

# El consumidor en la venta de bienes de consumo en Italia. Notas de derecho comparado<sup>1</sup>

**SABRINA LANNI**

Profesora titular de Derecho privado comparado  
Universidad de Milán

## RESUMEN

*Si bien es cierto que la intervención jurídica europea se ha movido por un supuesto desequilibrio entre las partes de la relación de consumo, es igualmente cierto que ha constituido en sí misma un factor de perturbación de las disposiciones de los códigos civiles, relativas a la autonomía y a la libertad contractual. En el marco de un debate sobre la figura del consumidor en el derecho italiano y comparado, la autora busca identificar el carácter y las peculiaridades de la figura, para delinear mejor las conexiones entre el código civil y el código de consumo, teniendo en cuenta las nuevas formas de consumo y los problemas de demarcación subjetiva que plantean.*

## PALABRAS CLAVE

*Tutela del consumidor, codificación del derecho, armonización del derecho, nuevos matices lingüísticos, circulación de modelos jurídicos.*

## ABSTRACT

*Even if the European law system has indeed dealt with the possible loss of equilibrium between the parties involved in consuming transactions, it is for sure true that this intervention has represented in itself a factor of disturbance against the provisions of the Civil Codes dealing with the freedom of contract. In the context of a debate concerning the consumer in the Italian as well as Comparative Law, the Author makes an effort to identify features and*

---

<sup>1</sup> Este trabajo forma parte de las actividades realizadas para el Proyecto Europeo Jean Monnet Module-HELACOL y es el resultado de una reflexión sobre el tema con ocasión de dos congresos celebrados en Santiago de Chile (septiembre 2017) en la Universidad Diego Portales y en la Universidad Alberto Hurtado.

*peculiarities of this figure, in order to describe in the best possible way the connections between the Civil Code and the Consumer Law Code, also considering the more recent patterns of consuming and the problems of subjective distinction implied by them.*

### KEY WORDS

*Consumer protection, codification, harmonization of law, law and language, comparative legal models.*

SUMARIO: 1. *La tutela del consumidor en el marco europeo del derecho de los contratos.*—2. *Una mirada desde la disciplina de la venta de bienes de consumo.*—3. *El contrato de venta de bienes de consumo y el papel de los formantes del derecho.*—4. *El modelo italiano de Código de Consumo mirando al futuro.*

## 1. LA TUTELA DEL CONSUMIDOR EN EL MARCO EUROPEO DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS

En el marco legal europeo se puede identificar un conjunto de reglas en favor del consumidor, que van desde el Tratado de Maastricht de 1992, hasta la Carta de Niza de 2000, pasando por el Tratado de Amsterdam de 1997, y que muestran como la política de protección del consumidor ha ganado su propia independencia e importancia como objetivo específico de la Unión Europea<sup>2</sup>.

Por parte de la Comisión Europea aparece un camino marcado por la adopción de varios «Planes de Acción Trienales», que se componen de una serie de directivas y, más ampliamente, de actos, de los cuales la Carta Europea de Derechos Fundamentales, publicada en 2000, jurídicamente vinculante desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, constituye uno de los elementos más significativos<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> «En las políticas de la Unión Europea se garantiza un alto nivel de protección de los consumidores»: el artículo 38 de la Carta de Niza constituye el *acquis communautaire* en materia de protección de los consumidores, no por el reconocimiento de un nuevo derecho subjetivo, sino por el reconocimiento oficial de la protección de los consumidores como principio fundamental de la política de la UE.

<sup>3</sup> El discurso se hizo más animado especialmente siguiendo los códigos del sector, incluyendo el *Codice di consumo* italiano (decreto 6 de septiembre de 2005), el *Código de la Consommation* francés (l. 93949 del 26 de julio de 1993) y el *Código de la Consommation* luxemburgés (8 de abril de 2011). El punto de referencia de las discusiones doctrinales europeas encuentra un punto de referencia común sobre las reflexiones acerca del hecho de que el derecho del consumidor sea un derecho especial pero también un derecho independiente (cf. J. CALAIS-AULOY, *Un code, un droit*, en AA. VV., *Après de la Code de la consommation, grands problèmes choisis*, coord. J. Calais-Auloy y H. Causse, Paris, 1995

Este conjunto de reglas ha llevado a lo que la doctrina italiana y europea define como un “nuevo derecho europeo de los contratos”<sup>4</sup>. Se trata de un conjunto de reglas basadas esencialmente en dos elementos fundamentales: por un lado, la introducción de una nueva distinción entre los contratos comerciales y contratos de consumo, y, por otro lado, la introducción de nuevas medidas de protección para una sola de las partes contratantes, la pasiva. Esto último es lo que se verifica en particular en los contratos que se perfeccionan por adhesión, concluidos por formularios, o aquellos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles<sup>5</sup>.

El punto de partida de la intervención europea es la debilidad del consumidor, es decir, aquella debilidad manifestada en el contexto del mercado y que las investigaciones sociológicas han identificado antes que las jurídicas<sup>6</sup>. El consumidor está protegido no por su *status* de inferioridad respecto al proveedor, sino por el poder disminuido o comprometido, que puede ocurrir en determinadas relaciones de consumo, en la autodeterminación negocial<sup>7</sup>. Esto ha conllevado la necesidad de crear una legislación típica, que sea capaz de defender su debilidad con mayor especificidad de lo que puede hacer el sistema de derecho común, basado en la lógica del contrato y en la igualdad de las partes<sup>8</sup>.

p. 11; A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai «codici di settore» (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, en *Rivista di diritto civile*, 2016, p. 136).

<sup>4</sup> La bibliografía italiana que ha hecho referencia particular al «nuevo derecho contractual europeo» es muy amplia (entre otros, se puede hacer referencia a los trabajos de Capobianco, Carleo, Castronovo, De Cristofaro, Navarretta, Patti, Sirena). Lo que es importante señalar aquí es que la «novedad» está relacionada con la sucesión de diferentes representaciones del concepto de mercado, en las que se puede ver la evolución de diferentes modelos jurídicos, que por supuesto son el reflejo de diferentes épocas históricas a través de las cuales la libre expresión del consenso, proclamada por el Código Civil francés y por los códigos civiles inspirados en él, entra en crisis para dar lugar a la consideración de una igualdad «inexistente» entre las partes del contrato (para una reconstrucción histórico-comparativa véase M. L. CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica. Segmenti normativi e costruzione unitaria*, Milano, 2016, pp. 1-44).

<sup>5</sup> V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, en *Corriere giuridico*, 2, 2009, pp. 271 ss.

<sup>6</sup> *Marketing* y teorías sociológicas se han entrelazado y han favorecido la interpretación de la evolución del consumo en la sociedad europea también en referencia a los aspectos más estrictamente jurídicos; sobre la relevancia de los estudios sociológicos por el tema de los derechos del consumidor cf. a A. CARRÚ-B. COVA, *Sociologia dei consumatori: modernità, postmodernità e oltre*, en AA. VV., *Prodotto, consumatore e politiche di mercato quarant'anni dopo*, Milano, 2012, p. 22.

<sup>7</sup> Sobre el tema cf. A. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, Torino, 2017, p. 296 donde el autor hace hincapié que la idea de debilidad no es immanente (en este caso, debería ser protegida la persona como tal y no el consumidor) sino que es contextualizada en el mercado y en las asimetrías que surgen en él, como aparece confirmado por la Directiva 2011/83/UE.

<sup>8</sup> Desde el punto de vista sistemático, la mayor parte de las experiencias jurídicas contemporáneas han llevado la protección del consumidor de inmediato fuera de la lógica de los códigos civiles (este es un fenómeno muy singular en el sistema jurídico latinoamericano). Cada país ha elaborado en los últimos treinta años una ley especial sobre los dere-

Si bien es cierto que la intervención jurídica europea se ha movido por un supuesto desequilibrio entre las partes de la relación de consumo, es igualmente cierto que la misma ha constituido en sí misma un factor de perturbación de las disposiciones de los códigos civiles relativas a la autonomía y a la libertad contractual, o más bien de aquellas disposiciones que los códigos civiles, como el italiano de 1942, han aceptado, como valor universal, los principios generales del derecho contractual<sup>9</sup>.

Cada directiva europea, y por lo tanto cada legislación nacional de referencia, ha elaborado definiciones independientes de la figura del consumidor. Las directivas mismas, más allá de unas pocas diferencias en el léxico, proporcionan una definición mínima y básicamente orientada en el sentido negativo de «consumidor», teniendo en cuenta solo la «persona física», y no a la «persona jurídica» que actúe con un propósito ajeno a su profesión, oficio o negocio y ejerce una actividad para la satisfacción de necesidades personales, conexas a su persona o a su propia familia<sup>10</sup>.

Esta definición mínima conduce a excluir a las personas jurídicas, como también a las micro y pequeñas empresas que llevan a cabo actividades con fines no profesionales, es decir, actividades dirigidas a la satisfacción de sus necesidades. Aquí deben remarcar los dos criterios fundamentales que alimentan el concepto europeo del consumidor: «el objetivo perseguido» –que es la indicación de lo que el consumidor debe hacer o el uso a que el individuo no tiene que asignar el bien o servicio– y, por otra parte, «la limitación subjetiva» relativa a su persona. Estos criterios, además,

---

chos de los consumidores (cf. B. SCHULLER, *The definition of consumers in EU consumer law*, en *European consumer protection: theory and practice*, coord. J. Devenny y M. Kenny, Cambridge, 2012, pp. 123 ss.). De todas maneras, en clave comparativa, debe señalarse que las leyes especiales sobre el derecho de los consumidores corresponden esencialmente a una doble tendencia en la expansión del derecho mismo. Por un lado, los consumidores se agrupan según su grado de cuidado (vulnerable, *smart*, responsable, diligente); y por otro, los mismos se agregan en referencia al objeto del contrato (mercados financieros, ventas a distancia, transacciones *on-line*).

<sup>9</sup> La intervención europea ha favorecido la creación de diferentes normas estatutarias que han llevado a un cambio crucial desde la unidad a la pluralidad de las figuras del contrato, así como un replanteamiento de los caracteres de la disciplina general del contrato, sobre el cual véase P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, en *Rivista di diritto civile*, 2006, pp. 787-823.

<sup>10</sup> La existencia de estas diferentes definiciones atestigua la incertidumbre y las dificultades del legislador europeo para conceptualizar la figura del consumidor de manera unificada, y superar así las divergencias existentes entre las legislaciones de cada Estado miembro, que a menudo se derivan de enfoques sustancialmente diferentes. Este es el caso, en particular, de las normas sobre cláusulas abusivas (Directiva 93/13/CEE), en las que los principales problemas se derivan de la existencia de dos modelos jurídicos diferentes de protección, representados por la experiencia francesa y alemana, la primera cuidadosa de los «contracts conclus entre professionnels ou consommateurs», la segunda más atenta a la figura del adherente «Vertragspartner des Verwenders».

aparecen en la definición del consumidor elegida por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento europeo y del Consejo<sup>11</sup>.

La conceptualización europea de consumidor (por lo menos la inicial) crea disparidades entre los «consumidores persona física» y algún tipo de «consumidores persona jurídica». También la definición misma no parece fácil de aplicar con referencia al «criterio de finalidad», en cuanto pueden presentarse diversas posibilidades de uso mixto del bien o del servicio objeto de la relación de consumo<sup>12</sup>. Estas posibilidades, en que el bien o servicio adquirido es útil para la actividad profesional o empresarial y para la satisfacción de las necesidades del consumidor al mismo tiempo, parecen puestas a la vanguardia de la atención del jurista por el desarrollo de la *sharing economy*<sup>13</sup>.

Hay un concepto no lineal de consumidor que entra en conflicto con una jurisprudencia unitaria, cuya atención, sin embargo, parece deslizarse a lo largo de los años, desde los límites subjetivos a las características objetivas de la relación de consumo.

En este sentido, la cuestión fue abordada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-464/01, *Johann Gruber c. Bay WA AG*. Según el Sr. Gruber, las tejas suministradas por Bay WA, utilizadas por el primero para cubrir el techo de su finca, tenían grandes diferencias cromáticas, a pesar de la promesa de un color uniforme, y ello implicó que el techo debía ser rehecho, en detrimento de los intereses y derechos conexos al contrato. En cuanto a la reclamación por daños y perjuicios presentada por el Sr. Gruber, como consumidor lesionado en sus derechos, se solicitó al órgano jurisdiccional remitente la posibilidad de evaluar, en caso de duda acerca de un contrato, los casos donde el contenido del mismo pudiera atribuirse tanto a la actividad privada como a la actividad profesional.

En síntesis, el Tribunal argumentó que una persona que haya celebrado un contrato relativo en parte a su actividad profesional y en parte ajeno a la actividad misma, no tiene derecho a acogerse a las normas específicas establecidas en el arts. 13-15 de la Convención de Bruselas sobre competencia jurisdiccional. Por eso, negó la cualificación de consumidor a quien, como el Sr. Gruber, había

<sup>11</sup> Cf. art. 2 donde se define el consumidor como «toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión».

<sup>12</sup> Esta es una definición rígida –asociada con la previsión del art. 2 b) de la Directiva 93/13– que no está en sintonía con las exigencias de justicia e igualdad, ni tampoco con la elaboración de un derecho contractual europeo común, que parece orientado a los problemas conectados con una visión asimétrica del contrato, expresada en la fórmula conocida como *gross disparity* (cf., entre otros, art. 3.10 Principios Unidroit).

<sup>13</sup> Cf. *infra* par. 4.

celebrado un contrato para un bien con función mixta privado-profesional, ya que esta última debe ser marginal en el contexto general de la actividad en cuestión<sup>14</sup>.

## 2. UNA MIRADA DESDE LA DISCIPLINA DE LA VENTA DE BIENES DE CONSUMO

Las mismas dificultades del contexto europeo surgen para llegar a un concepto exhaustivo de consumidor, respecto del que surgen también en el análisis de las normas del Código de Consumo italiano de 2005. En el art. 31, letra a), que implementa las previsiones inicialmente contenidas en el art. 1469 *bis* del Código Civil italiano, se establece que «el consumidor o usuario es la persona física que actúa con fines no relacionados con ninguna actividad empresarial o profesional». Se observa, sin embargo, una novedad del Código del Consumo con respecto a la disciplina del Código Civil: a la figura del consumidor se ha sumado la del usuario, en respuesta a la creciente atención que los legisladores contemporáneos ponen en los servicios<sup>15</sup>.

De esta disposición se deduce que solo la persona física que actúa para fines distintos de su actividad empresarial o de su profesión tiene derecho a estar protegida por las normas del Código de Consumo, y no por las disposiciones del Código Civil. Se excluye a todos los demás consumidores, aunque la doctrina italiana ha indicado inmediatamente, en el análisis de la redacción a propósito de la Directiva 93/13 sobre las cláusulas abusivas, la necesidad de ampliar el ámbito de aplicación subjetivo de dicha Directiva, mediante una expansión de la esfera de los sujetos protegidos y, por lo tanto, incluyendo las llamadas «empresas débiles» de la

---

<sup>14</sup> Podría ser un criterio de difícil aplicación, imponiendo al juez una difícil verificación *a priori*, y por este motivo el criterio mismo impone a la parte interesada demostrar que el uso profesional es irrelevante. Muchos son los *leading cases*; más allá de lo que se indica en el texto del párrafo, se recuerda *Shearson Lahman Hutton Inc.* (véase el asunto C-89/91), refiriéndose a una acción de recuperación de crédito realizada no por una persona física, sino por una empresa que se había convertido en cesionaria de derecho privado, como también se recuerda el caso *Verein für Konsumenteninformation c. Karl Heinz Henkel* (véase el asunto C-167/00), en la que el Tribunal de Justicia negó la aplicabilidad de normas especiales a una asociación de consumidores.

<sup>15</sup> Desde la perspectiva del derecho comparado, un ejemplo significativo es ofrecido a este respecto por las leyes latinoamericanas de protección del consumidor, que incluyen inmediatamente la figura del usuario en la delimitación subjetiva del consumidor (cf. por ejemplo art. 1.1 l. 19955/Chile; art. 1 l. 24240/Argentina; art. 2 l. 8078/Brazil; art. 3 l. 29571/Perú).

cadena de distribución, como también a los sujetos distintos de las personas físicas<sup>16</sup>.

El legislador italiano ha adoptado una definición restrictiva de la figura del consumidor y la misma fue observada también por la jurisprudencia italiana. Por ejemplo, en los fallos de la Corte de Casación (Sez. VI, 11/04/2013, n. 24731 y Sez. VI, 23/09/2013, n. 21763), los jueces han hecho referencia literalmente al «fin» y a la «limitación subjetiva» de origen europeo. La verdad, es que los jueces italianos al interpretar la definición del art. 3 a) del Código de Consumo, se mantienen bastante fieles a ella<sup>17</sup>.

La elección de limitar «subjetivamente» el marco de los actos legislativos nacionales de transposición de las directivas comunitarias, y también del Código de Consumo, hace hincapié no solo en la necesidad de que el legislador encuentre un balance o equilibrio a las desigualdades sustanciales, derivadas del diferente poder contractual de las partes del contrato, sino también en la desconfianza de regular en el marco de una misma disciplina problemas múltiples, que en sí mismos pueden dañar no sólo a los consumidores personas físicas sino también a algunos consumidores personas jurídicas, como por ejemplo los copropietarios o las pequeñas y medianas empresas.

Ciertamente, la intervención «obligatoria» y «adhesiva» del legislador italiano sobre las elecciones hechas anteriormente por el legislador europeo explica la falta de puntualidad del legislador italiano, en alinearse tanto con las legislaciones más avanzadas sobre el derecho de los consumidores, como con las indicaciones más elásticas promovidas entre la doctrina y jurisprudencia italiana. Esto no significa que la falta de apertura conceptual de la figura del consumidor a determinados tipos de sujetos que, aunque no sean personas físicas, utilicen y consuman para fines personales, no se haya oído en Italia como un problema al que responder.

El análisis de la jurisprudencia italiana muestra que la cuestión conceptual acerca de la figura del consumidor –a pesar de ser ampliamente debatida en la doctrina, tanto hasta parecer aburrida– no siempre es tan fácil de entender para determinar con claridad cuándo se aplica la disciplina del Código de Consumo<sup>18</sup>. De

<sup>16</sup> Cf. F. D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, en *Rivista di diritto civile*, 2001, p. 545; P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, cit., p. 816.

<sup>17</sup> Para una profundización del pensamiento de los jueces italianos se puede ver M. L. CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica. Segmenti normativi e costruzione unitaria*, cit., pp. 61 ss.

<sup>18</sup> Según la Corte de Casación (Sez. VI, 5/05/2015, n. 8904), es el acto de consumo final a «definir» subjetivamente al consumidor y no el uso del bien en una eventual y futura actividad comercial o profesional.

hecho, el problema mismo fue involucrado en una animada discusión –para interpretar y delimitar correctamente las normas de origen supranacional sobre el derecho del consumo– que posteriormente se reprodujo con ocasión de la Propuesta europea sobre el Reglamento CESL (*Common European Sales Good*)<sup>19</sup>.

Se trata de un problema cuya solución se refleja en el ámbito operativo de las diferentes obligaciones derivadas de los contratos. La limitación relativa al concepto de consumidor no surge solo en el contexto general del art. 3 recién mencionado, sino también en algunos ámbitos específicos, como el de la venta de bienes de consumo, disciplinado en los arts. 128-135 del Código de Consumo (anteriormente regulados por los arts. 1519 bis-1519 nonies del Código Civil), fruto de la incorporación de la Directiva europea 99/44 sobre «algunos» aspectos de la venta de bienes de consumo<sup>20</sup>.

La disciplina sobre la venta de bienes de consumo contenida en el Código de Consumo no pretende ser exhaustiva: en efecto, con referencia a la descripción de estos contratos de «venta», el mismo se refiere solo a «aspectos» estrechamente ligados a la falta de conformidad del bien entregado al consumidor en la ejecución del contrato de venta. Los demás problemas relativos a la misma tipología de contratos no vienen tratados por la Directiva (y, por eso, tampoco por el Código de Consumo), la cual se remite a la regulación interna de cada país. Por ello, por ejemplo, no se abordan temas como las obligaciones del adquirente, las obligaciones del vendedor sobre el deber de entregar los bienes en conformidad con el

<sup>19</sup> En la Propuesta de Reglamento CESL de 11 de octubre de 2011, la figura del consumidor fue revisada, prestando especial atención a aquellas situaciones en la que una de las partes es una PYME con finalidad comercial limitada, que no aparece de manera predominante en el contexto general del contrato específico. En la Propuesta misma se subraya un pequeño avance en la búsqueda de una definición europea de consumidor que permita introducir una unificación no obligatoria (cfr. art. 11 bis texto CESL emendado, 24 febrero 2014).

<sup>20</sup> La disciplina de la venta de bienes de consumo se encuentra en el capítulo I («della vendita di beni di consumo») del título III («garanzia legale di conformità garanzie commerciali per i beni di consumo») del Código de consumo, que en los arts. 128-135 ha transpuesto las disposiciones contenidas anteriormente en los arts. 1519 bis-1519 nonies del Código Civil - Capítulo I «della vendita» del título III «dei singoli contratti», del libro IV «delle obbligazioni», al parágrafo 1 bis «della vendita di beni di consumo» de la sección II («della vendita di cose mobili»), introducida en el derecho italiano por el decr. legisl. 2/2/2002, n. 24, por medio del cual se ha transpuesto a la legislación italiana la Directiva 1999/44/CE del 25/5/1999, que disciplina «ciertos aspectos» de la venta de bienes de consumo y de las garantías correspondientes. Ésta es una disciplina que en la transición del derecho europeo al derecho nacional ha creado muchos problemas de adaptabilidad –como se desprende del punto de vista sistemático mencionado– especialmente por el diferente régimen dogmático que ésta llevó. Sin poder entrar en el fondo de la cuestión, es interesante señalar que las dificultades en sí mismas se referían no solo al contexto italiano, sino también a los ordenamientos jurídicos de *civil law* (en este sentido se refiere a A. M. MORALES MORENO, *Adaptación de código civil al derecho europeo: la compraventa*, en *Anuario de derecho civil*, 2003, pp. 1609-1651).



contrato, la transferencia de la propiedad y las demandas por daños por la entregas no conformes del bien.

El legislador italiano ha optado por un enfoque minimalista. Al contrario, la doctrina italiana entendió que la directiva europea podría ser una oportunidad preciosa para hacer una «reforma general» de la compraventa, sobre todo para abandonar la centralidad de la reglas de garantía por defectos y remedios, y para introducir algunas reglas específicas sobre la inexactitud material de los bienes que se acercan a aquellas ya adoptadas en la Convención de Viena sobre la venta internacional de mercancías de 1980, al ser esta última claramente influyente en la preparación de la Directiva 99/44<sup>21</sup>.

Sobre el asunto, la relación entre lengua y derecho subraya una peculiaridad: la palabra «venta» se utiliza en el art. 128 del Código de Consumo en un sentido diferente y más amplio que el utilizado en el art. 1470 del Código Civil. En virtud de la «equiparación» del párrafo 1 del art. 128 del Código de Consumo puede entenderse que son abarcados todos los contratos por los que un profesional se compromete a proporcionar al consumidor la disponibilidad material y jurídica de un «bien de consumo», es decir, no sólo los contratos relativos al contrato de venta, sino también los contratos típicos como el de *leasing*.

Carece ahora de relevancia establecer si en la obligación asumida en favor del consumidor por un profesional, que se ha comprometido a entregar el bien de consumo, prevalece el componente de «*dar*» (por lo que habría un negocio jurídico que en la lógica de Código Civil podría ser calificado como venta de cosa futura) o de «*hacer*» (donde se estaría en un negocio cercano al tipo de contrato de obra), es decir: el nuevo contrato de venta se caracteriza en el derecho italiano por una «nueva» transversalidad<sup>22</sup>.

El contrato de venta debe proteger a la parte débil y el intérprete debe verificar quién pertenece a esta categoría. Hay dos perfiles: no denegar la justicia a situaciones que, más allá de la conceptualización de la figura en cuestión, podrían caer, en la lógica de la interpretación constitucional y comunitaria, en la categoría misma; y fomentar el diálogo entre la regla de garantía por defectos en la venta y el concepto de incumplimiento del contrato, con el fin de identificar el fundamento de los remedios otorgados al consumi-

<sup>21</sup> Sobre el tema véase G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Padova, 2000; S. PATTI, *Sul superamento della distinzione tra vizi e aliud pro alio datum nella direttiva 1999/44/CE*, en *Rivista di diritto civile*, 2002, pp. 623 ss.

<sup>22</sup> La observación es de G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo, Commento agli artt. 1519 bis - 1519 nonies del codice civile introdotti con il D. Lgs. 2 febbraio 2002, n. 24, in attuazione della Direttiva 1999/44/CE*, Padova, 2002, pp. 986 ss.

dor-comprador por el art. 130, apartado 2, Código de Consumo, que en cuanto remedios especiales no siguen las reglas comunes de responsabilidad.

### 3. EL CONTRATO DE VENTA DE BIENES DE CONSUMO Y EL PAPEL DE LOS FORMANTES DEL DERECHO

La disciplina italiana de la venta de los bienes de consumo no logra identificar y regular de forma exhaustiva todos los derechos del consumidor en caso de falta de conformidad con el contrato del bien de consumo, y en particular se abstiene de contemplar el derecho a la indemnización de los daños<sup>23</sup>. Ciertamente, esto no significa que el consumidor solo pueda invocar los derechos que se le asignan por el art. 130 del Código de Consumo, ya que, de acuerdo con el art. 135 del Código mismo, se establece que «las disposiciones del presente capítulo no afectarán a los derechos que se atribuyen al consumidor por otras normas del ordenamiento jurídico». Por ello, el consumidor que reciba un bien defectuoso tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios y también a la excepción de incumplimiento<sup>24</sup>.

En Italia, el contrato de venta está sujeto a dos regímenes diferentes en función de la calificación subjetiva de las partes del contrato: la venta del derecho común disciplinada en el Código Civil (art. 1490 y ss.) y la venta de consumo regulada en el Código de Consumo (art. 130 y ss.). La primera se aplica a los contratos celebrados entre consumidores (C2C) y entre los profesionales (B2B); y la segunda se relaciona con los contratos, tanto nacionales como transfronterizos, entre un profesional y un consumidor (B2C). Sin

---

<sup>23</sup> Esto es un carácter constante y común para la armonización de los contratos de consumo de la Unión Europea. R. TORINO, *I contratti dei consumatori nella prospettiva europea*, en AA. VV., *I contratti del consumatore*, coord. G. Alpa, Milano, 2014, p. 87, señaló que esta elección corresponde a un objetivo de intervención mínimo, con referencia tanto en lo que se refiere al perfil de las sanciones derivadas del incumplimiento por parte del operador económico profesional de las disposiciones de cada Directiva de protección de los consumidores, como al perfil de los instrumentos de protección judicial y extrajudicial a los que pueden recurrir los consumidores para cumplir con las disposiciones de armonización que se les han dictado para sus beneficios.

<sup>24</sup> Si el bien entregado no se ajusta al contrato, y hay condiciones para llamar al profesional para que responda de la «falta de conformidad», el consumidor puede recurrir al profesional por incumplimiento (art. 129, apartado 1, Código de Consumo), y afirmar los derechos contemplados en el párrafo 2 del art. 130 del Código de Consumo (reparación de la mercancía, sustitución, reducción de precio y resolución del contrato). Los remedios antes mencionados no están en el mismo nivel, sino que la elección entre los mismo por el consumidor se dispone en el derecho italiano por medio de una jerarquía: para una profundización véase G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit.

embargo, en virtud de la regla del art. 135 Código de Consumo, antes mencionada, algunas disposiciones del Código Civil seguirán siendo de aplicación a los contratos entre consumidores y profesionales, como, por ejemplo, en el caso de daños y perjuicios, al no estar regulado en la disciplina de consumo.

Naturalmente los criterios utilizados para identificar al consumidor son varios, entre ellos, por ejemplo, se hace referencia al uso de la factura con la indicación del IVA, que permite generalmente presumir los propósitos profesionales de compra conllevando la aplicación de la normativa del Código Civil (arts. 1490 y ss.) y no la de consumo (arts. 128 y ss.). A pesar de que este criterio en sí mismo no es fiable ya que el profesional que compra los productos con una simple factura podría tomar ventaja de la garantía a favor del consumidor (*ex art. 128 y ss. del Código de Consumo*).

El análisis de la protección de los consumidores en la venta de bienes de consumo y, más en general, en el Código de Consumo de 2005, subraya la centralidad que reviste la identificación «exacta» de la figura en cuestión en la experiencia jurídica italiana<sup>25</sup>. Entre los enfoques interpretativos del ámbito subjetivo de la disciplina consumerística, que podrían definirse de carácter extensivo, dos de las contribuciones fundamentales son aquellas promovidas por la doctrina sobre la base de la interpretación constitucional y también en relación con el análisis comparativo de corte «funcional». Sobre estas dos perspectivas, fijo mi atención.

Por medio del primer enfoque, la doctrina italiana ha hecho referencia al principio de igualdad substancial establecido en el art. 3 de la Constitución. Se hace referencia a esta disposición con el fin de demostrar la ilegalidad de los límites subjetivos conexos a la aplicación de una disciplina «general» y para querer huir de una regulación diferenciada (y discriminatoria) de situaciones subjetivas y contractuales similares o incluso idénticas. El segundo enfoque, también de raíz constitucional, es la referencia al art. 41, que protege la seguridad, la libertad y la dignidad humana mediante la realización de la iniciativa económica privada<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Es difícil hablar de una noción exacta, ya que el consumidor europeo, e inevitablemente el consumidor italiano, está sujeto a la transformación del mercado, como también del Estado y de la sociedad: cf. H.-W. MICKLITZ, *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2016, pp. 859 ss. que hace hincapié en cómo el consumidor pasa de un nivel nacional a un nivel europeo, desde los mercados nacionales hasta la realización del mercado europeo, donde la Unión Europea se ha convertido en el principal garante de los derechos que pertenecen a la figura del consumidor. Es decir, que el jurista italiano está frente a una garantía multinivel de las fuentes del derecho.

<sup>26</sup> Se trata de una norma que no permanece aislada en el contexto de la protección constitucional y de consumo, sino que encuentra un diálogo ferviente con el art. 2, en cuanto el mercado se está convirtiendo cada vez más en un lugar de vida, donde no solo se

La interpretación literal del artículo dedicado al concepto de consumidor podría provocar más de una preocupación, especialmente desde el punto de vista de la legitimidad constitucional. Parece difícil explicar cómo se puede argumentar que la persona que, por medio del servicio de correos, envía dos paquetes certificados está sujeta a dos disciplinas diferentes, debido solamente a que en un caso se trata de un regalo de cumpleaños y en el otro de un informe para un cliente.

Si, como es evidente, la premisa de la disciplina europea es la condición de debilidad contractual del consumidor, no se le puede imputar al contrayente una fuerza contractual inferior en el primer caso que en el segundo, en cuanto en ambos casos su capacidad de negociar con el proveedor de servicios e influir en el contenido del contrato es absolutamente la misma, es decir, prácticamente inexistente.

Sin embargo, esta interpretación ha buscado un muro de contención para su desarrollo en algunas sentencias del Tribunal Constitucional italiano<sup>27</sup>. De hecho, la limitación de la defensa de los consumidores solo a las personas físicas no ha sido vista por los supremos jueces italianos como una discriminación irrazonable, sino como un criterio útil para diferenciar al consumidor (de acuerdo con el actual art. 3 del Código de Consumo) al comprador y a las otras partes débiles del derecho civil común (en relación por ejemplo con los artículos 1341, 1342 y 1370 del Código Civil).

Y aún, otro ejemplo de una apertura hacia una conceptualización diferente de la figura del consumidor se encuentra por medio de las investigaciones comparatísticas, que han proporcionado una contribución fundamental<sup>28</sup>. A través de los trabajos de derecho comparado se ha señalado que una mejor solución podría ser la de enfocar la atención no solo sobre el «tipo de persona de consumi-

---

celebran ofertas, sino donde las personas físicas se encuentran, y por eso puede razonablemente considerarse como formación social donde la personalidad del hombre, reconocida y protegida por el art. 2 Constitución italiana, se puede desarrollar.

<sup>27</sup> En particular, se hace referencia a la sentencia del Tribunal constitucional italiano n. 469 de 22/11/2002, en la que los jueces han establecido una limitación a la interpretación amplia del concepto de consumidor, estableciendo que la definición de consumidor aceptada por el art. 1469 bis Código Civil (y ahora art. 3 del Código de Consumo), así como la protección que deriva para la figura misma, son transposiciones de normas de matriz europea, de modo que la introducción en el derecho italiano de una protección más amplia no sólo sería incompatible con el art. 11 de la Constitución, sino también con el principio de armonización del derecho europeo y con la lógica de la integración económica.

<sup>28</sup> Véase C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 268 donde se apoya la necesidad de dar cabida a un amplio concepto de consumidor con referencia a las jurisprudencias francesa e inglesa, de las que resulta claro que el consumidor (destinatario de la legislación europea) puede ser el pequeño empresario (*business consumer*) o más ampliamente el consumidor no profesional (*non professional*) en cuanto este último actúa fuera de su actividad y por eso se encuentra en la misma posición que el consumidor.

dor», sino en relación con la «incidencia del uso final del bien de consumo». Un ejemplo importante de una visión tan amplia se identifica en diferentes legislaciones nacionales del sistema jurídico latinoamericano, donde la relación entre la lengua y el derecho ha sido más rentable que en Europa<sup>29</sup>.

Uno de los primeros ejemplos latinoamericanos se encuentra en Brasil, donde bajo las regulaciones de la relación de consumo aparecen fundamentalmente dos cuestiones. En primer lugar, el término «vulnerabilidad». El consumidor, respecto del art. 2 de la l. 8078/1990, es la parte vulnerable del mercado porque está sujeto a la graduación de la fuerza (ya sea técnica, económica o jurídica) del proveedor (figura subjetivamente compleja y dominante). En segundo lugar, la importancia de relacionar al consumidor con el uso final de los bienes de consumo, como lo hace no solo la ley brasileña, sino también las argentina, chilena, colombiana, paraguaya, y peruana<sup>30</sup>.

La comparación entre la legislación italiana de protección del consumidor y la de los países extranjeros sugiere una diferencia esencial para la plena comprensión del modelo italiano. Uno de los ejemplos más significativos del sistema de *civil law* es el de Brasil, donde el concepto de «vulnerabilidad» juega un papel decisivo en la caracterización de la relación de consumo en lugar del de «debilidad». En el ámbito de la disciplina de la relación de consumo, la vulnerabilidad es un elemento fundamental para la conceptualización del consumidor, que es la parte vulnerable del mercado, ya que está sujeto a la graduación de la fuerza (ya sea técnica, económica o jurídica) que la figura subjetivamente compleja –y dominante– del proveedor ejerce sobre él<sup>31</sup>.

Este concepto incluye en sí mismo el de «*asimetría informativa*» que la doctrina italiana ha acogido y elaborado en su lugar para complementarlo o superponerlo con el de «*debolezza del*

---

<sup>29</sup> Se hace referencia a la relación entre lengua y derecho como fenómenos sociales íntimamente vinculados, que los comparatistas italianos, por medio de la doctrina de Rodolfo Sacco, han fijado como objeto específico de una disciplina de conocimiento científico, la «*traduttologia giuridica*»; para un enfoque al tema véase R. SACCO, *Riflessioni di un giurista sulla lingua (la lingua del diritto uniforme e il diritto a servizio di una lingua uniforme)*, en *Rivista di diritto civile*, 1996, pp. 57 ss.

<sup>30</sup> Cf. S. LANNI, *America Latina e tutela del consumatore: le prospettive del Mercosur tra problemi e tecniche di unificazione del diritto*, Milano, 2005, pp. 379 ss., y más recientemente, F. BARRIENTOS CAMUS, *La garantía legal*, Santiago, 2016, pp. 35 ss.

<sup>31</sup> Sobre el asunto cf. R. TOSCANO DE BRITO, *O ambiente da nova contratualidade e a tendência da jurisprudência do STJ em matéria contratual*, en *Revista brasileira de direito civil*, 2014, p. 170, donde se subraya la extensión, por medio de la jurisprudencia brasileña, del *favor* hacia la parte vulnerable del contrato de consumo, a la parte pasiva de los contratos por adhesión.

*consumatore»*<sup>32</sup>. Este último es un concepto más estrecho y más limitado; de hecho la vulnerabilidad, a diferencia de la debilidad, no expresa un concepto absoluto, sino una situación relacionada con cada relación de consumo. El concepto de vulnerabilidad no se limita a la figura del consumidor, ya que puede ser identificado al mismo tiempo por el consumidor y por el proveedor que intervienen en la relación concreta. En cambio, el legislador brasileño enfatiza en la l. 8078/90 el hecho de que todos los consumidores son considerados *vulneráveis*, no todos como *hypossuficientes*, es decir ingenuos, ya que se trata de una eventualidad relacionada tanto con su nivel cultural, como con la información recibida en una determinada relación de consumo<sup>33</sup>.

La diferencia mencionada no permanece aislada en el contexto comparativo, pues pasa de la legislación especial a los códigos civiles. De la pregunta subyacente sobre la posibilidad de seguir hablando de un contrato de consumo como un «contrato especial», cabe preguntarse sobre las reflexiones que llevaron al legislador alemán, con la *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* de 26 de

<sup>32</sup> La doctrina italiana comparó el problema del mercado de automóviles usados y, por lo tanto, de un mercado caracterizado por problemas de asimetrías informativas, con los problemas de las cláusulas abusivas y estándares. Si consideramos las cláusulas abusivas como un efecto de la asimetría de la información, entonces no habría diferencia entre los contratos entre empresas y entre los contratos entre empresa y consumidor, por lo que el problema de la disparidad contractual está estructuralmente presente tanto en los contratos entre profesionales y consumidores, como también entre comerciales (cf. V. ROPPO, *From consumer contracts to asymmetric contracts: a trend in European contract law?*, en *European Review of Contract Law*, 3, 2009, pp. 304-309. Consideraciones similares también surgen en el contexto de la doctrina europea, por ejemplo H. SCHULTE-NÖLKE, *The Brave New World of EU Consumer Law – Without Consumers, or Even Without Law?*, en *Journal of European Consumer and Market Law*, 2015, pp. 135 ss., ha destacado que «the notion of the consumer often creates a rather artificial distinction between parties to contracts. It produces gaps of protection in particular for those contract parties who do not formally qualify as consumers, but for which the same or nearly all the same reasons apply that usually justify consumer protection. There is therefore at least some discussion going on whether legislation on all levels including at EU level should shift for some sectors from consumer protection to customer protection».

<sup>33</sup> Existe por lo tanto una movilidad de los límites y contenidos de la situación de vulnerabilidad, que está significativamente ligada a la parte pasiva de la relación de consumo. Esta movilidad también está relacionada no solo con el ámbito subjetivo de la relación con el consumidor, sino también con las diversas facetas objetivas con las que el mismo concepto de vulnerabilidad aparece en las disciplinas de defensa del consumidor. Se puede localizar sobre la base del desarrollo científico promovido por la doctrina brasileña, y sobre todo por algunos juristas de Porto Alegre (Del Pai Moraes y Lima Marques), un triple papel para la vulnerabilidad: puede haber una vulnerabilidad técnica, siempre que los consumidores individuales carezcan de los conocimientos técnicos en la estructura o en el uso de bienes o servicios y, por lo tanto, son engañados (directa o indirectamente) sobre la elección (o las consecuencias) de los bienes o servicios mismos; puede haber una vulnerabilidad legal, en cualquier relación en la que el consumidor no es un profesional y por eso mismo parece inevitable que la relación del consumo se lleve a cabo sobre la base de una asimetría científica e informativa, probablemente en detrimento de las decisiones tomadas desde el mismo consumidor; puede haber una vulnerabilidad fáctica, es decir una vulnerabilidad socioeconómica en la que los derechos del consumidor como persona pueden ser violados de acuerdo con principios y usos puramente económicos.

noviembre de 2001, y con las enmiendas posteriores al BGB, para introducir los §§ 312a-k, que son considerados como parte especial de *Allgemeiner Teil* del derecho de obligaciones, expresamente dedicada al derecho del consumidor.

Aparece interesante subrayar que, entre los párrafos mencionados, después de la regulación de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y los contratos a distancia, hay dos disposiciones para los contratos en línea (*Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr*), los §§ 312i y 312j, donde las obligaciones del profesional (*Unternehmer*) están relacionadas con los derechos del cliente (*Kunde*) y no del consumidor (*Verbraucher*). La elección de referirse al cliente, figura conceptual más genérica, en lugar del consumidor, amplía el alcance de la protección también a los profesionales (que sean destinatarios finales del bien o servicio)<sup>34</sup>. Me parece que, a través de la regulación de los contratos electrónicos, se puede favorecer una lectura sistemática extensible al contrato de venta en sentido amplio.

Lo que podría parecer una laguna, o un atraso del Código de Consumo, necesita de una reflexión de síntesis sobre el espíritu del Código mismo. Es decir, en Italia la promulgación del Código de Consumo ha sido impulsada por el deseo de hacer frente a la fragmentación y a la falta de unidad de toda la materia del derecho de consumo promovida, ya sea de manera directa por el legislador nacional, ya sea de una manera indirecta mediante la aplicación de las intervenciones de la Unión Europea. No obstante ese deseo, las innovaciones introducidas por el Código son mínimas; tal afirmación es el resultado no solo de la interpretación doctrinal<sup>35</sup>, sino del mismo informe al Gobierno presentado por el Presidente de la Comisión redactora del Código de Consumo<sup>36</sup>, que ha hecho hin-

<sup>34</sup> La ley de reforma de 2013 parece ser particularmente relevante porque ha favorecido un cambio en el concepto de consumidor (*Verbraucher*) contenido en el § 13 BGB; según la nueva redacción del párrafo, se debe considerar consumidor la persona física que concluye un negocio jurídico (*Rechtsgeschäft*) para fines que están en gran medida fuera de la actividad profesional posiblemente realizada. Este es un concepto con una reflexión significativa: la importancia de la reforma consiste en introducir el adverbio principalmente (*überwiegend*), que permite atribuir a los contratos de consumo aquellas relaciones concluidas por uso promiscuo o no completamente ajeno a la actividad profesional llevada a cabo. Sobre el tema cf. S. LANNI-G. MAGRI, *Mercato digitale e nuovi paradigmi della tutela del consumatore in Brasile e Germania*, en *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2017, pp. 901 ss.

<sup>35</sup> Más bien está de acuerdo en no definir «código» al texto en cuestión; ver por ejemplo G. DE NOVA, *La disciplina della vendita dei beni di consumo nel «Codice» di consumo*, en *Contratti*, 2006, pp. 391 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Il «cantiere aperto» codice del consumo: modificazioni e innovazioni apportate dal d. legisl. 23 ottobre 2007*, n. 221, en *Studium juris*, 2008, pp. 265 ss.

<sup>36</sup> Cf. *Relazione governativa*, § 5; G. ALPA, *I diritti dei consumatori e il «Codice del consumo» nell'esperienza italiana*, en *Contratto e impresa*, 2006, pp. 1 ss.

capié en las intervenciones mínimas elegidas para la redacción del Código.

Precisamente de esa mencionada mínima innovación son ejemplo significativo las dificultades relacionadas con la figura del consumidor. La falta de igualdad en el Código de Consumo entre el pequeño empresario y la persona física no ha recibido el desarrollo defendido por la doctrina italiana, ni tampoco ha sido desarrollado en otras legislaciones extranjeras. Por obvias razones de síntesis, me he referido solo a la experiencia jurídica brasileña dentro de las latinoamericanas, pero en un contexto de reflexión más amplio que el permitido en este ensayo, otra experiencia jurídica interesante es la peruana, por los lazos conceptuales que la jurisprudencia y la doctrina de este contexto presentan con el derecho del consumidor italiano, sobre todo en referencia a la asimetría de la información<sup>37</sup>.

¿El Código del Consumidor italiano ofrece una respuesta a las necesidades de la sociedad? El análisis hasta ahora elaborado podría dejar más de una perplejidad, por eso quiero subrayar que esto no significa que el Código de Consumo no juegue un valor específico para el jurista italiano, aunque solo sea para una disciplina del conjunto –una especie de recopilación entendida como técnica legislativa típica en la historia del derecho civil de tradición de derecho romano–, que proporciona una visión general de un tema hasta entonces dividido entre el Código Civil, leyes especiales y directivas europeas.

#### 4. EL MODELO ITALIANO DE CÓDIGO DE CONSUMO MIRANDO AL FUTURO

El modelo italiano mira hacia el futuro. De hecho, el mismo Código de Consumo representa una especie de contenedor «ideal» para cualquier futura intervención reguladora, no solo para dar estructura orgánica a una cuestión, como la venta de bienes de consumo, que afecta a una parte cada vez mayor del derecho de obligaciones y contratos, debido a las asimetrías y desigualdades determinadas por los aspectos económicos e informativos, sino también

---

<sup>37</sup> En Perú, la consideración de los límites subjetivos de la figura del consumidor, como también de la realidad peruana, donde las PYMES representan el 72% de la población económicamente activa, ha favorecido durante unos 15 años, por medio del formante jurisprudencial, una nueva concepción del consumidor: el cambio del criterio del destinatario final por el de la asimetría informativa (cf. J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de los consumidores*, Lima, 2006, pp. 20 ss.). Con resolución 0422-2003/TDC- INDECOPI, se entiende por consumidores «las personas naturales y jurídicas pertenecientes a la categoría profesional de los pequeños empresarios que son también sujetos afectados por la desigualdad informativa en relación de consumo».



para prestar atención a los nuevos modelos de consumo que representan a una parte cada vez más fundamental no solo del mercado europeo, sino del mercado global.

En uno y otro caso hay una fuerte incidencia del derecho supranacional. Por ejemplo, con referencia al tema objeto de este trabajo, se abandonó la distinción entre las categorías del *aliud pro alio*, vicio material y falta de calidad<sup>38</sup>. El artículo 129 del Código de Consumo italiano ha intentado unificar todas las formas de imprecisión material de la prestación dentro de una única categoría, aquella del «defecto de conformidad» al contrato<sup>39</sup>. La responsabilidad del vendedor por las imprecisiones materiales de la prestación (art. 128) está incluida en la responsabilidad por incumplimiento, que, a diferencia de la garantía de los vicios, a que hacen referencia los arts. 1490 y ss. del Código Civil, no parece más que una responsabilidad especial en comparación con el incumplimiento de una obligación contractual.

La progresiva falta de distinción entre las categorías del *aliud pro alio*, vicio material y falta de calidad, que se puede identificar a nivel de comparación diacrónica en el contexto del derecho italiano, busca su referencia en la Convención de Viena de 1980 sobre venta internacional. Del mismo modo que el concepto europeo de conformidad del bien de consumo se puede determinar mirando a los criterios tradicionalmente asociados a las *implied conditions* en el *common law*, desde la *Sale Goods Act* de 1893, en cuanto el *good must correspond with the description*, y para corresponder con el contrato tiene que ser *reasonably fit for such purpose* y tiene que haber una *satisfactory quality*<sup>40</sup>.

Por supuesto, en el contexto supranacional la relación entre «mercado» y «derecho» subraya no solo la circulación de modelos jurídicos, sino también de modelos contractuales a los que los legisladores nacionales, como el italiano, tienen que prestar atención. En la actualidad, por ejemplo, la referencia al mercado europeo pone al legislador enfrente de nuevos modelos sociales, caracterizados por la lógica de usar todo, sin la necesidad de poseer materialmente; por ejemplo el *car sharing*, *crowdfunding*, el inter-

<sup>38</sup> La acción derivada de la entrega de una cosa a la otra (sujeto a las reglas generales de la resolución por incumplimiento y a su período de prescripción de diez años) no está sujeta al plazo y a la prescripción establecidos para la entrega de bienes defectuosos o no conformes a la calidad prometida (es decir, al esquema de garantía legal y la caducidad de un año y dos meses, y a la prescripción veintiséis meses).

<sup>39</sup> No faltan controversias sobre la calificación dogmática de la situación a la que hace referencia el art. 129.

<sup>40</sup> Sobre el tema véase el *Consumer Rights Act 2015*, y la referencias que hace al mismo E. MCKENDRICK, *Sale of Goods*, en AA. VV., *Principles of English Commercial Law*, A. Burrow (coord.), Oxford, 2016.

cambio de vacaciones, etc. Estos modelos inevitablemente tienen que atraer la atención de los juristas hacia los nuevos contratos de consumo que surgen en el ámbito europeo o internacional y que lentamente se introducen en el contexto nacional introduciendo así novedades también en el derecho italiano<sup>41</sup>.

Los modelos mismos tienen que atraer la atención de los juristas también por los problemas que representan. El principal, con referencia al fenómeno colaborativo, aparece el de la dificultad de deslindar aquellas actividades desarrolladas por consumidores, que de modo ocasional y frecuentemente accidental prestan un servicio a terceros, y teniendo en cuenta que al tiempo que prestan un servicio satisfacen sus propios intereses particulares –como el caso en la condisión de un mismo viaje en vehículo compartido–, respecto a aquellas otras situaciones en las que una persona, profesional o no, desarrolla una actividad con ánimo de lucro recurriendo a los instrumentos que suponen las plataformas digitales. Del mismo modo, parece difícil establecer la determinación de dónde comienza y dónde termina la labor de intermediación que se asocia a este tipo de plataformas.

Ya es una realidad que la economía del compartir, que se alimenta más de la confianza social en los bienes comunes que en las fuerza anónimas que rigen el mercado, impone nuevas pautas de consumo y, por lo tanto, un nuevo «modelo de consumo» que encuentra su estructura en las relaciones jurídicas que se realizan a través de la web y de los servicios relacionados, como el de la tan discutida plataforma del mercado digital. Es bien conocido que, habiendo presenciado una evolución importante de las plataformas digitales, la atención de las autoridades europeas se centra especialmente en aquellas asociadas al comercio electrónico, que son sin duda las que despliegan un mayor impacto económico en el seno de la Unión Europea<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Ver A. GENTILI, *Dei contratti (in generale) e dei contratti dei consumatori (in generale)*, en AA. VV., *I contratti del consumatore e dell'utente tra diritto comune e codificazioni di settore*, coord. M. L. Chiarella, Napoli, 2016, pp. 54 ss. que refiere como en el actual derecho de los contratos hacen hincapié al mismo tiempo políticas de «eficiencia» y políticas de «justicia» del contrato.

<sup>42</sup> La Comisión Europea ha publicado en el 2015 una comunicación encaminada a analizar las oportunidades y los retos de las plataformas en línea en el marco del mercado único digital (cf. C. BUSCH et al., *The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law*, en *Journal of European Consumer and Market Law*, 2016, pp. 3 ss.); todavía, la Propuesta de directiva sobre determinados aspectos relativos a los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes (COM n. 635), que habría favorecido una normativa armonizada en el contexto europeo, recibió tanta crítica por la doctrina y los expertos (cf. R. MILÀ RAFEL, *La declaración del European Law Institute sobre la propuesta de directiva de la Comisión europea sobre suministro de contenidos digitales a consumidores*, en *Revista CESCO de derecho de consumo*, 20, 2016, pp. 249 ss.), de tal manera que hasta el momento la propuesta no solo está sujeta a revalorización, sino que

Esta nueva y cada vez más extendida forma de realización del contrato de venta de bienes de consumo plantea a los juristas nuevas cuestiones, entre las cuales la búsqueda de un derecho del consumidor a no ser discriminado por su residencia a través de prácticas de *geoblocking* que crean desigualdades de trato y, al mismo tiempo, un daño a los intereses económicos, especialmente cuando se tienen en cuenta áreas subregionales, como las de la Unión Europea y del Mercosur, dirigidas al mercado libre y, no secundariamente, a la armonización de los derechos de las personas en el mismo<sup>43</sup>.

El panorama italiano, y más ampliamente el panorama europeo, en las últimas dos décadas se caracteriza por una evolución significativa. Hemos pasado de la necesidad de tutelar el consumidor como «un sujeto débil» y «vulnerable», esencialmente en relación con un contexto contractual, a la necesidad de proteger antes un «consumactor»<sup>44</sup>, es decir, un sujeto activo y cada vez más computarizado, que está en relación directa con el *web marketing*, y que por eso necesita de derechos e informaciones adjuntas, por ser más y más frecuentemente un «*cyberconsumidor*»<sup>45</sup>, y luego un «*prosumidor*»<sup>46</sup>. En otras palabras, un sujeto capaz de tomar deci-

---

también es objeto de un estudio específico sobre la posibilidad de su fusión con otras Propuestas, y sobre todo con la de COM 634 sobre el suministro de contenido digitales.

<sup>43</sup> Para limitar el fenómeno discriminatorio del *geoblocking*, la Comisión de la UE ha presentado un proyecto de ley para abolir el bloqueo geográfico, una práctica que impide a los ciudadanos europeos celebrar compras en línea transfronterizas sin añadir precios mayores en relación con la nacionalidad del cliente. Una práctica que, según las estimaciones de la Comisión para 2015, se ha aplicado en un 37% de los centros de comercio electrónico de la UE y que, según la propuesta de la Comisión, constituye un freno importante para el comercio electrónico, ya que impone restricciones discriminatorias a las compras transfronterizas.

<sup>44</sup> Es el consumidor bien informado, crítico, atento y consciente de sus opciones, y por esta razón representa un modelo de consumo, es decir «a responsible actor or entrant into the market who makes choices based upon information which is provided by the advertiser or obtained by the consumer himself», así C. PONGIBÒ-R. INCARDONA, *The Average Consumer, the Unfair Commercial Practices Directive and the Cognitive Revolution*, in *Journal of Consumer Policy*, 30, 2007, p. 29. Sobre el tema es interesante especificar que la idea del consumactor se postula en referencia a la Directiva 2005/29/CE (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales), con atención al denominado «average consumer», para lo cual véase P. CARTWRIGHT, *The consumer image within EU law*, en AA. VV., *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, coord. C. Twigg-Flesner, Cheltenham, 2016, pp. 199 ss.

<sup>45</sup> Es decir, un consumidor que satisface su necesidad de acceso a bienes y servicios a través de la negociación a distancia, y que pide que se utilicen nuevas herramientas jurídico-informáticas para la reglamentación del ciberespacio: cf. G. SCORZA, *Il codice del consumo ed i contratti conclusi con il cyberconsumatore*, in *Cyberspazio e diritto*, 2006, pp. 357-375.

<sup>46</sup> *Prosumer* es la expresión acuñada por Alvin Toffler en el libro *The third wave* (1980): es una fusión de los términos «productor» y «consumidor», que indica que es un consumidor que a la vez es productor o que, en el acto que consume, contribuye a la producción. En otras palabras representa el consumidor-usuario emancipado de su estado de subjetivo-pasivo. En el contexto italiano, la definición del prosumidor encuentra una referencia particular en la autoproducción de electricidad (cfr. Adjunto A del 18/5/2012

siones conscientes, que en el contexto de la *sharing economy* transforma en borroso el contraste existente entre el consumidor y el proveedor<sup>47</sup>.

De hecho, la aparición de la figura de *prosumidor* plantea varias cuestiones en el ámbito jurídico. Entre ellas, en el horizonte aparece una de las cuestiones más importantes, si los contratos celebrados por el *prosumidor* deben considerarse como contratos entre consumidores (contratos C2C) o si deben clasificarse como contratos entre un profesional y un consumidor (contratos B2C) y, en consecuencia, abre un debate sobre el código aplicable. No es posible resolver la duda aquí, sin embargo, se puede señalar cómo el análisis del tema, en consideración de las numerosas facetas que tiene el contrato en cuestión, sugiere que no es posible/preferible dar una respuesta general y abstracta a la pregunta, sino responder a la luz de las circunstancias del caso concreto.

Los matices lingüísticos asociados a una de las partes del contrato, en su reciente articulación entre «consumidor», «cliente», «consumactor», «cyberconsumidor» y «prosumidor», subraya al operador del derecho que la identificación del ámbito subjetivo del concepto en cuestión está sujeto a una lógica *fuzzy*, es decir a una medida de carácter aproximativo<sup>48</sup>. Los estudios sobre los modelos matemáticos de conceptos vagos (como los de «alto», «oscuro», «pequeño» o «cercano») desarrollados a través de una serie de investigaciones dirigidas a formalizar los razonamientos que involucran los conceptos mismos, ofrecen al jurista una herramienta de reflexión sobre la capacidad «sistemática» y «sistémica» del concepto de consumidor<sup>49</sup>.

n. 188/2012/E/com) con referencia, por ejemplo, a los paneles eléctricos colocados sobre los tejados de la propia casa.

<sup>47</sup> La relación entre un proveedor de servicios no profesional y un consumidor es una relación entre pares que no plantea problemas típicos de la ley de consumo. Hace hincapié en una relación jurídica que es el resultado de la autonomía privada y como tal relacionada con los contratos C2C, aunque la libertad de las partes puede estar sujeta a restricciones, por ejemplo fijando el precio de las prestaciones por medio de la plataforma (como es el caso de Uber).

<sup>48</sup> La referencia «*fuzzy*» hace remisión a B. KOSKO, *Il Fuzzy-Pensiero, Teoria e Applicazioni della Logica Fuzzy*, Milano, 1995, p. 86.

<sup>49</sup> La encuesta desde el punto de vista matemático se origina en un artículo de 1965 (L. A. ZADEH, *Fuzzy sets*, en *Information and control*, 8, 1965, pp. 338-353) sobre el que la doctrina jurídica italiana muestra interés (cf. L. PEGORARO, *Approccio classificatorio «fuzzy» ed elementi determinanti nel diritto costituzionale comparato*, en AA. VV., *L'eredità di Umberto Scarpelli*, coord. P. Borsellino, S. Salardi, M. Saporito, Torino, 2014, pp. 85 ss.), entre otros para demostrar la utilidad de la taxonomía tripartita de los sistemas jurídicos a través del «juicio de prevalencia» (así, S. BALDIN, *Riflessioni sull'uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni tra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà*, en *Revista general de derecho público comparado*, 10, 2012, pp. 1-20).

El sistema normativo, que hasta ahora se ha interpretado como una extensión de los términos lógicos de la matriz aristotélica (verdadero o falso), muestra una brecha en la realidad articulada de las relaciones jurídicas de consumo. Como sobresale del desarrollo de este ensayo, hay tonos interpretativos que desestructuran un sistema rígido, basado en la configuración del consumidor solamente como una persona física y pasiva. Sin embargo, la elaboración del discurso en este punto es probable que se complique demasiado para estas breves anotaciones, por esta razón me parece útil identificar la conclusión de la indagación comparativa desarrollada aquí.

La disciplina italiana de la venta de bienes de consumo muestra muchas conexiones entre el Código Civil y el Código de Consumo, que a su vez son el resultado de reflexiones de matriz supranacional sobre las nuevas formas de consumo y los problemas de demarcación subjetiva que plantean. Estas nuevas formas de consumo hacen así que la asimetría entre producción y consumo se minimice. La producción, olvidando la altivez arrogante de un tiempo, aprende del consumo, absorbiendo su carga emocional y el sentido de las diferencias. El consumo, a su vez, sin sujeción reverencial, aprende de la producción, tratando de poner a su servicio la red de conocimiento reproducible y del conocimiento social<sup>50</sup>.

Concluyendo, el desarrollo del tema me parece que ilustra como el borroso contraste italiano, para la correcta identificación del sujeto beneficiario de la disciplina de la venta del Código de Consumo, se contrapone a la visión de otros países europeos y latinoamericanos que, en cambio, han sido capaces de identificar este aspecto con parámetros más elásticos, y que, por esta razón, pueden ofrecer por medio de las herramientas del derecho comparado la ponderación de nuevos, y cada vez más dinámicos, instrumentos para la evaluación hermenéutica del derecho del consumo.

---

<sup>50</sup> La observación es de G. FABRIS, *La società post crescita. Consumi e stili di vita*, Milano, 2010, p. 234 para el cual el cambio real se asume en la antropología del consumo y los diferentes estilos de vida: este es un tema muy interesante, aún poco investigado por los juristas europeos, cuyo análisis encuentra interesantes elementos de reflexión en la contribución contra-hegemónica ofrecida por el derecho indígena al sistema jurídico latinoamericano (sobre ello cf. S. LANNI, *Il diritto in America Latina*, Napoli, 2017, pp. 123 ss.)