por varias razones: la hostilidad de los *common lawyers* hacia cualquier forma de codificación, a pesar de que la pertenencia a la Unión había dado lugar a la introducción de un gran número de *regulations* en aplicación de las directivas de la UE, a fin de mostrar la "europeización" del *common law*; la hostilidad de los juristas franceses, empeñados en reformar el *Code Napoléon*, con la esperanza de difundir el modelo francés en detrimento de los demás modelos, incluso en los litigios de arbitraje; la hostilidad de los juristas holandeses, leales a un código nacional recientemente renovado y por lo tanto considerado moderno y no sustituible por otras normas. De ahí la decisión de la Comisión Europea de restringir el alcance de la normativa común y concentrarla sobre el contrato más extendido y esencial para los intercambios comerciales, dejando al margen cualquier intento de armonizar las normas generales del contrato y las demás instituciones del derecho civil.

---

Cabe señalar también que esta importante directiva ha sido recientemente reformada por la Directiva 2019/2161/UE con el fin de aumentar la protección de los consumidores en lo que respecta a los remedios y las sanciones.

<sup>15</sup> Sobre la derogación de las dos directivas por la Directiva 2011/83/UE, v. G. DE CRISTOFARO, *I contratti conclusi «a distanza» e «fuori dei locali commerciali»: area di applicazione della disciplina*, en *Tratt. contr.* Dirigido por V. ROPPO y A.M. BENEDETTI, V, Milano, 2014, p. 63 ss. En cuanto a la Directiva 93/13/CE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la Directiva 99/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, el legislador comunitario se limita a insertar adiciones marginales a través de los arts. 32 y 33 de la Directiva 2011/83/UE.

Si parecen, en su conjunto, escasas las novedades introducidas por esta Directiva en comparación con la anterior de 1999, tal intervención se advierte, en particular, por el intento de eliminar las diferencias de aplicación que la transposición de la primera Directiva había producido dentro de los distintos Estados Miembros.

El proyecto de una nueva regulación de la compraventa, en la redacción del 27 de febrero de 2018 (PE 593.817v04-00), proponía eliminar los últimos obstáculos todavía existentes en la legislación de los Estados miembros en materia de ventas al consumidor, debido a una reducida armonización, y por lo tanto proponía ampliar la armonización a los requisitos esenciales del contrato de compraventa. Como se indica en el informe del proyecto, las divergencias se referían a múltiples aspectos de la disciplina.

En cuanto a la falta de conformidad, la Directiva de 1999 disponía que el consumidor podía solicitar primero la reparación o la sustitución de los bienes y sólo después la resolución y la indemnización del daño<sup>16</sup>. Sin embargo, sólo dieciséis Estados miembros, entre ellos Italia<sup>17</sup>, han seguido este enfoque, mientras que seis Estados miembros<sup>18</sup> han ido más allá del requisito mínimo, ofreciendo al consumidor la libertad de elegir desde el principio entre la reparación, la sustitución, la reducción del precio o la resolución del contrato. Diez Estados Miembros han previsto la libre elección del remedio<sup>19</sup>, mientras que cuatro de ellos han restringido esta libertad en virtud del derecho de corrección del vendedor u otras condiciones, lo que ha dado lugar a efectos casi similares a los de la jerarquía de remedios<sup>20</sup>.

Todo esto ha estado en la base de la necesidad de intervenir una vez más en la regulación de la compraventa de bienes de consumo mediante una directiva que, si bien no innova de manera sustancial en la regulación de la garantía, es de suma importancia dada la mayor capacidad de armonización de las legislaciones de los distintos Estados miembros<sup>21</sup>.

La misma, de hecho, se está situando de manera decisiva dentro de las nuevas políticas normativas europeas, cada vez más atentas a la necesidad de crear un mercado europeo de bienes y servicios de consumo que garantice al consumidor europeo el mismo nivel de protección en todos los Países de la Unión. Un mercado común no podrá más que regirse por normas comunes. La transición de la armonización mínima a la armonización plena en la Directiva 771/2019 debe considerarse realizada. Al mismo tiempo, no puede ignorarse que también en esta medida parece confirmarse la tendencia a comprender al consumidor en un sentido cada vez más amplio<sup>22</sup>. En el considerando 22, en lo que respecta a las compras

<sup>16</sup> Respecto al cual, para concluir v., E. LLAMAS POMBO, *La falta de conformidad en la venta de consumo*, en curso de impresión.

<sup>17</sup> Junto con Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, República Checa, Finlandia, Francia, Alemania, Lituania, Malta, Holanda, Rumania, Eslovaquia, España y Suecia.

<sup>18</sup> Croacia, Hungría, Grecia, Lituania, Portugal y Eslovenia.

<sup>19</sup> Croacia, Dinamarca, Estonia, Grecia, Hungría, Lituania, Luxemburgo, Polonia, Portugal y Eslovenia.

<sup>20</sup> Dinamarca, Estonia, Luxemburgo y Polonia.

<sup>21</sup> Cfr. la contundente redacción del artículo 4 de la Directiva 771/2019: "Los Estados miembros no podrán mantener o introducir, en su Derecho nacional, disposiciones que se aparten de las establecidas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva". De contenido análogo es también el art. 4 de la Directiva 770/2019.

<sup>22</sup> Sobre tal problemática v., por último, L. MEZZASOMA, *El contratante protegido en los contratos de turismo organizado: del consumidor al viajero*, en L. MEZZASOMA y M.J. REYES LÓPEZ (coords.), *Turismo y daños*, Cizur Menor, 2019, p. 157 ss.

"promiscuas" utiliza el término "predominante" con referencia al acto realizado -y no "absolutamente marginal", como en el pasado<sup>23</sup>- a fin incluir al consumidor cual sujeto tutelado<sup>24</sup>.

### **3.a Las medidas internas en materia de compraventa: hacia la protección del comprador *tout court* en la compraventa de inmueble a construir (D.lg. n. 122 de 2005)**

El germen normativo a nivel europeo no debe, sin embargo, hacer perder de vista las importantes medidas adoptadas por los distintos legisladores nacionales en materia de compraventa. A pesar de la ausencia de un impulso específico del legislador europeo, particularmente fuerte ha sido la atención del Parlamento italiano hacia las exigencias de protección del comprador dentro de específicos y concretos contratos de compraventa.

De particular interés, desde este punto de vista, es la regulación de la venta de bienes inmuebles en construcción, que está contenida en una norma que entró en vigor en 2005 (se trata del D.lg. n. 122 del 2005 relativa a "*Disposizioni a tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*"<sup>25</sup>) que, también por la profunda crisis que ha golpeado a nuestro país, ha tenido una amplia aplicación. A pesar de la necesidad de mantener viva y estimular las transacciones sobre inmuebles en construcción, se planteaba, sin embargo, el problema de asegurar al comprador que, una vez que invertía sus ahorros para adquirir una propiedad, se encontraba expuesto a los riesgos asociados a las situaciones de crisis de la empresa constructora que, de hecho, impedían la finalización de la obra<sup>26</sup>.

En primer lugar, cabe señalar que la necesidad de proteger a la parte más débil y de garantizar un equilibrio sustancial ha llevado a una revisión a fondo del contrato de compraventa, con el objetivo de garantizar un equilibrio significativo entre las partes y la consiguiente comprensión de la autonomía negocial, en la percepción de que los amplios espacios de libertad existentes han dado lugar a que una parte se aproveche de la otra. Frente a la compraventa entendida tradicionalmente, *ex art. 1470 c.c.*, leyes especiales han introducido normas derogatorias específicas que se han referido a la venta de bienes muebles de consumo y, en sentido amplio, a la multipropiedad; de modo que hoy -como se ha dicho- ya no se puede hablar de compraventa sino, como se ha afirmado con autoridad, de compraventas o de regímenes de la misma<sup>27</sup>. El hilo

<sup>23</sup> Tribunal de Justicia, 20 de enero de 2005, asunto C-464/01, en Eur. dir. priv., 2005, p. 1135, con comentario de V. CRESCIMANNO, I «contratti conclusi con i consumatori» nella Convenzione di Bruxelles: autonomia della categoria e scopo promiscuo, y en Corr. giur., 2005, p. 1381, con comentario de R. CONTI, La nozione di consumatore nella Convenzione di Bruxelles I. Un nuovo intervento della Corte di Giustizia.

<sup>24</sup> V., ampliamente, L. MEZZASOMA, Interpretación de los contratos de consumo en Italia, en actas "IX jornadas internacional de derecho de contratos", La Habana, 31 de enero 2020, en curso de impresión.

<sup>25</sup> Sobre la cuestión v., en primer lugar, las consideraciones de M. FABIANI, Nuove aspettative di tutela per i promissari acquirenti coinvolti nel fallimento dell'impresa costruttrice in una recente legge delega, en Foro it., 2004, I, c. 2845 ss.; S. TONDO, Tutela per gli acquirenti di immobili da costruire, en Riv. not., 2006, I, p. 1249 ss.; G. VETTORI, La tutela dell'acquirente di immobili da costruire: soggetti, oggetto, atti, en Obbl. contr., 2006, p. 105 ss.; G. VECCHIO, La tutela dell'acquirente nelle compravendite immobiliari "su pianta" o in costruzione, en C. IURILLI y G. VECCHIO (coords.), Il nuovo diritto dei consumatori, Torino, 2009, p. 392 ss.; G. ORLANDO, La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, en Contratti, 2011, p. 657 ss.

<sup>26</sup> A. RE y G. SCALITTI, La nuova disciplina degli acquisti di immobili da costruire, Torino, 2006, p. 3 ss.; C.M. D'ARRIGO, La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire, en Riv. not., 2006, p. 911.

<sup>27</sup> V., A. LUMINOSO, *La compravendita*, 9ª ed., Torino, 2018, p. 7 ss.; E. LLAMAS Pombo, *La compraventa*, Madrid, 2014, p. 96 ss. y, espec., p. 106.

conductor de estas normativas ha sido el del acto de consumo y la protección del consumidor, en la búsqueda del equilibrio y la igualdad contractual<sup>28</sup>.

Sin embargo, es evidente que en las transacciones relativas a los inmuebles que aún no se han construido, las necesidades de protección de la parte más débil deben tener en cuenta otro aspecto, es decir, la ausencia del inmediato efecto traslativo característico de la venta misma, que se aplaza hasta el momento en que el bien existe<sup>29</sup>. Las principales consecuencias de la inexistencia del inmueble (por falta de construcción o terminación del mismo), conducen desde el punto de vista del código a la nulidad a que se refiere al art. 1472, apartado 2, c.c. Frente a ello, la parte débil de la relación, el comprador del futuro bien y, en este caso, del inmueble en construcción, debe tener garantizados sus propios derechos, entre los cuales destaca el efecto restitutorio. Y, entre las muchas cuestiones que se derivan, está la posibilidad de entrar en la disponibilidad de los anticipos pagados, posibilidad que a menudo parece comprometida cuando se produce una situación de crisis de la empresa vendedora-constructora. El problema se planteó, como parece evidente, en todos los casos en que un desembolso inmediato de dinero por parte del comprador de un inmueble en construcción fue acompañado de una transferencia no inmediata de la propiedad u otro derecho real a este último. Los efectos meramente obligatorios -y no reales- que se producen en tales circunstancias, determinaban en caso de crisis del constructor, no sólo la imposibilidad del comprador para obtener la terminación de la obra, sino también, si lo considera oportuno, la ejecución en forma específica de la obligación de concluir un contrato según el art. 2932 del Código Civil italiano<sup>30</sup>.

Y éste es precisamente el punto central que llevó al legislador a introducir la normativa protectora de 2005, que prevé un primer e inderogable nivel de protección orientado a la recuperación de las sumas ya pagadas. El hilo conductor de la legislación en cuestión, que, si bien establece importantes requisitos mínimos y aportaciones documentales con respecto al contrato preliminar, va más allá del mero reequilibrio de la relación y pasa a depender estrictamente de los derechos constitucionales subyacentes y, en este caso, de la necesidad de proteger el derecho al ahorro del comprador *ex* Art. 47 de la Constitución.

En este caso, la elección obligatoria ha sido ir más allá del acto de consumo, ya que la protección debe ir mucho más allá del consumidor por afectar a la persona como tal<sup>31</sup>. En realidad, no hay diferencia entre proteger el derecho al ahorro de quienes realizan un acto de consumo y quienes no lo hacen porque actúan como

<sup>28</sup> Sobre este punto, por último, G. D'AMICO, *La vendita immobiliare (un ventennio di interventi normativi)*, en *Contratti*, 2017, p. 87 ss.

<sup>29</sup> No es una coincidencia que, parte de la doctrina, propusiera la creación de una normativa europea uniforme sobre este punto. En este sentido, M. BASILE, *Per un diritto europeo a protezione degli acquirenti di immobili da costruire o da ristrutturare*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 78 ss.

<sup>30</sup> L. MEZZASOMA, sub *Art. 1*, en V. CUFFARO (coord.), *Codice del consumo*, 5ª ed., Milano, 2019, p. 1364 ss.

<sup>31</sup> Sobre la cuestión de la protección de quién parece ser, en el caso concreto que nos ocupa, el sujeto verdaderamente débil, véase lo que ya hace unas décadas escribió J.L. PERÉZ-SERRABONA GONZÁLEZ, *El contrato de seguro. Interpretación de las condiciones generales*, 1993, Granada, p. 228, "Es un principio también orientador, general o mejor, informador del ordenamiento jurídico: el principio pro consumatore, de cuya existencia y reconocimiento son prueba las normas citadas. Si el Código recoge la premisa de que hay que proteger al deudor y lo hace porque se entiende que éste es el débil, el nuevo principio, proteger al consumidor; deben interpretarse, en su caso, las normas, de tal modo que lo benefician, porque él sí es, en los contratos de consumo, la parte más débil de la contratación, hasta el punto de que si no es débil, si actúa en plano de total igualdad, puede no ser, incluso, consumidor"

profesionales. El art. 47 de la Constitución no hace ninguna distinción y así no puede hacerlo el decreto legislativo de 2005, que también debería haber ido más allá de la protección de la persona física en general para incluir a las personas jurídicas. Así pues, el mecanismo de protección establecido por la ley viene dado por la obligación de emitir una póliza de garantía<sup>32</sup> a primer requerimiento<sup>33</sup> para garantizar todos los anticipos pagados por cualquier persona física compradora en un contrato que no produzca efectos traslativos inmediatos, accionable ante una crisis certificada de la empresa, mecanismo que parece responder a esta necesidad<sup>34</sup>. De hecho, para que esta garantía se considere una protección válida para el comprador, el legislador ha previsto expresamente que debe cubrir todos los anticipos de dinero o de otra utilidad<sup>35</sup> que el constructor reciba del comprador antes de la transferencia de la propiedad del inmueble en construcción. La garantía, por lo tanto, no se limita únicamente a las sumas pagadas antes o en el momento de la celebración del contrato relativo al inmueble que se va a construir, sino también a todas aquellas sumas que, en función del mismo negocio, el comprador se ha comprometido a ingresar en las arcas del constructor antes de la finalización de las obras<sup>36</sup>.

A tal finalidad, cabe reiterar, que también es necesario proteger el derecho a la vivienda constitucionalmente garantizado. Aunque este derecho no está expresamente consagrado en nuestro texto constitucional, una correcta interpretación de la norma fundamental debería conducir a su inclusión entre los derechos de la personalidad protegidos y garantizados por el art. 2 Cons.<sup>37</sup>. De hecho, parece evidente que la propiedad de una vivienda, también como centro de

<sup>32</sup> Las peculiares razones de protección reconocidas en las disposiciones mencionadas justifican que se afirme el carácter inderogable de las disposiciones, incluso si una posible derogación de la obligación de garantía se "equilibra" con un tratamiento económico más favorable para el comprador del inmueble en construcción. Los eventuales pactos derogatorios del marco legal deben, entonces, considerarse nulos. En este sentido, G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2005, p. 117 s.; A. BARALE, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: dall'esperienza francese alla nuova normativa italiana*, en *Contr. impr./Eur.*, 2005, p. 827.

<sup>33</sup> A este respecto, v. F. GALBUSERA, en G. SICCHIERO (coord.), *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire*, Padova, 2005, p. 78; R. TRIOLA, *Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente*, Milano, 2005, p. 84 s. En términos generales, L. RUGGERI, *La fideiussione*, en L. RUGGERI y S. MONTICELLI, *Garanzie personali*, en *Tratt. dir. civ. del Consiglio nazionale del notariato*, dirigido por P. Perlingieri, Napoli, 2005, p. 138 ss.

<sup>34</sup> Sobre este aspecto, v. Cass., de 29 de agosto de 2019, n. 21792, en *Il caso.it*, n. 22773, donde, en los fundamentos, se centra en la "causa concreta de la garantía emitida a favor de los futuros vendedores".

<sup>35</sup> Póngase el ejemplo de la permuta del terreno edificable a cambio del futuro apartamento que se construirá. En este caso, la póliza de garantía debe cubrir el valor de la propiedad transferida a favor del constructor que está obligado a construir el inmueble y, una vez terminada, a transferir parte del mismo al propietario original del terreno edificable.

<sup>36</sup> L. MEZZASOMA, sub *Artt. 2 - 3*, en V. CUFFARO (coord.), *Codice del consumo*, cit., p. 1387, en la que se señala que "a fin de evitar una fácil elusión de las nuevas normas, se decidió obligar al constructor a proporcionar una garantía adecuada para todo lo que se cobrará excluyendo únicamente lo que se le pagará al mismo tiempo que la transferencia del derecho de propiedad del inmueble: un primer depósito, tal vez reducido, cubierto por una póliza de garantía no exime de la obligación de una póliza que cubra los siguientes anticipos que podrían ser mucho más cuantiosos que el primero". Esta circunstancia exige la adopción de pólizas que garanticen un límite máximo igual a los anticipos que el comprador se compromete a pagar con una cobertura progresiva que crezca al crecer las cantidades efectivamente pagadas por el mismo en el curso de la relación que lo vincula al constructor. En este punto, F. MACARIO, en AA.VV., *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D.lg. 122/2005 e prospettive*, Milano, 2006, p. 113; A. PAOLINI y A. RUOTOLO, *Alcuni aspetti problematici nel decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, en *Riv. not.*, 2005, p. 893; L. MEZZASOMA, *Il «consumatore» acquirente di immobili da costruire fra diritto al risparmio e diritto all'abitazione*, Napoli, 2008, p. 121 ss.

<sup>37</sup> Extensamente, sobre la cuestión, L. MEZZASOMA, *o.u.c.*, p. 215 ss. Cfr., además, C. ABATANGELO, sub *Art. 1*, en G. DE CRISTOFARO y A. ZACCARIA (coords.), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, 2ª ed., Padova, 2013, p. 1511.

agregación de todo el núcleo familiar, sea un elemento de interés central para garantizar el pleno desarrollo de la personalidad humana y, por lo tanto, de ver respetado el principio personalista integrado por la disposición constitucional antes mencionada<sup>38</sup>.

### 3.b. Aspectos críticos

Sin embargo, más de diez años después de la entrada en vigor de la ley, ha resultado que a menudo el constructor-vendedor, aprovechándose de compradores desprevenidos, no emite la mencionada póliza, sabiendo perfectamente (a falta de sanciones administrativas o penales) que a lo sumo se expondrá a una nulidad del contrato preliminar celebrado, nulidad que difícilmente podrá ser invocada por el comprador, dado que ante una situación de escasa solvencia del constructor, este recurso raramente garantizará la recuperación efectiva de las sumas abonadas por él. La elección del recurso de nulidad relativa<sup>39</sup>, sin embargo, no ha generado dudas menores en la doctrina y problemas de aplicación igualmente evidentes<sup>40</sup>. Si sólo se presta atención en la función protectora que cumple la garantía, efectivamente, se comprende que la sanción de nulidad por falta de entrega de la misma puede ser un remedio adecuado sólo para las sumas que el comprador está obligado a pagar antes de la transferencia del derecho de propiedad del inmueble en construcción, pero no, por el contrario, para las sumas que ya ha adelantado a favor del constructor. Mientras que en el primer caso el comprador tendría derecho a no pagar las sumas alegando la nulidad del contrato que plasmó las mencionadas obligaciones; en el segundo caso, al alegar la nulidad, se encontraría en la situación de poder pedir la restitución de las sumas ya adelantadas, pero contra una persona (el constructor) que con toda probabilidad no será solvente en ese momento. De hecho, no hay que olvidar que la garantía, aunque se preste, sólo operará en caso de que el constructor entre en una "situación de crisis". Sólo en ese momento, en realidad, se plantea el problema concreto de que el comprador evite el peligro de recuperar las sumas adelantadas a favor del constructor apoyándose sobre la garantía<sup>41</sup>.

Se ha dicho que corresponde al notario, al momento de la firma del contrato preliminar que se va a transcribir, verificar el cumplimiento de la ley y, por lo tanto, de la emisión de la póliza de garantía en cuestión. Pero debemos preguntarnos si esto está sucediendo realmente. En mi opinión, a menudo no es así y, para obtener un resultado efectivo para el comprador, las soluciones que excluyen una fuerte

<sup>38</sup> Para una correcta interpretación del art. 2 const., v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, passim.

<sup>39</sup> Sin embargo, cabe señalar que la doctrina afirma pacíficamente que la limitación expresa de la legitimación de actuar únicamente a las partes protegidas no excluye que, en caso de que la declaración de nulidad conlleve ventajas para la parte contratante protegida, la misma también pueda ser reconocida por el juez. A este respecto, con referencia específica a la hipótesis de nulidad establecida por el D.lg. n. 122 del 2005 por no haber emitido la fianza, G. RIZZI, *Commento al decreto legislativo 20 giugno 2005 n. 122*, en *Notariato*, 2005, p. 440; F. DI MARZIO, *Crisi d'impresa e contratto. Note sulla tutela dell'acquirente di immobili da costruire*, en *Dir. fall.*, 2006, p. 44 s.; L. MEZZASOMA, *Il «consumatore» acquirente di immobili da costruire fra diritto al risparmio e diritto all'abitazione*, cit., p. 151; A. CILENTO, *L'acquisto di immobili in costruzione tra rischio economico e tutela della persona*, Napoli, 2010, p. 113 ss.; I. MASPEL, *Nullità sopravvenuta del preliminare di compravendita di un immobile da costruire*, en *Contratti*, 2017, p. 325 ss.

<sup>40</sup> Previamente, sobre la cuestión, v. S. DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria negli acquisti di immobili da costruire (fra obbligo ed onere)*, en *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 615.

<sup>41</sup> Sobre tales aspectos, v. ampliamente, G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, cit., p. 12; G. D'AMICO, *Vendita dell'immobile da costruire e fallimento*, en *Dir. fall.*, 2007, I, p. 243.

responsabilidad disciplinaria del notario (*ex art. 28 l. not.*)<sup>42</sup> ante los casos de nulidad relativa de la escritura deben ser absolutamente superadas<sup>43</sup>. Como ha señalado la doctrina autorizada, el notario debe estar sujeto a la obligación de un control generalizado de la legalidad comunitaria y constitucional que hace adoptar al art. 28 L. Not. un nuevo significado<sup>44</sup>.

También, en lo que respecta a la no emisión de la garantía, un contrato que incumple esta obligación principal conduce a una violación abierta del art. 47 de la Constitución. Se considera adquirido, también por la jurisprudencia, el hecho de que la evaluación de la *meritevolezza*, por un lado, debe ir más allá de los contratos atípicos a los que se refiere el art. 1322 c.c. y referirse también a los contratos típicos y, por otro lado, debe realizarse con una evaluación en positivo, en la verificación de la correspondencia a los principios y valores del sistema. Ejemplos de ello son, entre muchos otros, las numerosas sentencias de la *Corte di Cassazione* sobre los denominados contratos *for you* o en tema de cláusulas *claim made*<sup>45</sup>. Por eso me pregunto si un contrato en el que hay una omisión en el cumplimiento de la obligación de emitir la póliza de garantía exigida por la ley, supera el juicio de *meritevolezza*. En mi opinión, la respuesta debe ser negativa. Por lo tanto, considerar, aún hoy, que la celebración de contratos preliminares que se transcriben en ausencia de la emisión de la póliza de garantía conduce consigo a limitar las responsabilidades disciplinarias del notario a la luz de las consecuencias que produce la celebración de escrituras afectadas por la nulidad relativa, es una solución que no parece aceptable; cabe, entonces, añadir que siempre existe el art. 135 L. Not., en su nueva redacción, que sanciona las omisiones de los deberes del notario que no dan lugar a la nulidad del acto. Sin duda, la solución propuesta para resolver la mencionada crítica es adecuada si las partes recurren a un contrato preliminar mediante escritura pública o privada autenticada, no resultaría como tal si las partes se limitaran a estipular el contrato mediante una simple escritura privada.

### 3.c. Las recientes modificaciones legislativas

La actualidad de la disciplina en cuestión ha llevado a la normativa a una nueva vida y a encontrar nuevos apoyos por efecto, de un lado, de la intervención del *Corte*

<sup>42</sup> Con especial referencia a la responsabilidad del notario en relación con los instrumentos de protección a los que se refiere el D.lg. n. 122 del 2005, v. N. DISTASO, *La responsabilità civile e disciplinare del notaio nel caso della violazione della legge sugli immobili da costruire*, en *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 53 ss. En general, A. FUSARO, *La responsabilità disciplinare del notaio per la redazione di atti invalidi*, en *Riv. not.*, 2012, p. 1075 ss.; F. TASSINARI, *La responsabilità disciplinare del notaio per atti ritenuti nulli da due consecutivi precedenti di legittimità*, en *Giur. comm.*, 2013, p. 678 ss.; I. PRISCO, *“Incertezze” applicative e responsabilità disciplinare del notaio ex art. 28 l. not.*, en *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 233 ss.; M. PIEMONTESE, *Art. 8, D.Lgs n. 122/2005: la responsabilità del notaio rogante*, en *Giur. it.*, 2017, p. 1054 ss.

<sup>43</sup> A pesar de que algunos creen que la responsabilidad disciplinaria del notario público a la que se refiere el art. 28 l. not. se aplica exclusivamente a los casos de escrituras afectadas de nulidad absoluta, cada vez es más evidente que esta responsabilidad se extiende también a las circunstancias en las que el contrato viciado se sanciona con una nulidad relativa. Para algunas referencias sobre el tema v. G. BERTI DE MARINIS, *La forma del contratto nel sistema di tutele del contraente debole*, Napoli, 2013, p. 232 ss. y en la bibliografía citada. En general, sobre la problemática inherente a este respecto, v. A. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, en *Riv. not.*, 2010, p. 285 ss.; S. PAGLIANTINI, *La responsabilità disciplinare del notaio tra nullità parziale, relatività della legittimazione e nullità inequivoca*, en *Contratti*, 2011, p. 921 ss..

<sup>44</sup> P. PERLINGIERI, *La tutela del “contraente debole” nelle negoziazioni immobiliari. Tracce di un possibile Convegno*, en *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 746 ss.

<sup>45</sup> V., L. MEZZASOMA, *Trasparencia y merecimiento de protección el el moderno derecho de los contratos*, en *Revista crítica de derecho privado*, 2017, p. 291 ss.

*costituzionale*<sup>46</sup> y, por otro lado, de la reciente promulgación del D.lg. n. 14/2019, el denominado *Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*<sup>47</sup>. Estas novedades están estrechamente vinculadas a algunas incoherencias que ya después de la entrada en vigor del D.lg. n. 122/2005 habían llamado la atención de la doctrina<sup>48</sup>, también con respecto a las soluciones adoptadas por el legislador que no parecían plenamente satisfactorias en relación con los objetivos perseguidos por él. Ciertamente, una protección aún más amplia que la prevista por el legislador en 2005 debería haber llevado a reflexionar tanto sobre el hecho de que la garantía "principal", es decir, la fianza, no debería funcionar sólo en el caso de que el vendedor se haya encontrado en una situación de crisis, sino también en otros casos en los que el efecto traslativo no se pueda producir - por ejemplo, en el caso de resolución del contrato solicitada por el comprador debido al incumplimiento del contrato por parte del vendedor, que no ha cumplido el plazo de entrega considerado esencial, o no ha construido el edificio con las características prometidas, de conformidad con el art. 1497 c.c., o incluso en los casos mencionados en los arts. 1482 y 1489 c.c. -; tanto en el hecho de que la fianza, al poner en práctica una "protección de carácter restitutorio" y no una protección de carácter "adquisitivo", no garantiza al comprador la posibilidad de adquirir efectivamente el inmueble contratado, sino que tiene por objeto hacer que el comprador recupere sólo las sumas ya pagadas; como en el hecho de que la sanción de nulidad relativa prevista para el caso de que no se preste la fianza parece totalmente inadecuada para proteger plenamente al comprador: en efecto, si se produce una situación de crisis o en cualquier caso nos encontramos ante la insolvenza del constructor, el comprador podrá hacer valer la nulidad del contrato celebrado en caso de no entrega de la garantía, en cambio, no podrá adquirir la propiedad del bien o recuperar lo ya pagado<sup>49</sup>.

Se trata de cuestiones que, aunque de menor envergadura, han dado lugar a algunas dificultades de aplicación, determinando tanto en el pasado<sup>50</sup>, como recientemente la reafirmación o modificación del sistema normativo vigente.

<sup>46</sup> La referencia es a Corte cost. 19 de febrero de 2018, n. 32, en *DeJure on line*.

<sup>47</sup> En aplicación de la Ley n. 155/2017 para la reforma de las normas que rigen la crisis de empresa y de la insolvenza, el legislador promulgó el D.lg. n. 14/2019 que contiene novedades significativas. A este respecto, entre muchos otros, véanse, M. FABIANI, *Etica, legalità e crisi d'impresa tra diritto ed economia al tempo delle riforme*, en *Fall.*, 2017, p. 1262 ss.; G. LO CASCIO, *La nuova legge delega sulle procedure concorsuali fra diritto ed economia*, *ibidem*, p. 253 ss.; S. DE MATTEIS, *I principi generali della legge delega di riforma delle procedure concorsuali*, en *Dir. fall.*, 2017, p. 1291; A. BENOCCHI, *Dal fallimento alla liquidazione giudiziale: rivoluzione culturale o make-up di regolamentazione?*, en *Giur. comm.*, 2017, I, p. 759 ss.; O. CAGNASSO, *Il diritto societario della crisi fra passato e futuro*, en *Giur. comm.*, 2017, I, p. 33 ss.; U. RANA, exposición introductoria realizada en el Congreso "Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", Perugia, 28 de junio de 2019.

<sup>48</sup> A este respecto, permitase la remisión a L. MEZZASOMA, *Il «consumatore» acquirente di immobili da costruire fra diritto al risparmio e diritto all'abitazione*, *cit.*, p. 8 ss. Más reciente, v. P. D'AMICO, *La vendita immobiliare (un ventennio di interventi normativi)*, en *Contratti*, 2017, p. 87 ss.

<sup>49</sup> F. ASTONE, *Vendita di immobili da costruire: la difficile distinzione tra acquirenti da tutelare e non*, en *Giur. cost.*, 2018, p. 1435 ss.

<sup>50</sup> Cabe recordar, por ejemplo, que la protección especial constituida por el régimen de la nulidad relativa ha sido posteriormente implementada mediante la posterior prevision de su inderogabilidad, contenida en el art. 10-*quater* del D.lg. 28 de marzo de 2014, n. 47 (Medidas urgentes para la emergencia de la vivienda, para el mercado de la construcción y para la Expo 2015), convertido, con modificaciones, de la L. 23 de mayo de 2014, n. 80, que al añadir el párrafo 1-*bis* all'art. 5 del D.lg. n. 122/2005, estableció que el comprador no podrá renunciar a las protecciones previstas por el citado decreto legislativo y cualquier cláusula en contrario es nula y debe entenderse como no puesta.

En este contexto, tampoco hay que olvidar la intervención de la *Corte costituzionale*, que en 2018<sup>51</sup> ha confirmado la legalidad del Decreto de 2005, considerándolo respetuoso y de plena aplicación del principio de igualdad (*ex art. 3 Const.*) y el derecho al ahorro (*ex art. 47, párrafo 2, Const.*)<sup>52</sup>. La *Corte costituzionale* concentró su atención en el objetivo perseguido por la legislación censurada, la de preparar una garantía específica para la confianza, digna de protección, que el comprador deposita en la ejecución efectiva de la construcción del inmueble objeto del contrato preliminar de compraventa.

En el plano normativo, el nuevo *Codice della crisi e dell'insolvenza* previsto en el D.lg. n. 14/2019<sup>53</sup>, cuya entrada en vigor se aplazó hasta agosto de 2020<sup>54</sup>, contiene muy pocas disposiciones sobre la compraventa, entre ellas los arts. 385 a 388, que entraron en vigor en los treinta días siguientes a la promulgación de la norma, es decir, desde el 14 de marzo de 2019<sup>55</sup>. Más allá de las disposiciones que se refieren a aspectos puramente técnicos inherentes al sujeto legitimado para emitir la garantía<sup>56</sup> -y esto como mayor garantía de la solvencia de la misma- las innovaciones más importantes se encuentran en la extensión de la sanción de la nulidad relativa y en la afirmación explícita del papel de garante del cumplimiento de la ley atribuido al notario, resolviendo algunos de los problemas expuestos anteriormente.

La nueva legislación resuelve las anteriores cuestiones, introduciendo, por una parte, el régimen de nulidad relativa del contrato con referencia también al incumplimiento de la obligación de aseguramiento y, por otra parte, prescribiendo la forma de la escritura pública o del contrato privado autenticado para la celebración de la escritura o el contrato que tenga por objeto la transferencia no inmediata de la propiedad u otro derecho real de uso sobre un inmueble<sup>57</sup>. Más detalladamente, el art. 386 del D.lg. n. 14/2019 se ocupa de la póliza de seguro para garantizar los vicios

<sup>51</sup> Corte cost., 19 de febrero de 2018, n. 32, en DeJure on line y en Dir. giur., 2018, p. 13 ss., con comentario de G. MARINO, Immobili da costruire: se non è stato ancora chiesto il permesso di costruire la tutela è solo quella codicistica; L. MEZZASOMA, La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: i recenti interventi legislativi e giurisprudenziali”, in Corr. giur., 2019.

<sup>52</sup> Cfr. L. MEZZASOMA, sub Art. 1, en V. CUFFARO (coord.), *Codice del Consumo*, cit.

<sup>53</sup> V. R. CALANDRINO, L'irrinunciabilità delle tutele dell'acquirente di immobili da costruire, la garanzia fideiussoria e la polizza assicurativa, en Nuove leggi civ. comm., 2015, pp. 66-120; G. RIZZI, D.L. 47/2014 e modifiche alla disciplina degli immobili da costruire, en Studi e materiali, 2014, p. 845 ss.; A. LUMINOSO, Contrattazione di immobili da costruire e nullità per mancata rilascio della fideiussione prevista degli artt. 2 e 3 del d.lgs. n. 122/2005, en Riv. giur. sarda, 2013, p. 101 ss.

<sup>54</sup> Y ello, siempre que las modificaciones que deban introducirse como consecuencia de la Directiva europea n. 1023 de 20 de junio de 2019 no supongan también un nuevo aplazamiento de su entrada en vigor.

<sup>55</sup> La referencia es a los arts. 385, 386, 387 y 388 del D.lg. n. 14/2019, cuya entrada en vigor está prevista a partir del trigésimo día siguiente a la publicación en la *Gazzetta ufficiale* del D.lg. n. 14/2019. Las nuevas normas se aplican a los contratos preliminares o definitivos relativos a los edificios de viviendas para los que se haya solicitado o presentado la licencia de construcción desde el 16 de marzo de 2019. De conformidad con el párrafo 3 del art. 389 del Código, las nuevas normas se aplican incluso antes de la aprobación de los decretos ministeriales encargados de dictar los formularios *standard* de la fianza y de la póliza de seguro: en este caso el contenido de estos negocios será determinado por las partes «en cumplimiento de cuanto se prevea en las disposiciones mencionadas».

<sup>56</sup> En concreto, con arreglo al art. 385 del D.lg. n. 14/2019, que modifica el art. 3 del D.lg. n. 122/2005, la fianza para garantizar los pagos anticipados del precio del inmueble, podrá ser emitida sólo por entidades bancarias y compañías aseguradoras, eliminando así, de las partes emisoras, a los intermediarios financieros.

<sup>57</sup> Cfr. R. CALANDRINO, L'irrinunciabilità delle tutele dell'acquirente di immobili da costruire, la garanzia fideiussoria e la polizza assicurativa, cit., p. 66 ss.; M.C. PAGLIETTI, La nullità della vendita di immobili da costruire per mancata prestazione della garanzia fideiussoria, en Riv. dir. priv., 2007, p. 103; L. MEZZASOMA, exposición realizada en el Congreso “Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza”, Perugia, 7 de mayo de 2019.

del bien, su contenido y características, modificando el art. 4 del D.lg. n. 122/2005 e introduciendo, precisamente, la sanción de la nulidad relativa del contrato que operará en caso de no contratación y entrega de la misma por parte del constructor al comprador. A este respecto, en lo que se refiere a las normas sobre los bienes inmuebles que se han de construir, con la llegada de la reforma es posible observar una "anhelada duplicación" de la norma ya establecida por el 2 del D.lg. n. 122/2005 para la hipótesis de la falta de garantía. El D.lg. n. 14/2019 añade, así, al párrafo 1 del art. 4 del D.lg. n. 122/2005, la frase "bajo pena de nulidad del contrato que sólo puede ser ejecutado por el comprador". Esta disposición resulta ser coherente con el alcance del art. 5, del D.lg. n. 122/2005, en virtud del cual es nula y debe entenderse como no puesta la cláusula por la que el comprador renuncie a la tutela otorgada por el decreto<sup>58</sup>. La intervención de la reforma, bajo este aspecto específico, se convierte, por lo tanto, en sintomática de una visión que ya no es sólo sancionadora, sino protectora de la nulidad, destinada a proteger a la parte contratante débil<sup>59</sup>. Por otra parte, siempre con el fin de ofrecer una mayor protección a la parte contratante más débil, se ha incidido en el sistema de protección para el que compra, contemplando no sólo la obligación del constructor de entregar al comprador una fianza que garantice el reembolso<sup>60</sup>, en caso de crisis de la empresa, de todas las sumas pagadas o por pagar antes de la transferencia definitiva de la propiedad, sino también la obligación de entregar al comprador, en el momento de la transferencia de la propiedad, una póliza de seguro de diez años de duración (denominada década póstuma) que garantiza tanto los defectos del inmueble y, por tanto, inherentes al mismo, como los daños a terceros derivados de la ruina total o parcial del edificio (art. 2053 c.c.). Como confirmación, el art. 386, párrafo 1-*quater*, establece que "la escritura de transferencia debe contener la mención de los extremos identificativos de la póliza de seguro y de su conformidad con el decreto previsto en el párrafo 1-*bis*". Esta disposición reafirma la inderogabilidad de la garantía otorgada. Por otra parte, en consonancia con las cuestiones críticas puestas de relieve por la doctrina y la necesidad de poner en práctica la función del notario de control de la legalidad, el art. 385, párrafo 1, letra b), establece que el notario debe expedir el certificado de «no haber recibido a la fecha de la escritura de transferencia de propiedad la póliza de seguro con arreglo al decreto ministerial (...)». En la misma línea se incluye también el art. 388 que modifica el art. 6 del D.lg. n. 122/2005, disponiendo en el punto 1, letra. a), la obligación de celebrar el contrato preliminar y cualquier otro contrato dirigido a la adquisición de la propiedad sobre bienes inmuebles<sup>61</sup>, mediante escritura

<sup>58</sup> Sobre el hecho de que el principio de que no se puede renunciar a la protección es ahora un principio establecido, v., *ex multis*, G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 13 ss; P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 37 ss.; E. BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, 2014, p. 927.

<sup>59</sup> F. ASTONE, *Vendita di immobili da costruire: la difficile distinzione tra acquirenti da tutelare e non*, cit., p. 1437 s.

<sup>60</sup> En la jurisprudencia, Trib. La Spezia 9 de junio 2016, n. 477, en *DeJure on line*; Trib. Modena de 22 de junio de 2017, n. 1091, *ivi*, que, al pronunciarse sobre la validez de la garantía, señala que ésta sigue siendo válida hasta que no se logre la finalización del programa de transferencia del inmueble a favor del beneficiario. Sólo entonces el comprador ya no necesita ninguna protección de los anticipos pagados al constructor, dado que se ha convertido en el propietario del bien por el que ha pagado el precio.

<sup>61</sup> A este respecto, cfr., v. B. PROTANO y P. VENDITTI, *Il contratto preliminare e il problema della applicabilità o meno allo stesso della normativa edilizio-urbanistica alla luce dei più recenti orientamenti di dottrina e*

pública o escritura privada autenticada, con la intervención de notario público, quien está obligado no sólo a comprobar, mencionándolo en la escritura de compraventa, que el constructor ha expedido al comprador una póliza de seguro de indemnización por diez años para cubrir los daños directos y materiales al inmueble, incluidos los daños a terceros (art. 2053 c.c.), a la que el constructor está obligado en virtud del art. 1669 c.c., sino también a certificar, de acuerdo con el art. 388 letra *b*), la exactitud de la fianza, que, a su vez, debe ser conforme con el modelo ministerial. Como garantía adicional, está previsto que el notario no firmará la escritura en ausencia de fianza. De tal manera que se hace imprescindible la intervención del funcionario público, a quien se le encomienda la tarea de garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales<sup>62</sup>. Al mismo tiempo, la escritura pública y la escritura privada autenticada con la reforma se convierten en elementos esenciales del contrato, con la consecuencia de que el incumplimiento de la obligación de celebrar el contrato preliminar en la forma prescrita conduce a la nulidad absoluta del contrato por falta de forma. Se refuerza, pues, el papel del notario, papel que acaba por implicar directamente las garantías que deben aportarse al comprador, teniendo en cuenta las comprobaciones que debe realizar y las consecuencias en cuanto a su posible responsabilidad profesional. La centralización de la función del notario se convierte así en un instrumento con el que el legislador pretende garantizar la correcta aplicación del D.lg. n. 122/2005 y con el que evitar disposiciones negociales en conflicto con la normativa y su *ratio*.

#### **4.- Conclusiones**

Parece obvio que querer sacar algunas conclusiones en un campo de investigación fuerte y reiteradamente afectado por cambios normativos más trascendentes, como el contrato de compraventa -o mejor dicho los contratos de compraventa- sigue siendo la figura central en el panorama de los instrumentos jurídicos de distribución de bienes. Desde este punto de vista, parece crucial dirigir la atención de los legisladores (tanto europeos como nacionales) hacia la necesidad de preparar normas sectoriales para proteger al comprador -no necesariamente consumidor- que encuentran su justificación en parte en la necesidad de regular correctamente el mercado y, por otra parte, en la necesidad de alcanzar una correcta articulación de la relación comercial para crear las condiciones que aseguren al comprador la realización de los intereses, sean patrimoniales o no patrimoniales, que el mismo quería lograr mediante el contrato.

Todo el sistema de las compraventas - tanto de origen europeo como nacional - gira en torno al establecimiento de reglas imperativas que doblegan la autonomía de la voluntad - que por lo demás es libre de ampliar su capacidad de crear normas - a las necesidades que el sistema quiere lograr a través de dichos contratos.

La Directiva sobre la venta de bienes de consumo, además de imponer la máxima armonización de los derechos nacionales, exige expresamente que las disposiciones en ella contenidas sean obligatorias y, por consiguiente, establece la inderogabilidad acordada de las mismas. Lo mismo se hará en relación con las normas contenidas

---

giurisprudenza, en Riv. giur. ed., 2017, p. 151 ss.; I. MASPES, Nullità sopravvenuta del preliminare di compravendita di un immobile da costruire, en Contratti, 2017, pp. 326-334.

<sup>62</sup> De conformidad con el art. 388 del D.lg. n. 14/2019, que modifica el art. 6 del D.lg. n. 122/2005, entre las especificaciones del contrato preliminar, queda confirmada la inclusión de los detalles de la garantía, pero a ello se añade la certificación de su conformidad con el modelo normalizado definido por el Decreto Ministerial.

en el D.lg. n. 122 del 2005 (y sucesivas modificaciones), en el que la importancia axiológica de los intereses que el comprador del inmueble pretende perseguir, obligan a sancionar con la nulidad del contrato los eventuales incumplimientos. Se trata, por tanto, de invalidez cuya disciplina se ve fuertemente afectada por los fines protectores que el ordenamiento pretende alcanzar a través de las disposiciones esenciales infringidas y, por tanto, debe respaldarse por elementos protectores como la legitimación relativa a hacer valer el defecto que, de hecho, priva al profesional de la posibilidad de aprovechar los efectos producidos por la nulidad. Surge, en última instancia, un marco normativo sumamente complejo y heterogéneo regido por principios comunes que, inspirando las nuevas disposiciones sectoriales sobre la compraventa, proporcionan al intérprete otros elementos útiles para construir un derecho de las partes contratantes más débiles que no termina con la protección del consumidor en sentido estricto.